

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Rodrigo Ferlin Saccomani dos Reis

**Normalização e tecnologização
uma perspectiva acerca da legitimação política do direito**

MESTRADO EM FILOSOFIA DE DIREITO

SÃO PAULO

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Rodrigo Ferlin Saccomani dos Reis

Normalização e tecnologização
uma perspectiva acerca da legitimação política do direito

MESTRADO EM FILOSOFIA DE DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Filosofia do Direito, sob a orientação do Prof., Dr. - Márcio Alves da Fonseca.

SÃO PAULO

2016

BANCA EXAMINADORA

Este trabalho é dedicado a todos aqueles que acreditam que uma outra forma de pensar o mundo é possível.

Esta dissertação foi elaborada por aluno na condição de bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos professores que me acompanharam ao longo desta jornada; Professor Doutor Antônio Carlos da Ponte, Professor Doutor Miguel Horvath Júnior, Professora Doutora Clarice Von Ortzen, Professora Doutora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos e Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho; que são um grande exemplo, e com seu dom de transmitir o conhecimento e instigar o pensamento, tornaram possível que eu me transformasse enquanto acadêmico e ser humano.

Agradeço também especialmente ao meu orientador, o Professor Doutor Márcio Alves da Fonseca, por todo o apoio que me ofereceu ao longo destes dois anos. Sem qualquer dúvida, o senhor contribuiu para que eu pudesse desenvolver o meu amor pela pesquisa e pela filosofia. Espero um dia estar a altura de tudo aquilo que o senhor tem para oferecer. Sei que além de um orientador, ao longo deste percurso eu fiz também um amigo fiel e sincero.

Também agradeço aos meus familiares, em especial, minha mãe Adriana , meu pai, Gelson , minha avó, Vitória Melânia, minha irmã, Aline, e minha sobrinha, Ana Beatriz. Vocês são o primeiro e eterno exemplo daquilo que tenho por amor, por nunca terem deixado de acreditar em mim, e oferecer seu carinho e acolhimento.

Agradeço, em memória, a meus avós, Nelson, Gelsemira e Reynaldo, que carregarei para sempre em meu coração, pelo exemplo que sempre foram e continuam sendo.

Um agradecimento especial, a minha amada Christiana, que sempre me fez presente, e me ensinou que o amor é algo que construímos juntos. Mesmo nos momentos em que eu pensei em desistir, você foi minha âncora e meu porto seguro. Saiba que você é a pessoa que

mais admiro neste mundo, por sua coragem, dedicação e determinação. Estarei sempre a seu lado, para apoiá-la ao longo da caminhada que juntos iniciamos.

Não deixo de agradecer ao Sig e à Pitú, que me ensinaram que a vida só vale a pena ser vivida com leveza e alegria, e que não há tristeza que não possa ser aliviada com carinhos e lambidas.

Agradeço também à Ana Maria e Christian, por todo o apoio e carinho, e por estarem sempre de braços abertos para me receber. Considero-me uma pessoa extremamente agraciada por tê-los como parte de minha família.

Agradeço também aos novos e velhos amigos, em especial, Rodrigo e Fábio, por seu ébrio companheirismo; Bruno e Daniel, pela nossa irmandade de ideias; Hugo, por sua lealdade e acolhimento; David, por me lembrar de que não importa quanto tempo passe, sempre podemos ser jovens; Paulo, que faz às vezes de meu professor e orientador para a vida, e me motiva pelos caminhos que escolhi.

Agradeço também a todos os filósofos e pensadores que se debruçaram e ainda se debruçam sobre este mistério que é a vida humana.

RESUMO

Utilizando como premissa a “analítica do poder” de Michel Foucault, buscou-se discutir o problema da legitimação do direito tecnologizado, tal como compreendida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Numa perspectiva de que os dogmas jurídicos encontram-se desligados de referenciais externos, o jusfilósofo compreende que o direito perde seu referencial de justiça convertendo-se em puro arbítrio. Por sua vez, assumindo a verdade como uma questão política, Michel Foucault lança as bases para um modo de se analisar o funcionamento do poder de forma que este se exerce através da produção de indivíduos e subjetividades. No enfrentamento destas perspectivas, a problematização das relações de “poder-saber”, tal como trazida por Foucault, nos permite destacar o componente político do direito e das disputas de giram em torno dele, de modo que é pontuando esta relação, interna, que integra as regras do jogo jurídico às regras de um jogo político que lhe extrapola, permite que discutamos a legitimação política do direito.

PALAVRAS-CHAVE: 1.Direito; 2. Poder; 3. Verdade; 4. Política.

ABSTRACT

Using Michel Foucault's "analytics of power" as a premise, we tried to access the question concerning the legitimation of "technologized law", a concept by Tércio Sampaio Ferraz Junior. From the perspective that legal dogmas have become disconnected from external references, this philosopher of law understands that law loses its reference to justice becoming a designation of arbitrary will. In turn, assuming truth as a political issue, Michel Foucault lays the foundations for a method of analyzing the operation of power, in which it is exercised through the production of subjects and subjectivities. In this proposed confrontation, the study of "power-knowledge" relations, as brought by Foucault, allow us to highlight the political aspect of law, and of the disputes revolving around it, so it is through this internal relationship, which incorporate the rules of the legal game within the rules of a political game that extrapolates its scope, that we will discuss the political legitimacy of law.

KEYWORDS: 1.Law; 2. Power; 3. Truth; 4. Politics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – O Direito Tecnologizado.....	28
1.1. Panorama histórico da formação da Ciência do Direito.....	28
1.2. O caráter tecnológico da Ciência Dogmática do Direito.....	35
1.2.1. Dogmática Analítica.....	38
1.2.2. Dogmática Hermenêutica.....	43
1.2.3. Dogmática Empírica.....	49
1.3. A dogmática e o problema da legitimação do direito.....	54
CAPÍTULO 2 – Poder, verdade e direito.....	58
2.1. O sujeito e a história.....	58
2.2. A implicação entre o “saber” e o “poder”.....	62
2.2.1. Sobre a vontade de verdade.....	65
2.3. O uso político da verdade.....	68
2.3.1. O inquérito e as relações de saber-poder.....	71
2.4. Reforma judiciária e ortopedia social.....	72
2.5. Sobre Soberania e Disciplina.....	75
2.5.2. O Panoptismo e a noção de norma.....	80
2.6. Instituições de sequestro e a produção dos indivíduos.....	84
2.7. Recapitulação e Conclusão.....	90
CAPÍTULO 3 – Normalização e Tecnologização.....	93
3.1. O poder da verdade e a ciência dogmática.....	93
3.2. Tecnologização e produção dos sujeitos.....	98
3.3. O direito tecnologizado e a totalização da existência.....	106
3.4. O Direito Tecnologizado e a produção de verdade.....	108
3.5. A soberania e a legitimação política do direito.....	113
CONCLUSÃO.....	118
BIBLIOGRAFIA.....	125

INTRODUÇÃO

Quando se iniciou o processo de reflexão desta dissertação, buscava-se pensar o direito para além de questões como “permissão” e “proibição”, para abordá-lo enquanto um meio instrumentalizado para a produção da verdade.

Isto é, pensar a problemática da legitimação do direito situada para além da questão do poder de mando iminente ao direito, estabelecendo-se, então, no modo pelo qual o direito é capaz de servir como subsídio para que determinados discursos tornem-se verdadeiros.

Neste contexto, compreendemos que aquilo que se chama “direito”, sem se discutir suas conceituações possíveis, passa por diversas transformações ao longo da sua história. Porquanto sua origem seja impossível de precisar adequadamente, Tércio Sampaio Ferraz Júnior considera que houve um momento no qual este se confundia com os valores morais de cada grupo humano, de modo que a necessidade de sua observância era derivada de instâncias objetivas, como, por exemplo, as relações estendidas de parentesco (cf. FERRAZ JR., 2013, p.27-28).

Para o autor, a partir do século XIX os teóricos passaram a perceber o direito como um ordenamento positivo, imposto e conservado pelo Estado, o qual, acompanhando nossas sociedades, cresce em complexidade de modo a deixar de ser simplesmente um código que diferencia as condutas proibidas das permitidas, para se tornar uma ordem mais propriamente organizadora do que punitiva, que tem como função possibilitar a solução de eventuais conflitos (cf. Idem, p.57 e 59).

Neste contexto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que o direito, na atualidade, adquire a característica de uma tecnologia dogmática que “torna-se uma provocação, uma interpelação da vida social, para extrair dela o máximo que ela possa dar.” (Idem, p.61). Entretanto, mesmo afetando de tal maneira os diferentes fatores da vida social, o direito não se confunde com eles (cf. Idem, p.31).

Afirmar o direito como uma “tecnologia”, por sua vez, comporta uma série de consequências, uma vez que este entendimento se relaciona com uma concepção de ciência jurídica na qual se observa que “vem prevalecendo a ideia de que o direito-ciência é constituído de teorias sobre os ordenamentos jurídicos vigentes e suas exigências práticas”, o que sugere que se tem privilegiado uma abordagem dogmática do direito. (cf. Idem, p58)

Para o autor, o campo “dogmático” se destaca do “zetético” na medida em que suas investigações se orientam em sentido ao aspecto “resposta”, isto é, visam propor uma solução a determinado problema, porquanto o segundo é caracterizado pelo aspecto “pergunta”, isto é, visando a um constante refinamento dos seus próprios questionamentos.

Deste modo, as análises dogmáticas são caracterizadas pela adoção pontos de partida inevitáveis, os quais impedem o prolongamento infinito dos questionamentos – estabelecendo em quais termos devem se dar as investigações.

Assim, Tércio Sampaio conclui que a ciência dogmática do direito compreende uma sistematização do ordenamento jurídico e de sua interpretação, de modo que suas teorias, que recebem o nome de doutrina, compreendem complexos argumentativos que buscam orientar, recomendar, ou persuadir, o processo de tomada de decisões. (cf. Idem, p.59)

Em linhas gerais, a tecnologização apontada pelo autor refere-se ao atrelamento do direito à possibilidade de “tomada de decisão”, o que se faz possível pela transformação do conhecimento jurídico em uma ciência dogmática.

Na mesma medida, Tércio Sampaio considera que este movimento foi acompanhado pela perda de uma referência externa por parte dos dogmas jurídicos, que atuam como princípio e limite necessário para o direito. (cf. *Ibidem*, p.47)

Se, antes, a exemplo da Idade Média, uma decisão jurídica carregava em si uma base teológica, fazendo-se justa por ser uma expressão da ordem divina, hoje, é cabível questionar o que, de fato, preserva a observância da decisão jurídica. Se, por um lado, os dogmas permanecem como critério de possibilidade para a prática do direito, eles constituem um limite que se dá a partir do interior do sistema.

Neste sentido, a hipótese de Tércio Sampaio Ferraz Júnior parece propor que, nos dias atuais, a legitimidade do direito se funda na possibilidade de oferecer uma solução jurídica para problemas práticos.

Entretanto, quando se tem em mente que os ordenamentos jurídicos modernos compõem verdadeiras cadeias decisórias, nas quais as normas relacionam-se entre si através de validações mútuas, cada uma recebendo sua validade a partir de uma norma superior, pode-se observar que se está diante de um processo potencialmente infinito.

Nesta linha, cada ato de validação, desde aquele referente a uma sentença de primeira instância, até os fundamentos constitucionais do ordenamento jurídico, constitui-se, derradeiramente, como uma decisão dentre inúmeras possibilidades que são instruídas pela ciência dogmática do direito.

A questão que passa a se desenhar é referente ao final desta cadeia decisória. Não se trata de pensar simplesmente a questão da “validação” do direito, que pode ser deslocada para o Estado, mas sim, de sua “legitimação”, que Tércio Sampaio Ferraz Júnior, parece associar ao próprio sentido de “justiça” do direito. Como afirma o autor

A erosão de tradições culturais em nome da prioridade da eficiência técnica gera, assim, uma necessidade crônica de legitimação do direito e do saber jurídico em termos de ordem justa. (Idem, p.331)

Isto posto, o fenômeno da tecnologização do conhecimento jurídico, tal como identificado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, destaca-se no âmbito desta análise, uma vez que ele parece indicar um esgotamento das narrativas legitimantes que fundam o direito, seja pelo aspecto da validade da norma, da interpretação ou da decisão, em valores externos determinados.

Na perspectiva das narrativas legitimantes mencionadas, resta a impressão de que a única coisa que sustenta o direito é a força de seu império, conferida pelo Estado, que faz dele um de seus mecanismos de controle e exercício de seu poder soberano. De fato, na narrativa tradicional das teorias política e jurídica, o direito existe em torno do poder estatal, servindo a um só tempo para dar-lhe legitimidade e limitá-lo.

Ocorre, entretanto, que esta resposta não é satisfatória para a questão que pretendemos aprofundar neste trabalho – a saber, como se dá a legitimação do direito, quando este se encontra desligado de valores externos? –, pois ela estabelece uma aporia, na medida em que o direito extrai legitimidade do poder estatal, ao qual também é sua função tornar legítimo.

Desta forma, recorreremos ao pensamento de Michel Foucault, filósofo que, além de levar a cabo uma série de estudos sobre o poder, traçou uma relação específica entre este e a verdade, que nos permite avançar em nossa análise.

Sem fazê-lo o principal objeto de seus estudos, Foucault aborda também o direito, ainda que de forma não sistemática; o que torna seus trabalhos uma fonte rica para a presente análise, possibilitando que acessemos o fenômeno jurídico a partir de uma variedade de direções.

Seu distanciamento das teorias clássicas do poder permite dizer que ele não formula uma teoria, mas realiza uma "analítica" acerca do funcionamento das relações de poder.

Fala-se em analítica pois o filósofo não busca "explicar" o poder, mas sim, através de uma série de análises históricas, propõe-se a identificar e explicitar os mecanismos e estratégias que revelam o funcionamento das relações de poder em nossas sociedades (CASTRO, 2009, p.324).

Segundo suas abordagens, a noção tradicional de poder, principalmente aquela que se expressa no âmbito do discurso das modernas ciências política e jurídica, aparece na forma do "poder enquanto soberania" (FOUCAULT, 2012, p.292), isto é, o poder como algo que emana de um centro, normalmente o Estado, e que se irradia, de cima para baixo, por toda a sociedade, e que atua de maneira quase que exclusivamente repressiva.

Desta forma, como suas análises se contrapõem ao que se poderia chamar de uma "visão jurídica" do poder, o direito, como teoria sistemática, acaba tendo um papel secundário ao longo de seu pensamento.

Neste contexto, o filósofo compreende que a abordagem do poder enquanto soberania, não dá conta de explicitar o funcionamento real das forças que atuam sobre os grupos humanos. Em seu pensamento, o poder surge como uma rede de relações complexas, concebido não como uma "coisa" que se pode possuir ou deter, mas como algo que existe “em exercício”, de forma positiva, produzindo subjetividades, sendo o próprio sujeito um de seus principais efeitos.

Do modo como coloca o filósofo

o problema não é de constituir uma teoria do poder que teria por função refazer o que um Boulainvilliers ou Rousseau queriam fazer. Todos os dois partem de um estado originário em que todos os homens são iguais, e depois o que acontece? Invasão histórica para um, acontecimento mítico-jurídico para outro, mas sempre aparece a ideia de que, a partir de um momento, as pessoas não tiveram mais direitos e surgiu o poder. Se o objetivo for construir uma teoria do poder, haverá sempre a necessidade de considerá-lo como algo que surgiu em um determinado momento, de que se deveria fazer a gênese e depois a dedução. Mas se o poder na realidade é um feixe aberto, mais ou menos coordenado (e sem dúvida mal coordenado) de relações, então o único problema é munir-se de princípios de análise que permitam uma analítica do poder (FOUCAULT, 2012, p.369-370).

Desta forma, Foucault procura realizar "uma história dos diferentes modos de subjetivação do ser humano em nossa cultura" (FOUCAULT, 1995, p.231). Esta forma de compreender o poder reflete-se também no modo pelo qual o tema do direito aparecerá em seus trabalhos, como, por exemplo, nas cinco conferências que compõem *A verdade e as formas jurídicas*, nas quais o direito surge como um campo no qual se pode observar diferentes formas pelas quais se dá a subjetivação da verdade.

Em seu livro, *Michel Foucault e o direito*, Márcio Alves da Fonseca percorre os trabalhos do filósofo, de modo a buscar o que o autor chama de "imagens" do direito no

pensamento de Foucault, isto é, longe de buscar aí uma essencialidade para o direito, sua proposta será “identificar tão somente algumas imagens ou figuras do direito que são sugeridas por seus trabalhos e apontar para o funcionamento que estas imagens assumem no interior dos diferentes contextos em que se inserem” (FONSECA, 2012, p.30). Desta forma, Fonseca adota o modo como se contrapõem o direito e a noção foucaultiana de norma como critério para a identificação destas imagens.

Assim, Fonseca (cf. Idem, p.32) resgata três perspectivas a partir das quais se é possível identificar as imagens do direito no pensamento foucaultiano, são elas: uma “primeira oposição” entre norma e direito, uma “relação de implicação (ou de não contradição)” entre ambos e, por fim, uma “segunda oposição” entre norma e direito.

Esta “primeira oposição”, ressaltada pelo autor, diz respeito a um “plano teórico” de análise, isto é, em Foucault, direito e norma se opõem, na medida em que o filósofo procura distanciar-se do modelo jurídico-discursivo enquanto forma explicativa para o poder, e assim surge uma primeira imagem do direito enquanto “legalidade”.

Fonseca nos adverte, entretanto, que esta primeira oposição não implica uma contradição entre ambos pois, no “plano das práticas” identificam-se outras relações entre estes termos. É justamente neste “plano das práticas” que se darão as demais perspectivas.

A segunda perspectiva é aquela que identifica uma “implicação entre normalização e direito”, como coloca o autor:

Trata-se de mostrar aqui que, em suas implicações com os mecanismos de normalização, o direito não escapa à trama das relações entre os campos de saber, os tipos de normatividade e as formas de subjetivação que caracterizam o presente. (Idem, pps.32-33)

A partir desta perspectiva, o autor identifica uma segunda imagem do direito, considerado “como um veículo da normalização”, imagem a que Fonseca chamará “direito normalizado-normalizador” (Idem, p.32).

A terceira perspectiva, também considerada a partir do plano das práticas, remete a uma imagem que revela uma nova oposição “entre normalização e direito”. Trata-se da imagem de um “direito novo”, como será chamada por Fonseca, na qual se vislumbra a “possibilidade de se pensar em práticas do direito que escapem aos mecanismos de normalização e, desse modo, possam resistir a tais mecanismos”. Trata-se, portanto, de pensar o direito enquanto uma forma de resistência ao poder normalizador.

Desta forma, se seguirmos a abordagem de Fonseca sobre Foucault e o direito, nossa proposta buscará ressaltar a imagem do “direito normalizado-normalizador”, que corresponde à ideia de um direito que está, cada vez mais, implicado à normalização. (cf. FONSECA, 2012, p.152)

É relativamente a esta figura que pretendemos refletir sobre o modo como as análises de Tércio Sampaio acerca da tecnologização do direito podem ser confrontadas à perspectiva foucaultiana.

Assim, o cerne de nossa “estratégia” configura-se através de uma contraposição entre as análises de Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Michel Foucault.

De modo a se confrontar “ciência dogmática do direito”, compreendida como saber que visa validar um direito que se tornou uma tecnologia dogmática - um eficaz terminador de conflitos que, entretanto, não é capaz de se legitimar como uma ordem justa -; com a analítica

foucaultiana que destaca um caráter político para a verdade, a medida em que esta é sempre produto de uma relação de poder.

Desta forma, as perguntas que orientam nossa análise são: O que significa dizer que o direito tornou-se uma tecnologia? Qual a implicação da tecnologização do direito para a sua legitimação? O que é a normalização em Foucault? O que significa dizer que o direito se comporta como norma? É possível estabelecer uma relação entre tecnologização e a colonização do direito pela norma? A partir de uma perspectiva estabelecida pela analítica do poder de Foucault, como se pode colocar o problema da legitimação do direito?

Sendo assim, adotamos *A verdade e as formas jurídicas* como o catalisador para a presente análise, uma vez que nesta obra, composta por cinco conferências proferidas por Michel Foucault, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, em maio de 1973, o filósofo aborda o direito, ou antes as “formas jurídicas”, como objeto primário numa análise que tem por finalidade revelar diferentes formas de subjetivação historicamente situadas em torno da construção da verdade (cf. FOUCAULT, 2013B, p.21)

Em Foucault, a relação entre poder e verdade se faz fundamental para a devida compreensão de seus escritos, à medida em que, na concepção do filósofo, a verdade é ela mesma poder. Tal análise se desenvolve a partir da identificação da “vontade de verdade”, ideia resgatada a partir de Nietzsche que, segundo Foucault, constitui-se forma de controle discursivo da sociedade ocidental, vindo a responder pelas regras que determinam a separação entre verdadeiro e falso (cf. FOUCAULT, 2013A, p.14).

Ao se propor traçar a história da “vontade de verdade”, Foucault explicita de que modo a verdade não é resultado da racionalização e do refinamento crítico do homem, mas

sim de rupturas e descontinuidades históricas em torno e a partir do poder (cf. Idem, Ibidem; 2013B, p.31).

Como se verá, ao analisar as diversas transformações pelas quais passou o saber sobre o direito, Tércio Sampaio Ferráz Jr. observa que, há pelo menos dois séculos, na mesma medida em que os dogmas jurídicos se afastam de referenciais externos, como a religião, a moral, a história, e etc., ocorre uma crescente tecnologização do saber sobre o direito.

Pode-se pensar, desta forma, em que medida a tecnologização do saber jurídico expressa a relação entre o direito e a subjetivação da verdade nas nossas sociedades, não apenas na medida em que o direito é capaz de produzir verdades, mas também a medida que produzir estas verdades coloca-se como uma função necessária para o direito.

Em busca de abordar estas questões, a presente dissertação será estruturada em três capítulos. O primeiro é traçado em torno da questão da tecnologização do direito, através das análises de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, com ênfase nas obras *A ciência do Direito* e *Introdução do Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*.

Através da análise destas obras é buscada a compreensão dos objetos correspondentes à ciência dogmática do direito e ao direito tecnologizado. Nesta perspectiva, ambos são relacionados, a medida que o primeiro busca oferecer uma compreensão sistematizada do segundo, com vistas a ressaltar o aspecto deste como um meio para terminação de conflitos.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo da “analítica do poder” de Michel Foucault, mais precisamente a partir *A verdade e as formas jurídicas*, *A ordem do discurso*, bem como artigos e entrevistas presentes em compilações, tais como *Ditos e escritos* e *Microfísica do poder*.

Assim, utilizando *A verdade e as formas jurídicas* como um fio condutor para percorrer o pensamento de Foucault, estudaremos a ideia do filósofo sobre as relações entre saber e poder, e o papel desempenhado pela vontade de verdade de nossa época na formação destas relações.

Além dos escritos de Foucault, esta análise recorrerá a textos de comentadores, em especial o já citado *Michel Foucault e o direito*, de Márcio Alves da Fonseca, mas também o *Vocabulário de Foucault*, de Edgardo Castro, *Foucault e a crítica da verdade*, de César Candiottto e *Foucault, a norma e o direito*, de François Ewald.

Neste quesito, o recurso aos comentadores é, com algumas exceções, pontual, a fim de auxiliar a compreensão dos trabalhos filósofo. De fato, ao longo da pesquisa, pôde-se observar que as pesquisas que buscam aproximar Foucault da temática do Direito possuem uma tendência a se voltarem para análises institucionais, como o exemplo notório da prisão e do direito penal.

Como nosso trabalho se orienta no sentido de integração entre o direito e a sociedade, a partir de uma perspectiva mais ampla e discursiva, isto é, como o discurso jurídico se constitui em relação à verdade, estes temas institucionais serão abordados somente a medida que contribuirão para esta análise.

Porquanto não se possa separar, em absoluto, a função das práticas discursivas das não discursivas neste processo, damos especial ênfase para as discursividades que sustentam as instituições, uma vez que o nosso objeto é teórico, a ciência dogmática do direito.

Quanto ao terceiro capítulo, nele será realizado um esforço para submeter o objeto abordado no primeiro capítulo - o direito enquanto tecnologia - ao instrumental analítico

trazido de Foucault, exposto ao longo do segundo capítulo, de modo a ressaltar o questionamento que pretendemos realizar acerca da legitimação do direito.

Neste ponto, busca-se refletir o modo como o direito tecnologizado pode ser integrado na analítica do poder, a partir da perspectiva do direito “normalizado-normalizador”. Isto é, a medida que o direito torna-se um veículo para a normalização, como se pode pensar o problema de sua legitimidade.

Desta forma, a presente dissertação adota um viés crítico-analítico, buscando não apenas compreender as ideias que são trazidas pelos seus dois principais pensadores, mas também propondo, através cotejo entre ambos, a busca de vias para seu aprofundamento e, eventualmente, expansão.

No tocante à metodologia de pesquisa empregada na presente dissertação, de forma resumida, pode-se dizer que se trata da análise do pensamento de dois autores, Michel Foucault e Tércio Sampaio Ferráz Júnior, de modo a realizar entre eles um cotejo.

Desta forma, a proposta é utilizar o instrumental teórico da “analítica do poder” foucaultiana e submeter a ele a concepção do direito tecnologizado trazida pelo jusfilósofo brasileiro, de modo a se observar aproximações entre ambos, sobretudo através das possíveis implicações entre a imagem do “direito normalizado-normalizador”, trazida por Márcio Alves da Fonseca e a perspectiva da tecnologização do saber e da prática jurídica, presente em Tércio Sampaio.

Trata-se de um exercício teórico, uma abordagem crítica do pensamento de Tércio Sampaio que não pretende opor-se a ele, mas aprofundar e problematizar a conclusão a que chega o autor acerca da “necessidade crônica de legitimação” que sofre o direito tecnologizado.

Assim, o primeiro passo da metodologia consiste em se identificar, no pensamento de cada um destes autores, o aspecto de seu pensamento que seria abordada. No que concerne Foucault, optou-se por se concentrar nos escritos do início do que se convencionou chamar sua fase genealógica, que corresponde aos trabalhos da primeira metade dos anos 70, os quais são marcados pelo tema do poder.

No repertório dos escritos que denotam esta fase, há um trabalho no qual Foucault aborda de forma direta a questão do direito como um instrumento para produção da verdade e, desta forma, ressalta alguns aspectos da “relação saber-poder” nas práticas judiciárias ocidentais, desde a Grécia do período Homérico até o surgimento da sociedade disciplinar, trata-se de *A verdade e as formas jurídicas*, o qual é utilizado como fio condutor para a abordagem do pensamento de Foucault ao longo desta dissertação.

Este trabalho, que consiste na transcrição de cinco conferências proferidas por Foucault em março de 1973, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, situando-se num ponto de transição no pensamento do filósofo, e marca-se pela abordagem da “disciplina”, a primeira das formas de normalização que serão ele estudadas ao longo de seus trabalhos (cf. FONSECA, 2012, p.153).

Como coloca Fonseca, nos trabalhos desta fase,

Foucault realiza uma abordagem histórica do direito, no sentido preciso de que as práticas e os saberes que são por ele analisados e designados como práticas e saberes jurídicos o são na medida em que considerados como

acontecimentos que têm lugar e significado relativamente ao problema do poder e da produção da verdade. (Idem)

Para acessar esta problemática do direito situado em relação ao poder e a verdade, fazemos também recurso ao trabalho de Márcio Alves da Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, uma vez que através da imagem do “direito normalizado-normalizador”, o autor revela que, em Foucault, porquanto lei e norma sejam diferentes do ponto de vista conceitual, a partir do plano das práticas, ambas noções existem em situação de mútua implicação (cf. *Ibidem*, p. 33).

Porquanto Foucault não tenha deixado uma obra metodológica acerca da sua genealogia, ele estipulou “uma série de princípios metodológicos para abordar a análise do poder” (CASTRO, 2009, p.184), os quais atuam no sentido de, entre outras coisas, fazer revelar o direito como um procedimento de sujeição e não como uma legitimidade a ser estabelecida.

Tais princípios são adotados como base para as pesquisas e reflexões realizadas nesta dissertação. Entretanto, em alguns momentos, compreendemos necessário forçá-los ao seu máximo, ou mesmo transitar para fora de sua alçada, para depois retornar com a ressignificação dos objetos submetidos à análise.

O primeiro destes princípios, também chamados de precauções metodológicas, consiste em “captar o poder em suas extremidades, em suas últimas ramificações, lá onde ele se torna capilar” de modo a ultrapassar “as regras de direito que o organizam e delimitam” para acessar seus pontos de materialização. (cf. FOUCAULT, 2012, p.282)

No caso da temática abordada nesta dissertação, procurou-se focar a linha tênue entre o jurídico e o não jurídico. Encarando-se a legitimidade do direito tecnologizado, em sua

relação com a normalização, como um ponto de materialização do exercício do poder, a medida que esta característica cumpre uma função na produção de subjetividades e indivíduos assujeitados ao poder veiculado pelo direito quando colonizado pela norma.

A segunda precaução metodológica consiste em não procurar a intenção do poder, mas

estudar o poder em sua face externa, onde ele se relaciona direta e imediatamente com aquilo que podemos chamar provisoriamente de seu objeto, seu alvo ou campo de aplicação, quer dizer, onde ele se implanta e produz efeitos reais (Idem, p.283)

Não se trata de buscar a intenção por trás do direito tornado uma tecnologia, no sentido de se destacar uma vontade na sua constituição. A problemática, tal como levantamos, busca compreender os efeitos reais que a ele estão vinculados. Neste aspecto, nosso ponto de focalização é a relação entre saber e poder expressa pelo direito e pela ciência dogmática do direito, a medida que esta implica um modo específico de se pensar o direito e seu objeto, o homem.

A terceira precaução metodológica diz respeito à análise do poder como algo que “funciona e se exerce em rede”, na qual os indivíduos podem tanto exercê-lo quanto sofrer sua ação, atuando mais como centros de transmissão do que como alvos. Em suma, pensar que “o indivíduo não é o outro do poder; é um de seus primeiros efeitos” (cf. Ibidem, p.284-285).

Sob certo aspecto, a imagem do “direito normalizado-normalizador” é a expressão do direito inserido nessa rede que é o poder, de modo a ser por ela colonizado. Assim, busca-se

identificar as formas pelas quais o direito tecnologizado pode atuar como um veículo para a normalização.

A quarta precaução metodológica cuida de se

fazer uma análise ascendente do poder; partir dos mecanismos infinitesimais que têm uma história, um caminho, técnicas e táticas e depois examinar como esses mecanismos de poder foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, subjugados, transformados, deslocados, desdobrados etc., por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global. (Idem, p.285)

No tocante a esta precaução, na presente dissertação utilizamos a abordagem realizada por Foucault em *A verdade e as formas jurídicas*, na qual a história da relação entre direito e verdade traçada pelo filósofo é marcada por rupturas que denotam precisamente este tipo de colonização dos poderes locais pelos mecanismos de dominação global.

Neste quesito, o filósofo preocupa-se em explicitar que as formas jurídicas para produção da verdade não se constituem como simples imposição daqueles que exercem o poder político centralizado, mas surgem de práticas cotidianas regulares nas relações de poder constituídas entre os indivíduos.

Procuraremos destacar este mesmo aspecto no processo de tecnologização do direito, tal qual descrito por Tércio Sampaio Ferráz Júnior, no sentido de tentar captá-lo como um processo de progressiva dessacralização do direito, e alteração no estatuto de sua verdade.

A quinta precaução metodológica considera que, porquanto seja possível que “as grandes máquinas de poder tenham sido acompanhadas de produções ideológicas”, para se

exercer, o poder se “é obrigado a formar, organizar e pôr em circulação um saber, ou melhor, aparelhos de saber que não são construções ideológicas” (cf. Ibidem, p.288-289).

Porquanto em *A verdade e as formas jurídicas*, Foucault aborde o direito como um local para produção da verdade na ordem dos mecanismos de dominação global, nesta dissertação se busca trabalhar a própria noção da verdade que se forma a cerca do direito através da observação do saber que tem ele por objeto, a ciência dogmática do direito, descrita por Tércio Sampaio Ferráz Júnior.

Surge, para nós, a noção de que as formas de verdade que se orientam em torno do direito tecnologizado não compreendem meras noções ideológicas, mas verdades construídas que se inserem na problemática das relações de “saber-poder”.

CAPÍTULO 1 – O Direito Tecnologizado

Pensar o direito enquanto uma tecnologia é pensá-lo a partir de sua função. Desta forma, a “distinção” entre a teoria e a prática jurídicas, é substituída por uma relação que dá forma a um todo, na medida em que ambos os campos se constroem em torno de um objetivo comum.

Neste capítulo, se percorrerá o pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior em busca de se observar de que modo o autor constrói o conceito do “Direito enquanto uma tecnologia” o qual corresponde, segundo o autor, ao objeto da “Ciência Dogmática do Direito”.

1.1. Panorama histórico da formação da Ciência do Direito

A proposta de traçar um panorama histórico da Ciência do Direito comporta um primeiro cuidado, pois, historicamente, a designação de Ciência, para o estudo do fenômeno jurídico é relativamente recente, conforme nos adverte Willis Santiago Guerra Filho, em seu livro *Teoria da Ciência Jurídica*

A expressão “ciência jurídica” é relativamente recente, constituindo uma criação da chamada Escola Histórica do Direito, surgida na Alemanha no século XVIII. Entretanto, a primeira grande elaboração teórica do Direito deve-se aos romanos, que incorporaram para isso as categorias forjadas pelos gregos para o conhecimento em geral. (GUERRA FILHO, 2009, p.31)

Entretanto, este autor ainda ressalta que

se considerarmos a questão de uma perspectiva estritamente epistemológica, de forma sincrônica, a-histórica, adotamos um conceito de ciência que nos força a pensar que a ciência só surgiria propriamente na modernidade, e de acordo com esse conceito tem-se enorme dificuldade em considerar científicos os estudos do Direito que se faziam antigamente e mesmo os de hoje em dia. (Idem).

Desta forma, Tércio Sampaio propõe uma perspectiva que revela os diferentes modos pelos quais o direito é tomado como um objeto de conhecimento ao longo da história.

De início, o jusfilósofo destaca o surgimento da figura do jurista como um ponto que marca o início da “separação entre o exercício político, econômico, religioso do poder e o exercício do poder argumentativo: nasce e desenvolve-se a arte de conhecer, elaborar e trabalhar do direito” (FERRAZ JR., 2013, p.31).

Este autor compreende que, nas sociedades primitivas, a inexistência do direito como uma instituição não implicava a inexistência de um poder capaz de estabelecer um equilíbrio social, uma vez que o elemento organizador restava fundado no princípio do parentesco (cf. Ibidem, p.29).

Desta forma, para Tércio Sampaio

*O conhecimento do direito, como algo diferenciado dele, é, pois, uma conquista tardia da cultura humana. A distinção, pois, entre direito-objeto e direito-ciência exige que o fenômeno jurídico alcance uma abstração maior, desligando-se de relações concretas (como as de parentesco: o pai tem direito de vida e morte sobre o filho, porque é pai, sem que questione por que a relação pai/filho identifica-se com uma relação jurídica de poder de vida e morte), tornando-se um regulativo social capaz de acolher indagações a respeito de divergentes pretensões. Assumindo o *direito* a forma de um*

programa decisório em que são formuladas as condições para a decisão correta, surge a possibilidade de o direito-objeto separar-se de sua interpretação, de seu saber, das figuras teóricas e doutrinárias que propõem técnicas de persuasão, de hermenêutica, que começam a distinguir entre leis, costumes, *folkways*, moral, religião etc. (Ibidem, p.31)

Vê-se aqui um primeiro exemplo de como a função prática possui influência determinante no direito enquanto um objeto de saber.

Em Roma, por sua vez, o direito passa a ser visto como uma imanência do ato mítico-sagrado de fundação da cidade, que o saber jurídico sofre uma transformação, vindo a adquirir caráter prudencial, visando ser um orientador para a prática dos jurisconsultos, juízes profissionais (cf. Ibidem, 32).

Neste contexto, o saber jurídico era formado com base nos esquemas de ação formulados pelos pretores, e adquiriam relevância e validade na medida em que era reconhecido o mérito social de seus autores.

Não se tratavam de prescrições dotadas de materialidade, mas diretrizes argumentativas que, a medida que crescem em número e complexidade, se consubstanciam em um tipo de pensamento prudencial que constitui "um poder de argumentar e de provar" (cf. Ibidem, p.35)

Neste sentido, o direito passa a ser compreendido como um domínio em separado, de modo que, como propõe Tércio Sampaio,

eram criadas possibilidades para que o chamado comportamento desviante também tivesse seu lugar, permitindo-se ao acusado uma argumentação com os mesmos valores e regras no intuito de neutralizar simbolicamente seu próprio comportamento (Idem).

O pensamento prudencial romano, atuava, então, não como um meio de se descobrir o certo e o justo, tal como, por exemplo, se propunha a filosofia prática aristotélica. Era antes um meio de fundamentação do certo e do justo a partir de regras reconhecidas universalmente pela coletividade. Nestes termos, surge "a possibilidade de um conhecimento universal do direito fundado, senão teoricamente, ao menos de fato" (cf. Ibidem, p.37).

Entretanto, é na Idade Média que Tércio Sampaio observará abrir-se o caminho para a progressiva tecnização da teoria jurídica, sobretudo como instrumento político (cf. Idem, p.40).

Nesta época, o caráter sagrado do direito se torna transcendente, ligando-se a noções da teologia cristã que o tratavam como expressão da ordem sagrada, tendo por objetivo último proporcionar um meio para a salvação dos homens (cf. Idem, p.38)

Sendo o soberano reconhecido como expressão terrena do poder divino, o direito se tornava um dos principais instrumentos para conservação e expansão deste poder.

No tocante a formação “Ciência europeia” do Direito o autor considera que a principal influência da Idade Média é, sem dúvidas, a do movimento dos glosadores da escola de Bolonha. (cf. FERRAZ JÚNIOR, 2013B, p.38, 2014, p.19)

Os glosadores passaram a submeter os textos de Justiniano a um tratamento metódico de interpretação a fim de lhes conferir “harmonização”, através da busca de paralelos e concordâncias capazes de suprimir as contradições (cf. FERRAZ JÚNIOR, 2014, p.20).

Esta prática, denominada exegética, determinará os moldes da ciência jurídica na época dos glosadores, a qual se assume como Ciência Dogmática, ostentando um método de formas tributárias da dialético-retórica aristotélica (Ibidem, p.21).

Para o autor, o pensamento dogmático desta época se faz decisivo para a centralização do poder político no Estado Moderno, na medida em que fornece subsídios para a racionalização e objetificação das formas de domínio. Sendo que o Direito Romano, resgatado e absorvido pelo método dos glosadores, torna-se um instrumento apropriado para a centralização do Estado (cf. Ibidem, 2013B, p.40).

Neste ponto, destacamos a seguinte passagem do autor:

Ao se colocar o rei como personagem central de todo o edifício jurídico, aparece, nessa época, um conceito-chave, que irá dominar a organização jurídica do poder: a noção de *soberania*. As disputas em torno desse poder mais alto, o poder soberano, bipartem-se na questão do *fundamento* do direito de se exigir obediência e na dos *limites* desse direito. A soberania, encarada como direito do soberano, expõe o problema jurídico da legitimidade (cf. Ibidem, p.41)

Esta noção de soberania será retomada mais adiante em nossa dissertação, a medida que reaparece em Foucault como a forma explicativa do poder tal como é compreendido pela tradição política e jurídica, contrapondo-se à ideia trazida pelo filósofo de “Poder enquanto Disciplina”.

Tércio Sampaio compreende que a concepção do poder tal como entendida pelos juristas medievais, fundada na noção de soberania, constituiu-se numa “visão circular e eminentemente ética, no sentido de que o respeito à lei, devia ser algo primário nas relações de governo: os objetivos do poder são o bem comum, o bem comum é a obediência às leis que o poder prescreve” (Idem).

A partir do século XVI, com a perspectiva do surgimento da ciência moderna, passam a se tecer críticas com respeito à falta de sistematicidade do método dos glosadores (cf. Idem).

A sistematização confere à ciência jurídica um caráter lógico demonstrativo de um sistema fechado, tal como coloca Tércio Sampaio, ao recorrer às análises sobre a ciência moderna, empreendidas por Foucault, possibilita a integração de diferenças específicas, a partir das quais são traçadas a totalidade das identidades (cf. FERRAZ JUNIOR, 2014, p.23).

No entender do autor, a era moderna será caracterizada pela perda do caráter sagrado do direito e a correspondente tecnização do saber jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 2013B, p.41)

Assim, se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será, antes, como dominar tecnicamente a natureza ameaçadora. É nesse momento que surge o temor que irá obrigar o pensador a indagar como proteger a vida conta a agressão dos outros, o que entreabre a exigência de uma organização racional da ordem social. Daí, consequentemente, o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalização e formalização do direito. (Ibidem, p.42)

A partir desta perspectiva, as prescrições da dogmática medieval são substituídas por relações lógicas sob as quais se funda o direito natural.

Porquanto seja rompido o elo entre o direito e o fundamento de autoridade, por outro lado, não se rompe com o caráter dogmático que se aperfeiçoa com a sistematização. “A teoria jurídica passa a ser um construído sistemático da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade.” (Ibidem, p.44)

O direito passa a ser um meio de regulação de aspectos sociais da vida, de modo que é daí que extrai sua fundamentação de validade

Nas palavras do autor:

a teoria jurídica consegue transformar o conjunto de regras que compõem o direito em regras técnicas controláveis na comparação das situações vigentes com as situações idealmente desejadas. Modifica-se, assim, seu estatuto teórico. Não é mais nem contemplação, nem manifestação de autoridade, nem exegese à moda medieval, mas capacidade de reprodução artificial (laboratorial) de processos naturais. Ela adquire, assim, um novo critério, que é o critério de todas as técnicas: sua funcionalidade. (Ibidem, p.45)

O próprio jurista passa a ser visto como um cientista, um técnico capaz de compreender e operar a sociedade por meio do direito.(Ibidem, p.46)

O século XIX, por sua vez, dá início ao processo de positivação do direito, na busca pacificar preocupações com relação à segurança e a precisão dos modelos do naturalismo, são reforçados os limites em torno do objeto da ciência do direito, bem como uma hierarquização da sistemática, a fim de se dar cabo de harmonizar a crescente pluralidade de normas e fontes normativas (Ibidem, p.48).

Neste contexto, o sistema jurídico torna-se, necessariamente, “a manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática faz mister explicitar.” (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p.36).

A razão jusnaturalista é substituída pela historicidade, de modo que a positivação não deixa de levar em conta a mutabilidade do fenômeno jurídico, admitindo que, “afinal, se o direito muda, isso não invalida a qualidade científica de seu conhecimento, pois ele muda historicamente” (Ibidem, p.51).

No final do século XIX, certas críticas acentuam as preocupações metodológicas postas, na medida em que emerge a consciência de que

Reduzir a sistemática jurídica a um conjunto de proposições e conceitos formalmente encadeados segundo os graus de generalidade e especificidade é desconhecer a pluralidade da realidade empírica imediatamente dada em relação à simplificação quantitativa e qualitativa dos conceitos gerais. (Ibidem, 2014, p.39)

Desta forma, iniciado o século XX, as transformações pelas quais passa a ciência dogmática do direito direcionam sua preocupação para a constituição de séries conceituais a fim de se garantir a completude e harmonização do sistema jurídico, possibilitando a subsunção de conceitos menos amplos a conceitos mais amplos, abarcando eventuais exceções (FERRAZ JUNIOR, 2014, p.56).

Assim, conclui Tércio Sampaio

Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorrem socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente (Idem, p.57)

1.2. O caráter tecnológico da Ciência Dogmática do Direito

Primeiramente, é preciso compreender qual é a concepção do termo ciência que está empregada na expressão Ciência Dogmática do Direito, como advertimos no início deste capítulo através das considerações de Willis Santiago Guerra Filho, pois a depender da concepção adotada, pode se tornar difícil abordar o saber jurídico como um saber propriamente científico.

Desta forma, Tércio Sampaio compreende que “costuma-se, de modo geral, entender a Ciência do Direito como um ‘sistema’ de conhecimentos sobre a ‘realidade jurídica’.” (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p.1).

É na noção de “sistematicidade” que o autor identifica o argumento para a cientificidade do saber jurídico.

De fato, na perspectiva histórica que vimos anteriormente, a sistematização foi a principal característica trazida pela modernidade ao saber jurídico.

Sobre o caráter científico da ciência do direito, o autor afirma que “entende-se, com isso, uma atividade ordenada segundo princípios próprios e regras peculiares, uma vez ou outra procurando o seu modelo nas chamadas ciências da natureza” (Ibidem, p.7).

Entretanto, a principal distinção entre a ciência do direito e as ciências da natureza reside nas características de seus enunciados. Os enunciados das ciências da natureza pretendem-se descritivos da realidade de seus objetos, de modo que, ainda que possuam uma validade universal, são sempre refutáveis (cf. FERRAZ JÚNIOR, 2013B, p.63).

Contudo, com o fenômeno da positivação, os enunciados da ciência do direito adquirem “natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras” (Ibidem, p.64).

Desta forma, os enunciados da ciência do direito não podem ser verificados ou refutados, de modo que sua validade depende de sua relevância prática, “embora não seja possível deduzir deles as regras de decisões, é sempre possível encará-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão” (Idem).

Neste ponto, cabe nos referirmos aos diferentes enfoques teóricos, o zetético e o dogmático, que abordamos brevemente na introdução. Conforme pontua Tércio Sampaio Ferraz Júnior,

O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um *ser* (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como um *dever-ser* (como deve ser algo?) Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação. (FERRAZ JÚNIOR, 2013B, p.18).

Nos termos em que se dão as análises deste autor, pode-se observar que a ciência do direito revela um enfoque prioritário nas questões dogmáticas, ao ponto deste advertir que

é preciso reconhecer que, nos dias atuais, quando se fala em Ciência do Direito, no sentido do estudo que se processa nas Faculdades de Direito, há uma tendência a identificá-la com um tipo de produção técnica, destinada apenas a atender às necessidades do profissional (o juiz, o advogado, o promotor) no desempenho imediato de suas funções. Na verdade, nos últimos 100 anos, o jurista teórico, por sua formação universitária, foi sendo conduzido a esse tipo de especialização, fechada e formalista (Ibidem, p.25).

Entretanto, o que não se pode pensar, a partir da análise de Tércio Sampaio, é que dogmática e zetética sejam incomunicáveis. Porquanto seja verdade que as questões dogmáticas sejam tipicamente tecnológicas, uma vez que dotadas de explícita função diretiva, mesmo os dogmas jurídicos podem ser submetidos a questionamento quanto a sua fundamentação e justificação (cf. Ibidem, p.65).

Esta “correlação funcional” entre zetética e dogmática, apontada pelo autor, revela que as questões dogmáticas, em última instância, carecem de alguma forma de legitimação, de modo que se faz necessário o recurso às questões zetéticas (cf. Idem).

Neste sentido, os esforços da zetética jurídica consistem em fornecer pressupostos convincentes para as prescrições dogmáticas. Ocorre que, como a zetética envolve questões mais livres e abertas, seus conceitos hipotéticos podem ser facilmente substituídos, restando à dogmática o trabalho de interpretação.

Para captar o problema da decidibilidade de conflitos que a orienta, Tércio Sampaio compreende que a ciência dogmática do direito se articula em três diferentes modelos, que se caracterizam através do modo como este problema é abordado (cf. Ibidem, p.66).

Estes modelos - a teoria da norma, a teoria da interpretação, e a teoria da decisão jurídica - encontram-se inter-relacionados, à medida que, sistematicamente, compõem a unidade do saber dogmático (cf. Ibidem, p.67).

Cada um deles é, também, constitutivo de uma concepção do ser do homem, que, como coloca o autor, corresponde ao “centro articulador do pensamento jurídico”.

Abordaremos brevemente cada um destes modelos a seguir.

1.2.1. Dogmática Analítica

Para esta abordagem, o conceito de norma atua como um ponto crítico de integração limitador da ciência jurídica. Isto é, a ciência do direito se articula no sentido de identificar e integrar sistematicamente as normas jurídicas.

Desta forma, Tércio Sampaio considera que o conceito de norma jurídica prevalente “na consciência média do jurista” (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p.59) é aquele formulado na teoria imperativista de Jhering, o qual a descreve como um imperativo, positivo ou negativo, representante de uma vontade capaz de impor orientações e condutas sobre as demais. Nas palavras do jusfilósofo, “Jhering conclui que, na sua especificidade, a norma jurídica é um imperativo abstrato dirigido ao agir humano” (Ibidem, p.60).

Este modelo analítico toma forma através de uma sequência de questões, que se dão, respectivamente, em relação ao método, à construção, ao encadeamento e à compreensão da dinâmica do sistema jurídico.

Quanto ao método, o problema enfrentado é que, na prática, o sistema jurídico não atende, necessariamente, aos ditames de uma lógica formal, de modo que seu funcionamento depende, em grande parte, de procedimentos lógico-retóricos (cf. Ibidem, p.64)

Tércio Sampaio compreende o método analítico, de um lado, como “um exame discursivo que procede por distinções, classificações e sistematizações”, e de outro, como uma “*resolução* ou *solução regressiva*, que consiste em estabelecer uma cadeia de proposições, a partir de uma proposição que por suposição resolve o problema posto” (Ibidem, p.63).

Trata-se de um procedimento que pode ser genericamente reduzido a dois tipos de operações, isoláveis apenas por abstração, ligação, que estabelece uma solidariedade entre

elementos distintos, e diferenciação, uma ruptura dos elementos que compõem um todo, de modo a se realizar uma decomposição analítica. (cf. Ibidem, p.65)

Discute-se, entretanto, o caráter do método analítico como uma ferramenta para identificar a verdade das proposições sobre o direito, uma vez que resta destacada sua ligação com pensamento tecnológico (cf. Idem).

Desta forma, ao fazer de seu núcleo de abordagem a questão relativa a norma, o modelo analítico propõe o método da Ciência do Direito como um modo para se fazer revelar o "dever ser" do direito, isto termina por implicar no que Tércio Sampaio descreve como caráter "criptonormativo" dos enunciados da ciência jurídica, o qual se refere à característica que estes enunciados têm, de não apenas explicar seus objetos, mas também conformá-los.

Revelado este “dever ser” do direito, passa-se ao problema da construção analítica, o qual se refere à “validade” das normas jurídicas. Isto é, da identificação das normas como normas jurídicas integrantes do ordenamento jurídico.

Aqui, não se busca apenas identificar se determinada norma é dotada de validade, mas também se analisa diferentes os critérios em que se dá esta validade, abrangendo-se também questões acerca da “vigência” e “eficácia” das normas.

Adverte o autor que

O desenvolvimento do Direito exige, porém, um trabalho de especificação contínua, que vai esgotando a operacionalidade dos conceitos, ultrapassando-os ou relegando-os a fórmulas abstratas, cuja função se reduz a organizar didaticamente grandes áreas do conhecimento jurídico. (Idem, p.77)

A ciência do direito, segundo o modelo analítico, tendo de possibilitar a tomada de decisões em um meio dinâmico em constante transformação, trabalha com uma sistematização de tipo aberto, abarcando a questão da norma numa totalidade de aspectos.

A construção analítica empreendida pelo método normativo, “revela-se, assim, como um empreendimento programático que faz frente a uma gama de atividades de regulamentação cada vez mais complexa” (Ibidem, p.82).

Neste sentido, a analítica jurídica se desdobra de maneira progressiva entre ligar e diferenciar conceitos, superando-se constantemente.

No tocante à questão da legitimidade, pode-se observar que a dogmática analítica trata das normas jurídicas a partir do aspecto da institucionalização da relação de autoridade manifesta no cometimento da norma (FERRAZ JÚNIOR, 2013B, p.82).

Trata-se aqui de uma característica que remete ao consenso social em torno da norma, o qual institucionaliza a autoridade do emissor da norma, de modo que seu receptor a aceita pela confirmação de terceiros que não participam da relação (Ibidem, p.81).

Em princípio, tal critério se mostra dotado de caráter formalista, uma vez que a homogeneidade institucional que sustenta a relação de autoridade se faz fictícia, restando apoiada em procedimentos de validação, a exemplo de votos, assembleias e eleições.

Nas palavras do autor

O jurista reconhece o caráter jurídico das normas por seu grau de institucionalização, isto é, pela *garantia do consenso geral presumido de terceiros que a elas confere prevalência*. Daí a busca, no discurso dos juristas, da conformidade das expectativas normativas com os objetos do *interesse público*, do *bem comum*, do *Estado*. Daí a importância de

procedimentos institucionalizados (como o processo civil e criminal, o inquérito policial e administrativo, a eleição política e a organização partidária, o processo legislativo) para a identificação de normas como jurídicas. (Ibidem, p.83)

Porquanto exista uma antiga tensão entre positivistas, que consideram que os conteúdos não são em si jurídicos ou antijurídicos, e jusnaturalistas, que sustentam que o direito posto deve respeitar os ditames do chamado “direito natural”, Tércio Sampaio considera que o fenômeno normativo não se esgota na relação entre autoridade e sujeito (Idem).

Desta forma, tomando por base o pensamento de Niklas Luhmann, este autor afirma que

os sistemas sociais desenvolvem, nesses termos, mecanismos de estabilização, chamados *núcleos significativos*, isto é, centros integradores de sentido que conferem à variedade certa unidade aceitável para as interações sociais (Ibidem, p.85)

Nas sociedades mais complexas, estes núcleos correspondem aos “valores”, identificados como “símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, ou ainda, fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do sentido de consenso social” (Ibidem, p.86).

Dada a sua abstração, os valores recebem concretude através do mecanismo integrador das “ideologias”. Na compreensão de Tércio Sampaio, as ideologias “conjugam os valores, hierarquizando-os, permitindo que se os identifique, quando em confronto, que se opte pela justiça contra a ordem ou pela ordem contra a liberdade, pela dignidade contra a vida etc.” (Idem).

Desta forma, o autor compreende que a ideologia prevalecente em determinada sociedade, ao conjugar e hierarquizar os valores, distribuindo as expectativas em torno dos papéis sociais, determina os conteúdos socialmente generalizáveis capazes de constituir o relato das normas jurídicas (cf. Ibidem, p.87).

Neste sentido, a legitimidade das normas é observada sempre a partir de um critério de justiça que é socialmente determinado no interior de uma ideologia.

Assim, o modelo correspondente à dogmática analítica pressupõe o ser do homem como dotado de necessidades, as quais revelam interesses, que quando relacionados socialmente podem ser compatíveis ou incompatíveis.

Nesta medida, a função da ciência do direito é sistematizar regras que possibilitem a obtenção de decisões capazes de dar um fim aos conflitos entre os interesses (cf. FERRAZ JÚNIOR, 2013B, p.66).

Porquanto este modelo possua, como já apontado, certo caráter formalista, o sopesamento entre os interesses e as necessidades neles envolvidas passa por um processo de valoração que determina que uns devem ser privilegiados diante de outros.

Como vimos, na compreensão do autor, a justificação deste processo de valoração é resultado de um consenso social, expresso, de forma genérica, pela ideologia que prevalece na sociedade. Dá-se, desta forma, em uma relação comunicacional que engloba não apenas o emissor da norma e seu receptor, mas também terceiros não diretamente envolvidos, mas que, ainda assim, expressam, de forma tácita, seu cometimento.

1.2.2. Dogmática Hermenêutica

Tércio Sampaio considera o problema da interpretação como uma questão inseparável da própria noção de norma, tendo em vista que “toda a norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação” (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p.83)

Com a sistematização do direito empreendida pelo jusnaturalismo, o autor identifica uma mudança de enfoque no problema da interpretação, na medida em que deixa de ser uma atividade voltada para as normas individuais, passando-se a orientar quanto ao sentido da norma em relação ao todo, que é compreendido enquanto uma unidade (cf. Ibidem, p.84)

O conceito de interpretação se transforma também, na medida em que surge um novo problema: identificar se deve haver, ou não, um sentido obrigatório à ser encontrado nas normas.

Neste ínterim, Tércio Sampaio observa a cisão da doutrina, naquilo que é referente à interpretação, em dois grupos, os subjetivistas e os objetivistas, que o jusfilósofo define da seguinte forma:

A doutrina subjetivista insiste em que, sendo a ciência jurídica uma ciência hermenêutica, toda interpretação é basicamente uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (*desde então*, isto é, desde o aparecimento da norma), ressaltando-se o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas. Para a doutrina objetivista, ao contrário, a norma tem um sentido próprio, determinado por fatores objetivos, independente até certo ponto do sentido que quis dar-lhe o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (*desde agora*, isto é, tendo em vista a situação atual em que ela se aplica), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma vige e das técnicas apropriadas para a sua captação (Ibidem, p.86).

A insolubilidade da polêmica entre ambos os grupos se mostra reveladora dos pressupostos básicos da hermenêutica jurídica, em especial o problema do *ponto de partida* da interpretação.

É aí que, para o modelo hermenêutico, revela-se o caráter dogmático da ciência jurídica, uma vez que os dogmas cumprem essa função de ponto de partida inevitável para a interpretação.

Do modo como coloca o jusfilósofo:

para que possa haver interpretação jurídica é preciso que *ao menos um* ato doador de sentido seja fixado. Daí um dos pressupostos da hermenêutica do Direito ser o caráter *dogmático* do seu ponto de partida. (Ibidem, p.89)

Note-se que, ao adotar um ponto de partida indiscutível, porquanto torne possível realizar a hermenêutica jurídica, não dá um fim à tensão entre o dogma e liberdade do intérprete.

É nesta tensão que se insere a questão prática do direito, uma vez que não apenas interpretar se faz uma obrigação dada pela própria natureza conferida a norma jurídica, como também a interpretação se impõe a fim de que se chegue a um resultado prático para a questão, isto é, uma decisão (Ibidem, p.90).

Entretanto, conforme as sociedades se tornam mais complexas, a partir do problema da integração do Direito, a prática jurídica termina por esbarrar em questões reveladoras dos limites do ordenamento jurídico, as lacunas.

A questão da existência, definição e identificação das lacunas é considerada polêmica junto à doutrina jurídica, bem como o problema de seu preenchimento, uma vez que este último ressalta a tensão entre o dogma, como um ponto de partida inevitável, e a liberdade do intérprete.

Na prática, esta questão se desdobra em uma diversidade de outros problemas, a depender, em grande parte, de como determinado ordenamento acessa a situação das lacunas. Desta forma, há, na doutrina jurídica, uma multiplicidade de conceitos cuja abordagem e discussão seriam, por si só, objeto mais do que suficiente para um estudo bastante robusto.

Sendo assim, em sua análise, o autor se concentra no aspecto desta tensão entre dogma e liberdade no interior do direito positivado, de modo que, tal como observa

o conceito de lacuna (e os que lhe são aparentados, como interpretação extensiva, conceitos valorativos, normas abertas etc.) confere ao jurista a possibilidade de se valer daqueles fatores extrapositivos¹ como se fossem positivos ou, ao menos, positiváveis (Ibidem, p.105).

Neste contexto, o jusfilósofo observa que as lacunas crescem em relevância como problema para o direito a partir do processo de positivação no século XIX, não por que o problema da integração não existisse antes deste período, mas por que a própria concepção de dogma, para o direito positivo, exige um rigor maior na abordagem desta questão (Ibidem, p.106).

¹ _____

Dentre estes fatores, o jusfilósofo lista, por exemplo, "os ideais de justiça, o sentimento do equitativo, os princípios de Direito Natural etc." (FERRAZ JÚNIOR, p.105)

Na sua concepção, constatada a lacuna, abre-se espaço para um procedimento retórico de tipo inventivo o qual atua, geralmente, através de uma regra permissiva, isto é, permite-se que o intérprete, efetivamente, crie positivamente o direito (Idem).

Desta forma, na análise do modelo analítico da ciência do direito, Tércio Sampaio conclui que

O problema da integração, como estamos observando, nos conduz, pouco a pouco, a um novo modelo de ciência jurídica, visto que a questão do *sentido* da norma já contém uma referência relevante à normatividade como um instrumento regulador do comportamento humano que se adapta, por contínua evolução e transformação, às exigências do ambiente (Idem, p.107).

A dogmática hermenêutica mantém a orientação da Ciência do Direito para o seu aspecto mais prático, neste sentido, destaca-se, mais uma vez, a questão do direito como uma tecnologia capaz de tornar possível a decisão (Idem, p.107).

À diferença do modelo anteriormente estudado, a dogmática analítica, que isola o direito em um sistema para abordar o fenômeno normativo, a dogmática hermenêutica “conforma o *sentido* do comportamento social à luz da incidência normativa” (FERRAZ JÚNIOR, 2013B, p.284).

Isto é, sua intenção é controlar as consequências possíveis da incidência do direito, causando a impressão de que este se adéqua às exigências do real-concreto, entretanto, o intérprete se orienta a partir das avaliações conferidas pelo sistema interpretado.

Este autor compreende, assim, que

Essa astúcia da razão dogmática põe-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos. E o faz, ao torná-los conflitos abstratos, isto é, *definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis*. (Idem)

Nesta perspectiva, os conflitos são neutralizados na medida em que as contradições se tornam suportáveis. Pois o plano conceitual jurídico atua como uma dimensão harmônica, na qual legislador racional cuida para que todos os conflitos se tornem, em tese, decidíveis (cf. Idem).

No tocante à legitimação, a hermenêutica parte daquilo que é fornecido pela analítica, ou seja, permanece a função do consenso social em torno de uma noção ideológica de justiça.

Como coloca o autor “o sentido das normas vem, assim, desde o seu aparecimento, ‘domesticado’.” (Idem). Esta adequação aparente entre o desígnio da norma, e a necessidade do caso específico, por sua vez, não rompe esta lógica, mas a integra, ao naturalizá-la no seu procedimento.

Tércio Sampaio afirma que para este modelo de ciência jurídica,

o ser humano é um ser cujo agir tem um significado, ou seja, seus menores gestos, mesmos seus mecanismos involuntários, seus sucessos e seus fracassos têm um sentido que lhe dá unidade (Ibidem, p.66).

Mesmo que este significado não seja unívoco e a aprioristicamente determinado, isto é, mesmo que não exista um consenso social claro sobre o significado de determinado ato humano, a noção da existência desta unidade é um pressuposto, uma vez que o direito constitui um sistema relacional, ainda que aberto.

É possível se compreender, desta forma, que a medida que determinada conduta tenha seu significado acessado pela hermenêutica, este sempre se dá em relação com os dogmas jurídicos postos que, como se viu, na análise que o jusfilósofo dirige para o modelo da dogmática analítica, têm seus conteúdos generalizáveis determinados a partir do consenso social em torno da ideologia dominante.

1.2.3. Dogmática Empírica.

Este modelo aborda o problema da decisão a partir da perspectiva de que o pensamento jurídico constitui um pensamento tecnológico com vistas de tornar possível a terminação de conflitos através de normas (cf. FERRAZ JÚNIOR, 2014, p. 110)

Desta forma, o direito é assumido como um instrumento para o controle social, e o objetivo da Teoria da Decisão, pode-se dizer, é averiguar os modos pelos quais é possível exercer este controle.

Neste sentido, a Ciência Jurídica se revela não como teoria sobre a decisão, mas como teoria *para* a obtenção da decisão. Mais uma vez se acentua o ser caráter criptonormativo. (Idem, p.110).

Diferentemente dos modelos anteriores, o autor adverte que “uma teoria da decisão jurídica está ainda por ser feita”. A decisão é abordada de maneira dispersa ao longo da dogmática jurídica, de modo que, neste ponto, ele adota como sua tarefa

encontrar, ao menos como hipótese de trabalho, um sentido nuclear para o que se possa chamar de decisão, para depois examinar os instrumentos conceituais tradicionais usados pelo jurista para captá-la e, finalmente, mostrar os caminhos que vêm sendo abertos nos últimos anos, com o intuito de dar à teoria da decisão jurídica uma operacionalidade mais eficiente (Ibidem, p.110-111).

O início desta investigação se dá através da identificação de um conceito para “decisão jurídica”, ao que o autor identifica que “modernamente, o conceito de decisão tem sido visto como o ato culminante de um processo que, num sentido amplo, pode ser chamado aprendizagem” (Ibidem, p.111).

Processo de aprendizagem, como ele explica, ao que pertencem o impulso, “um conjunto de proposições incompatíveis numa situação que exige uma resposta”, a motivação, como “conjunto de expectativas que nos força a encarar as incompatibilidades como conflito, isto é, como exigindo uma resposta”, a reação, como a resposta que é exigida, e a recompensa, “o objetivo, a situação final na qual se alcança uma relação definitiva em função do ponto de partida.” (Idem).

O objetivo deste processo de aprendizagem é, em última instância, encontrar uma resposta capaz de proporcionar uma satisfação imediata para um conflito, de modo que, nos termos em que coloca Tércio Sampaio:

Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores. Na verdade, o conceito moderno de decisão liberta-a do tradicional conceito de harmonia e consenso, como se em toda decisão estivesse em jogo a possibilidade mesma de safar-se de vez de uma relação de conflito. Ao contrário, se o conflito é condição de possibilidade da decisão, à medida que a exige, a partir dela ele não é eliminado, mas apenas transformado. (Ibidem, p.113)

Nesta perspectiva, as concepções de decisão e de conflito jurídico se fazem correlatas, uma vez que, a partir de uma lógica comunicacional, a relação jurídica se faz valer de uma “coordenação objetiva” que torna possível às partes exigirem e serem exigidas quanto a darem prosseguimento à comunicação recusada. (cf. Ibidem, p.113-114)

Nestes termos, a decisão jurídica impede a continuação de um conflito, não lhe dá uma solução, na medida em que não põe fim à incompatibilidade que o ocasionou, mas a desloca para uma situação em que ela não pode ser retomada. (cf. Ibidem, p.115)

Tércio Sampaio considera que, modernamente, a doutrina tende a compreender a decisão como um problema de subsunção do caso prático à hipótese prevista na regra positivada (Ibidem, p.116). Hipótese esta que, frisa, não é compreendida como meramente descritiva, mas tipificadora. Neste sentido, não apenas descreve determinada conduta, mas também determina o que deve ser compreendido por tal conduta (Ibidem, p.118).

Na concepção de Tércio Sampaio, o suposto fático, representado por esta hipótese tipificadora, cumpre uma função argumentativa quanto a decisão “no sentido de que fixa os limites para apreciação dos casos concretos” (Idem).

Ocorre que os casos concretos raramente se adéquam de forma clara às hipóteses previstas pela norma, necessitando serem submetidos a uma série procedimentos capazes de demonstrar aquilo que se faz relevante, segundo os critérios impostos pelo suposto fático (cf. Ibidem, p.119).

Entretanto, como ressalta o jusfilósofo, o procedimento decisório não consiste apenas na identificação do suposto fático ao caso concreto, de modo que, para a ciência do direito de modelo empírico se faz tradicional a preocupação em observar quais seriam os critérios para a admissibilidade de determinada decisão. (cf. Idem)

Deste modo, certa discricionariedade é conferida ao decisor, de modo que, ao buscar preencher estes critérios de admissibilidade é possível o recurso a princípios estritamente contraditórios, ainda que conciliáveis sob a perspectiva da satisfatoriedade da decisão (cf. Idem, p.123).

Da mesma forma, tal discricionariedade é justificada pela doutrina como necessária para que a norma, como regulador dos comportamentos humanos, adapte-se a natureza inconstante dos conflitos sociais que emergem na convivência humana.

Para a ciência jurídica de modelo empírico, Tércio Sampaio considera que o ser humano é tomado

como um *ser dotado de funções*, isto é, um ser que se adapta por contínua evolução e transformação, às exigências de seu ambiente. Segue a concepção da ciência do direito como investigação das *normas* de convivência, estando a norma encarada como procedimento decisório, constituindo-se, então, o pensamento jurídico como sistema explicativo do comportamento humano enquanto controlado por normas. (FERRAZ JÚNIOR, 2013B, p.67)

Direcionada para o controle das condutas, a dogmática empírica busca não apenas informar do modo como a decisão deve ser, mas também persuadir os destinatários para que aceitem determinada decisão, “visa despertar uma atitude de crença” (cf. Ibidem, p.326).

Desta forma, porquanto a verdade não esteja excluída de suas preocupações, ela se orienta em torno da verossimilhança. A verdade dos fatos, portanto, é passível de valoração, tornada rígida, assim como na dogmática analítica, através da ideologia. (cf. Idem).

O autor compreende que a dogmática empírica

capta a decisão como um exercício controlado do poder, como se as relações sociais de poder estivessem domesticadas. Sublima-se a força e, com isso, diminui-se a carga emocional da presença da violência do direito (Ibidem, p.328)

O poder, aqui compreendido, encontra-se estruturado no direito que é encarado como um fenômeno de partes em comunicação" (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p.126), no qual são conferidas a uma das partes “condições de estabelecer um cometimento específico em relação a outra, controlando-lhe as possíveis reações.” (Ibidem, p.127).

Nestes termos, a Ciência do Direito perde o caráter puramente exegetico, passando a encarar seu objeto, o direito, como algo em permanente construção, de modo que ela se constitui, em relação a ele, como uma técnica inventiva, supera a organização “jurídica” do exercício do poder, cuidando também dos “mecanismos ‘políticos’ que dão àquele exercício um caráter efetivo de suscitar a obediência”. (cf. Ibidem, p.128)

Como dispõe Tércio Sampaio

Em suma, o desenvolvimento da Ciência Jurídica como teoria de sistemas de controle (jurídico) do comportamento é, no fundo, uma concepção ampliada do problema de decisão, pois vislumbra nos fenômenos de direito um momento de domínio e de estratégia de domínio, caracterizado pela possibilidade num sistema de interações, de decisões fortalecidas, capazes de promover, evitar, contornar, autorizar, proibir etc. certas reações (Ibidem, p.129).

Por fim, pode-se pensar que o modelo empírico da ciência jurídica, diferentemente dos dois anteriores, é aquele que precisa encarar de forma mais direta o aspecto político do direito, para o qual decisão se funda na promessa de seus efeitos, fazendo-se antes disso legítima a partir relações valorativas ideologicamente determinadas.

1.3. A dogmática e o problema da legitimação do direito.

Ao longo da abordagem dos diferentes modelos de ciência jurídica estudados por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, buscamos pontuar, sempre que possível, o aspecto da legitimação do direito e do saber jurídico presente nas análises.

Legitimação, no significado em que empregamos, remete à abordagem utilizada pelo jusfilósofo no que concerne a “justificação” do direito e a busca de seu “fundamento”. Isto é, da identificação do direito em termos de uma ordem justa (cf. FERRAZ JÚNIOR, 2013B, p.331).

Como se viu, ao longo do panorama histórico por ele oferecido, o movimento de tecnologização do direito, iniciado na modernidade, culminou também no desligamento progressivo dos dogmas jurídicos em relação a valores externos observados em outros momentos históricos, tais como a autoridade, a religião, os ditames da razão iluminista, e etc.

Tércio Sampaio compreende que, a despeito disto, o saber jurídico sempre foi relacionado com a técnica, a qual “aparecia como um sistema de regras de aprendizado, obtidas pela experiência, mas pensadas logicamente a *posteriori*, que visava à condução correta da ação, objetivando sua perfeição” (Ibidem, p.330).

Ocorre, entretanto, que, se “para os antigos, a sabedoria jurídica (jurisprudência), como se vê, não estava apartada do verdadeiro, visto que era a produção do verdadeiro *no belo, no útil, no justo*”, a técnica (*techne*) da dogmática jurídica contemporânea surge de “uma

espécie de ‘exigência’ que o homem faz à natureza para que esta lhe entregue sua energia acumulada (Heidegger)” (cf. Idem).

O jusfilósofo compreende que a técnica, separada da virtude enquanto busca da verdade no agir humano, torna o direito um meio para se realizar um fim – a decisão de conflitos – de modo que a ciência dogmática do direito se constrói em torno desta finalidade posta no futuro, de modo que sua racionalidade depende da eficácia no atendimento a esta finalidade. (cf. Idem)

Quanto mais distante esse fim e mais difuso seu atingimento, tanto maior a exigência de justificação. Quanto maior essa exigência, menos plausíveis os fundamentos. A erosão de tradições culturais em nome da prioridade da eficiência técnica gera, assim, uma necessidade crônica de legitimação do direito e do saber jurídico em termos de ordem justa. (Ibidem, p.331)

Nesta perspectiva, Tércio Sampaio aborda a concepção decisionista de Schmitt, para a qual

a legitimidade passa a ser um momento de justificação do direito, sem qualquer base na verdade, apenas um exercício de controle do comportamento que funciona e tem sucesso: a primeira decisão legitima-se enquanto suscita crença. (Idem).

Para o autor, o problema é que o jogo jurídico não possui começo ou fim, de modo que, tanto não podemos optar por não jogá-lo, como não podemos discutir os critérios em que dele participaremos. Isto é, não é possível assumir uma posição externa para acessá-lo como justo ou injusto. (cf. Ibidem, p.332)

Ainda assim, o jusfilósofo identifica que, desde a Antiguidade, o direito buscou sua estruturação na ideia de justiça, que deveria atuar como *um código doador de sentido* para o direito, observando que “ao menos nesses termos existenciais é de reconhecer que a justiça confere ao direito um significado no sentido de razão de existir” (Ibidem, p.333).

A justiça, por sua vez, pode ser encarada sob dois aspectos, um formal e outro material. O primeiro remete à ideia de proporcionalidade, através do qual é atribuído a alguém aquilo que lhe é devido. O segundo, por sua vez, é aquele que cuida da conformidade dos critérios a respeito do que é devido e a quem. (cf. Idem)

Assim, o autor compreende que “a justiça formal não *pertence* ao jogo, mas é o limite do jogo. Se dentre destes limites, porém, o jogo é justo ou injusto, isto é *problema* da justiça material, de seus princípios éticos e de sua moralidade (material). (Ibidem, p. 337).

Vê-se, desta forma, que o problema da legitimidade do direito não é facilmente acessado, uma vez que, porquanto o direito desligado de um valor de justiça perca o seu sentido, ele não deixa de apresentar as características de império, validade ou eficácia. (cf. Ibidem, p.340)

Fazendo uma breve recapitulação dos temas estudados neste capítulo, temos que o direito, na atualidade, assume a forma de uma tecnologia, o que significa que ele se estrutura em torno de uma finalidade, tornar possível a decisão dos conflitos jurídicos.

Como consequência, os dogmas jurídicos restam desligados de valores externos capazes de expressar sua justiça, sendo que sua justificação reside nos seus objetivos, isto é, ele se orienta em função de uma finalidade posta no futuro.

Por sua vez, vimos que este direito tecnologizado é objeto de estudo da ciência dogmática do direito, a qual, através de três modelos, distintos, mas relacionados, acessa o fenômeno do jurídico a partir da temática da norma, da interpretação e da decisão, sempre com vistas a tornar possível a tomada da decisão jurídica.

No âmbito da legitimação, embora a justificação e a fundamentação do direito tenham se tornado, por conta da tecnologização, progressivamente mais difíceis, o direito permanece como um instrumento para o exercício do controle social, dotado de império, validade e eficácia.

Assim, a hipótese provisória a que se chega neste ponto, é de que a legitimidade do direito não depende, ou não necessita depender, de um valor externamente determinado capaz de expressar sua relação com uma ideia de justiça.

Na sequência, abordaremos aspectos da “analítica do poder” de Michel Foucault, a fim de buscarmos um instrumental teórico capaz de fornecer subsídios para se aprofundar a questão da legitimidade do direito a partir de estudos levados a cabo pelo filósofo a respeito de temas como verdade, saber e poder.

CAPÍTULO 2 – Poder, verdade e direito

Neste capítulo, aborda-se a “analítica do poder” de Michel Foucault, a qual corresponde ao instrumental analítico que será empregado no terceiro capítulo, de modo a se realizar sua aproximação com os trabalhos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior acerca do direito tecnologizado.

2.1. O sujeito e a história

A produção intelectual de Michel Foucault é frequentemente referida como a realização de uma história do sujeito. Tal afirmação é confirmada tanto pelo próprio filósofo, ao longo de seus livros, cursos, textos e entrevistas, como, por exemplo, na seguinte passagem da entrevista “Verdade e poder”: “É preciso se livrar do sujeito constituinte, livrar-se do próprio sujeito, isto é, chegar a uma análise que possa dar conta da constituição do sujeito na trama histórica” (FOUCAULT, 2012, p.43), quanto por comentadores tais como Edgardo Castro, que sintetiza

a relação entre o sujeito e a história constitui, sem lugar a dúvidas, o eixo em torno do qual se pode compreender toda a sua produção intelectual, desde as primeiras até as últimas obras (CASTRO, 2009, p.203).

Como já se pode observar da citação de Foucault, realizar uma “história” do “sujeito” é uma tarefa que comporta múltiplos desdobramentos, vez que está relacionada com o modo

particular pelo qual o filósofo trabalha as duas noções. Desta forma se torna proveitoso, senão mesmo necessário, realizar uma análise, ainda que breve, de cada um deles e, consequentemente, do modo como se relacionam.

Em se tratando da “história”, Foucault se aproxima de Nietzsche, na medida em que se contrapõe à concepção de uma história linear, progressiva e unitária, representativa de uma totalização racional, que caminha de uma origem primeira em direção a uma realização derradeira. Contrariamente, a perspectiva de Foucault é aquela de uma história genealógica, marcada por descontinuidades e irrupções, a qual

não tem por fim reencontrar as raízes de nossa identidade, mas, ao contrário, se obstinar em dissipá-las; ela não pretende demarcar o território único de onde viemos, essa primeira pátria à qual os metafísicos prometem que retornaremos; ela pretende fazer aparecer todas as descontinuidades que nos atravessam. (FOUCAULT, 2012, p.83)

Neste sentido, as diferentes histórias levadas a cabo por Foucault não buscam encontrar uma “origem” para seu objeto, mas sim, nos dizeres de César Candiotto, explicitar como, “o nível das práticas deixa de ser a gênese empírica das abstrações ou seu horizonte de idealidade para se tornar o lugar de emergência dos conceitos”. (CANDIOTTO, 2010, p.48)

Desta forma, por exemplo, em *Vigiar e punir*, o filósofo nos mostra que a prisão não possui uma origem nas teorias penais vigentes no início do século XIX, para as quais inclusive, ela se mostra anátema, mas sim em uma série de práticas e discursos de nível local que, a época, eram empregados, e que foram “colonizados pelo poder”, de modo a demarcar “o momento em que se percebeu ser, segundo a economia do poder, mais eficaz e mais rentável vigiar que punir” (FOUCAULT, 2012, p.215).

Ver-se-á, adiante, que o mesmo ocorre com as “práticas jurídicas”, no sentido de que elas não decorrem de um refinamento da razão lógica e dos métodos de busca para a verdade, mas sim, que a partir delas é que a verdade será redefinida ao longo da história.

No tocante ao “sujeito”, em *As palavras e as coisas*, um dos temas destacados por Foucault é a iminente morte do homem. Ao longo da referida obra, o filósofo discute como o homem, enquanto expressão do “sujeito da modernidade”, foi produto, e não fundamento, do surgimento das ciências humanas no início do século XIX.

Ou seja, para Foucault o sujeito não é protagonista da história, mas um de seus efeitos, sendo constantemente inventado e reinventado pela irrupção de diferentes discursos e práticas historicamente determinadas. Como coloca o filósofo, na conclusão daquele livro,

se estas disposições² viessem a desaparecer tal como apareceram, se, por algum acontecimento de que podemos quando muito pressentir a possibilidade, mas de que no momento não conhecemos ainda nem a forma nem a promessa, se desvanecem, como aconteceu, na curva do século XVIII, com o solo do pensamento clássico – então se pode apostar que o homem desvaneceria, como na orla do mar, um rosto na areia. (FOUCAULT, 1999a, p.536)

De acordo com César Candiotto,

No que concerne ao sujeito, em tais práticas³ ele fora constituído pela complexa articulação entre estratégias de totalização por parte do poder e de individualização por parte das ciências (CANDIOTTO, 2010, p.45).

² _____

Aqui, Foucault se refere às disposições da *episteme* moderna que, na análise empreendida na referida obra, foram responsáveis pela criação do sujeito, tal como este aparece no discurso das ciências humanas.

³ _____

Tratam-se aqui das práticas institucionais tradicionais que emergiram na Modernidade.

Tendo em vista esta abordagem de Foucault, Castro sustenta que ela acaba por ensejar uma preocupação metodológica, de modo que, para o filósofo afastar a ideia do sujeito de conhecimento como algo dado, ele necessita

definir uma metodologia de análise histórica que esteja liberada de pressupostos antropológicos, que rompa com a sujeição da história a uma subjetividade (a razão, a humanidade) que garantiria, acima de tudo, sua unidade e seu sentido. (CASTRO, 2009, p.204)

Assim, a genealogia histórica de Foucault se divide em três eixos, consistindo, respectivamente, em

uma ontologia de nós mesmos em nossas relações com a verdade (que nos permite constituir-nos como sujeito de conhecimento); uma ontologia histórica de nós mesmos em nossas relações com um campo de poder (o modo como nos constituímos como sujeito que atua sobre outros); e uma ontologia histórica de nós mesmos em nossas relações com a moral (o modo como nos constituímos como sujeito ético, que atua sobre si mesmo)". (Ibidem, p.185)

Cabe, neste momento, fazer um breve apontamento: é um erro realizar a “compartimentalização” do pensamento de Foucault, pois a grande complexidade do seu trabalho reside, justamente, na dificuldade de sua categorização, de modo que este recurso apresenta função mais propriamente didática do que analítica, a medida que as diferentes fases e metodologias apontadas pelos comentadores, terminam por se sobrepor ao longo da obra do filósofo.

Desta forma, pensar em termos de diferentes *eixos*, tal como propõe Castro, revela-se um bom modo de se abordar o pensamento de Foucault, uma vez que é no campo de interação entre estes *eixos* que se dá o seu trabalho.

Sendo assim, porquanto em *A verdade e as formas jurídicas*, possa se supor que, dentro da proposta de se levar a cabo uma história do sujeito, o olhar do filósofo esteja voltado para a ontologia deste em relação à verdade, não se pode afastar em definitivo as relações referentes ao poder e à moral, pois ambos, juntamente com a verdade, cumprem funções determinantes em relação ao sujeito situado em uma perspectiva histórica.

2.2. A implicação entre o “saber” e o “poder”

Em *A verdade e as formas jurídicas*, Foucault se volta para as práticas judiciárias, que são, como ele as define

a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história. (FOUCAULT, 2013b, p.21)

Seu interesse se funda na noção de que estas “parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas.” (Idem).

Sua análise se inicia pela proposta de *três eixos de pesquisa*; o primeiro consistindo na “história dos domínios de saber em relação com as práticas sociais, excluída a preeminência de um sujeito de conhecimento dado definitivamente” (Ibidem, p.18).

O segundo eixo, metodológico, cuida da análise dos discursos, superando seu aspecto linguístico, para então encará-los enquanto “jogos estratégicos, de ação e reação, de pergunta e de resposta, de dominação e de esquiva, como também de luta” (Ibidem, p.19), ou seja, não analisar os discursos internamente, buscando verificar sua lógica ou seu sentido, mas externamente, a partir de seus efeitos práticos.

Por fim, o terceiro eixo consiste na “reelaboração da teoria do sujeito” (Idem), no qual, fazendo referência às práticas e teorias psicanalíticas, o filósofo busca afastar a ideia do “sujeito como fundamento, como núcleo central de todo conhecimento”, para então poder observar a “constituição histórica de um sujeito de conhecimento através de um discurso tomado de estratégias que fazem parte das práticas sociais” (Ibidem, p.20).

Em Nietzsche, Foucault identifica as bases para sua proposta, em

um tipo de discurso em que se faz a análise histórica da própria formação do sujeito, a análise histórica do nascimento de um certo tipo de saber, sem nunca admitir a preexistência de um sujeito de conhecimento (Ibidem, p.22).

Na leitura que Foucault nos oferece de Nietzsche, este partiria da noção de que o conhecimento não se encontra, em absoluto, inscrito na natureza humana. O conhecimento não é, e nem faz parte dos instintos, mas surge como o resultado do embate entre os instintos. Ainda que possua fundamento nos instintos, o conhecimento “é produzido por mecanismos ou realidades que são de natureza totalmente diversa” (FOUCAULT, 2013b, p.25).

Foucault observa que se por um lado, o conhecimento não pode ser deduzido da natureza humana, ele também não pode ser derivado do mundo a se conhecer, “em termos rigorosamente kantianos, seria necessário dizer que as condições de experiência e as condições do objeto de experiência são totalmente heterogêneas” (Ibidem, p.26).

Em não havendo uma relação de continuidade entre o conhecimento e as coisas a se conhecer, esta consideração sobre o conhecimento, tal como realizada por Nietzsche, conforme a interpretação dada por Foucault, supera a necessidade de Deus como figura garantidora da continuidade do mundo.

Nietzsche desarticula a harmonia entre a teoria do conhecimento e fundamentação teológica pela qual a figura Deus atua como princípio que assegura a *adequação* entre o conhecimento e mundo a conhecer (CANDIOTTO, 2010, p.61).

Da mesma forma, por não haver continuidade entre os instintos e o conhecimento, “desaparece, não mais Deus, mas o sujeito em sua unidade e soberania” (FOUCAULT, 2013b, p.28).

Se é verdade que há, por um lado, os mecanismos do instinto, os jogos do desejo, os afrontamentos da mecânica do corpo e da vontade e, por outro lado, há um nível de natureza totalmente diferente, o conhecimento, então não se tem mais necessidade da unidade do sujeito humano. Podemos admitir sujeitos, ou podemos admitir que o sujeito não existe. (Idem)

Qualquer aparente *beatitude* conferida ao conhecimento pela tradição filosófica ocidental resta afastada pela análise de Nietzsche, fazendo revelar, em seu lugar, o que Foucault chama “sistema precário de poder” (Idem, p.30), o que configura subsídio eficaz

para o desenvolvimento de “uma história política do conhecimento, dos fatos de conhecimento e do sujeito de conhecimento” (Ibidem, p.31).

Candiotto, afirma que é nesta característica estratégica da verdade, que a análise de Foucault se afasta da de Nietzsche, na medida em que o autor de *Vigiar e punir* “não se contenta em discutir teses filosóficas a respeito da verdade do sujeito, mas examina as práticas sociais em meio às quais ela emerge, se transforma e desaparece”. (CANDIOTTO, 2010, p.62)

2.2.1. Sobre a vontade de verdade

Ao apontar que o conhecimento pode ser compreendido em termos de um acontecimento político dotado de historicidade, Foucault lança as bases para que se realize o questionamento do status da própria verdade.

Há, por um lado, uma verdade que se dá no âmbito interno dos saberes, a respeito da qual se é bastante usual se traçar uma história. Trata-se daquela história da verdade tal como é realizada pela história das ciências (FOUCAULT, 2013b, p.20).

Por outro lado, há aquilo que Foucault (Ibidem, p.20-21) chama “história externa da verdade”, que diz respeito às regras de formação da verdade, isto é, o que, para cada sociedade e em cada época, se faz necessário para que determinado discurso receba o status de verdadeiro.

Estas regras, que correspondem ao objeto desta história externa da verdade, é referida por Foucault como “vontade de verdade”, e o filósofo a lista como um dos elementos de exclusão discursiva, como se observa no seguinte trecho de *A ordem do discurso*:

se nos situamos no nível de uma proposição, no interior de um discurso, a separação entre o verdadeiro e o falso não é nem arbitrária, nem modificável, nem institucional, nem violenta. Mas se nos situamos em outra escala, se levantamos a questão de saber qual foi, qual é constantemente, através de nossos discursos, essa vontade de verdade que atravessou tantos séculos de nossa história, ou qual é, em sua forma muito geral, o tipo de separação que rege nossa vontade de saber, então é talvez algo como um sistema de exclusão (sistema histórico, institucionalmente constrangedor) que vemos desenhar-se (FOUCAULT, 2013a, p.13-14).

Ainda que, de acordo com o filósofo, as grandes mutações científicas possam ser consideradas irrupções de novas formas da Vontade de verdade (Ibidem, p.15), houve uma grande ruptura histórica que culminou na separação entre as noções de verdade e o poder.

Esta separação, citada por Foucault em *A ordem do discurso*, e referida posteriormente em *A verdade e as formas jurídicas*, possui momento e local históricos determinados, a Grécia, entre os séculos VI e V a.C.

O filósofo observa que, nos poetas gregos, a verdade era atribuída ao discurso conforme este fosse pronunciado por quem tinha o direito de fazê-lo e, da mesma maneira, somente através de uma fórmula previamente determinada.

Trata-se aqui da verdade proferida pelos oráculos, sacerdotes e reis, por aqueles que exerciam um poder místico-religioso, que não deixava de ter função política.

O conteúdo do discurso verdadeiro possuía caráter profético, na medida em que “não somente anunciava o que ia se passar, mas contribuía para a sua realização, provocava a adesão dos homens e se tramava com o destino” (Ibidem, p.14).

Passado um século, a verdade do discurso se desloca de sua forma, relacionada ao poder, e passa a residir naquilo que é seu enunciado, o qual deve ter sua veracidade *demonstrada*, na medida em que *correspondente* com a realidade dada previamente.

A verdade, assim, deixa de ter caráter de acontecimento, perde sua relação de necessidade com o poder, deixa de ser determinante da realidade, passando a ser compreendida como sua revelação. A verdade não é mais a anunciação do futuro, mas o descobrimento daquilo que já existe.

Entretanto, como já exposto, o conhecimento é um acontecimento político marcado pelas relações de poder e, desta forma, dissociar verdade e poder é insistir no

grande mito de que a verdade nunca pertence ao poder político, de que o poder político, de que o poder político é cego, de que o verdadeiro saber é o que se possui quando se está em contato com os deuses ou nos recordamos das coisas, quando olhamos o grande sol eterno ou abrimos os olhos para o que se passou (FOUCAULT, 2013b, p.56).

A Vontade de verdade permanece, apoiando-se sobre suportes institucionais, exercendo pressão sobre os demais discursos, englobando em si outros mecanismos de exclusão discursiva, como a palavra proibida e a separação entre razão e loucura, na medida em que estes se fragilizam (CASTRO, 2009, p.422), ao mesmo tempo em que resta oculta pela própria forma necessária da verdade.

E a razão disso é, talvez, esta: é que se o discurso verdadeiro não é mais, com efeito, desde os gregos, aquele que responde ao desejo ou aquele que exerce o poder, na vontade de verdade, na vontade de dizer este discurso verdadeiro, o que está em jogo, senão o desejo e o poder? O discurso verdadeiro, que a necessidade de sua forma liberta do desejo e libera do poder, não pode reconhecer a vontade de verdade que o atravessa; e a vontade de verdade, essa que se impõe a nós há bastante tempo, é tal que a verdade ela quer não pode deixar de mascarar-la (FOUCAULT, 2013a, p.19).

Candiotto sintetiza os efeitos que a vontade de verdade exerce sobre os demais discursos da seguinte maneira:

o discurso qualificado como verdadeiro é aquele que se impõe sobre outros discursos relegando-os ao terreno do falso e do ilusório, instaurando assim uma ordem. A *ordem do discurso* é o critério normativo para impor significações, identificar, dizer o que é verdadeiro e o que é falso, o que está certo e o que está errado, o que é delirante e o que é racional, nada mais do que um modo de operar separação (CANDIOTTO, 2010, p.51).

A partir desta perspectiva, o projeto genealógico empreendido por Foucault pode ser compreendido como um meio de questionamento da vontade de verdade, uma vez que restituir ao discurso o seu caráter de acontecimento configura parte importante de sua metodologia (FOUCAULT, 2013a, p. 48).

2.3. O uso político da verdade

Através de uma leitura particular da peça *Édipo-rei*, de Sófocles, Foucault problematizará que aquele deslocamento na história da verdade referido anteriormente, que tirou a verdade da forma do discurso para depositá-la em seu enunciado não representa um

refinamento da razão humana, mas sim que é resultado de disputas de natureza eminentemente políticas em torno do poder.

Pretendo mostrar como a tragédia de Édipo, a que se pode ler em Sófocles – deixarei de lado o problema do fundo mítico a que ela se liga – é representativa e, de certa maneira, instauradora de um determinado tipo de relação entre poder e saber, entre poder político e conhecimento, de que nossa civilização ainda não se libertou. (FOUCAULT, 2013b, p.38-39)

Na peça de Sófocles, o filósofo observa o nascimento de uma figura que até então era inexistente na sociedade grega: a testemunha. A grande implicação desta personagem, é que ela representa uma ligação entre a verdade e aquilo que se viu, de modo que, em última instância, a verdade pertence ao domínio do passado.

Foucault observa que “é por metades que se ajustam e se encaixam que a descoberta da verdade procede em *Édipo*” (Ibidem, p.41). Isto é, toda a peça de Sófocles opera pelo ajustamento de metades que se completam, forma que, segundo o filósofo, faz referência ao *sýmbolon*, um mecanismo de exercício do poder utilizado na antiga Grécia que não se tratava de “uma forma retórica, mas religiosa, política, quase mágica de exercício do poder” (Ibidem, p.45)

A peça é um discurso que foi dividido em duas metades, as quais foram, posteriormente, divididas em mais duas, e assim por diante, até que se encontrasse completamente fragmentados, e é apenas o ajustamento destas metades, que se encontram espalhadas por todos os escalões da sociedade grega, que a verdade irá se revelar (cf. Ibidem, p.44). Assim

O que havia sido dito em termos de profecia no começo da peça vai ser redito sob a forma de testemunho pelos dois pastores. E assim como a peça passa dos deuses aos escravos, os mecanismos de enunciado da verdade ou a forma na qual a verdade se enuncia mudam igualmente. (Ibidem, p.46)

Esta verdade, revelada pelo saber eterno dos deuses e pela memória dos homens, selará o destino de Édipo, que na peça representa a figura do tirano grego, um personagem que exercia o poder por ser também detentor de um saber que o permitia governar (FOUCAULT, 2013b, p.52).

Na leitura de Foucault, a peça de Sófocles se torna representativa do momento de separação entre verdade e poder, na medida em que os diversos fragmentos da sociedade grega são ajustados para revelar e impor uma verdade contra o poder de Édipo, de modo que resta destacado o caráter político desta separação, a medida que “durante toda a peça, o que está em questão é essencialmente o poder de Édipo e é isso que faz como que ele se sinta ameaçado” (Ibidem, p.48).

Como visto anteriormente, este “grande mito” de que verdade e poder são antinômicos persiste até os dias de hoje nas sociedades ocidentais e, segundo Foucault,

Foi esse mito que Nietzsche começou a demolir ao mostrar, em numerosos textos já citados, que por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder. O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber (Ibidem, p.56).

Todo o simbolismo de *Édipo-rei* torna-se, através de Foucault, uma alegoria para as transformações políticas que atingiram a sociedade ateniense um século antes, as quais necessitavam de uma nova política para a verdade, capaz de separá-la do exercício de um poder que era, a um só tempo, mágico-religioso, mas também político.

2.3.1. O inquérito e as relações de saber-poder.

Este processo de ruptura entre verdade e poder iniciado no século V a.C., porquanto represente uma das grandes conquistas da democracia grega, na medida em que dá origem ao direito de se “opor uma verdade sem poder a um poder sem verdade” (FOUCAULT, 2013b, p.58), possibilita, também, o desenvolvimento de diversos saberes que caracterizarão o pensamento grego, e deixarão marcas profundas nas civilizações ocidentais.

Entretanto, Foucault ressalta que a fórmula particular do inquérito permanecerá oculta e esquecida pelo mundo ocidental até o nascimento das primeiras monarquias europeias. Antes disso, a forma jurídica predominante era a do velho Direito Germânico o qual, de diversas maneiras, se aproximava do Direito Grego Arcaico, uma vez que sua principal característica eram os jogos de prova (*épreuve*). (cf. Ibidem, p.59)

O filósofo lista uma série de características deste direito dos povos germânicos que tornaram o procedimento judicial uma das principais formas de se fazer circular os bens e a riqueza, de modo que tornou-se importante para os mais ricos e poderosos exercerem o monopólio sobre a regularidade deste procedimento. (cf. Ibidem, p.60-61)

Como desdobramentos desta necessidade, Foucault cita o aparecimento de diversos institutos que transformarão para sempre as práticas jurídicas, tais como a figura do procurador, as noções de infração bem como as multas e confiscações, os quais constituíam instrumentos eficazes no processo de centralização do exercício da atividade judiciária. (cf. Ibidem, p.68-69)

Por fim, neste procedimento de formação do que pode ser chamado um embrião do poder judiciário, surge a necessidade de se estender o olhar do soberano a fim de que este faça valer sua vontade através da aplicação da lei.

Assim, os soberanos da Alta Idade Média resgatarão o inquérito, através de uma antiga prática do Império Carolíngio preservada pela administração da Igreja Católica, a fim de se estabelecer um modo de legitimar seu poder sobre a solução dos litígios, fazendo manifestar-se a verdade através da generalização do flagrante-delito. (cf. Ibidem, p.72-73)

Este inquérito da Europa do século XII, que nada mais é do que “uma determinada maneira do poder se exercer” (Ibidem, p.74) irá, devido a indissociável relação entre saber e poder, exercer grande influência sob a série de transformações culturais que irão culminar no renascimento (cf. Ibidem, p76).

Aos poucos, o inquérito se tornará a forma geral do saber nas sociedades ocidentais, e o atendimento a sua forma é o que virá a conferir chancela de verdade aos discursos, como assim coloca Foucault

Parece-me que a verdadeira junção entre processos econômico-políticos e conflitos de saber poderá ser encontrada nessas formas que são ao mesmo tempo modalidades de exercício de poder e modalidades de aquisição e transmissão do saber. O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. (FOUCAULT, 2013b, p.79)

2.4. Reforma judiciária e ortopedia social

Deixando-se, temporariamente, de lado considerações que Foucault faz acerca da relação entre poder e saber, não deve causar estranheza o pensamento de que: o desenvolvimento das formas tomadas historicamente pelo direito esteja, de alguma maneira, ligado ao desenvolvimento do poder político.

Sobretudo, se nos situarmos em uma época⁴ na qual se vislumbra o nascimento ou, pelo menos, o resgate, daquilo que se pode chamar de saber jurídico. Observa-se que esta coincide com o nascimento das grandes monarquias centralizadas no continente europeu.

A imagem do Estado enquanto fonte da qual emana o poder é, praticamente, um consenso nas vertentes mais tradicionais das teorias política e jurídica, bem como de sua crítica, sendo que a variável reside na legitimação política deste poder estatal.

O que surpreende, de fato, são as conclusões que Foucault extrai de sua análise de uma época que é tida como determinante para a concepção moderna de direito, o período que se estende do século XVII ao XIX.

Na quarta conferência de *A Verdade e as formas jurídicas*, Foucault ressalta como os princípios sustentados pelos grandes teóricos do movimento de reforma do direito penal, como Beccaria, Bentham, e Brissot, não refletiram, em absoluto, nas práticas jurídicas que vieram a se desenvolver.

O primeiro destes princípios é a separação entre crime e falta moral ou religiosa, uma vez que, aquele, é a infração de uma lei estabelecida por um poder político, sem esta lei, não há infração. (cf. FOUCAULT, 2013b, p.82)

4

Como se viu anteriormente, Tércio Sampaio de Ferraz Júnior afirma que os juristas, usualmente, consideram o advento da escola dos glosadores como este ponto de resgate das noções de um saber especificamente jurídico, nos moldes romanos.

O segundo, determina que a lei deve definir “como repreensível o que é nocivo à sociedade, definindo assim negativamente o que é útil” (Idem).

O terceiro e último princípio ressaltado por Foucault, vem como uma dedução natural a partir dos outros dois, o crime se torna algo que danifica a sociedade. (cf. Ibidem, p.83)

Desta forma, o criminoso será identificado como alguém que causa este dano. Um inimigo interno que rompeu o pacto social, passível de punição que, por sua vez, perde o caráter de vingança, retribuição, e se torna uma reparação, no sentido de, não apenas, corrigir o dano causado, mas impedir que novos danos ocorram. “A lei penal deve reparar o mal ou impedir que males semelhantes possam ser cometidos contra o corpo social” (Idem).

A partir daí, estes teóricos vislumbram uma múltipla possibilidade de penas como soluções, tais como a deportação, a humilhação pública, o trabalho forçado e, mesmo, a pena de Talião, uma pena que se adequasse perfeitamente ao crime, de modo a impedir que os agentes tenham vontade de cometer novos delitos. (cf. Ibidem, p.84)

Na prática judiciária, entretanto, estas penalidades tiveram pouquíssima aplicação, sendo rapidamente substituídas por uma forma de pena que surge no “início do século XIX, como uma instituição de fato, quase sem justificação teórica”, a prisão. (cf. Ibidem)

Indo na direção contrária das teorias propostas do século XVIII,

a penalidade no século XIX, de maneira cada vez mais insistente, tem vista menos a defesa geral da sociedade que o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos (Ibidem, p.86).

A pena passa a considerar às virtualidades dos indivíduos, sua periculosidade, e não os atos que cometeram ou deixaram de cometer. Este controle corretivo dos indivíduos, institucionalizado através da prisão no sistema penal, não será efetuado unicamente pelo aparelho judiciário,

mas por toda uma série de outros poderes laterais, à margem da justiça, como a polícia e toda uma rede de instituições de vigilância e de correção – política para a vigilância, as instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas, pedagógicas para a correção. (Ibidem, p.87)

Em torno da ideia da prisão, Foucault vê se formar aquilo que ele denomina idade da “ortopedia social”, que será caracterizada pelo surgimento da “sociedade disciplinar”, a qual, por sua vez, se diferencia das sociedades anteriores, de caráter penal (cf. Idem).

Para melhor compreender a análise de Foucault, a seguir será aprofundada a distinção que o filósofo faz entre poder-soberania e poder-disciplina.

2.5. Sobre Soberania e Disciplina

Conforme se pôde observar até o presente momento, no pensamento de Foucault, o renascimento do inquérito durante Idade Média europeia foi, em grande parte, relacionado ao surgimento das primeiras grandes monarquias, uma vez que, sem a concentração do exercício das práticas judiciárias em torno da figura do soberano, não se fazia necessária a superação de práticas como as da prova (*épreuve*) do antigo direito germânico.

Não causa assombro, portanto, que, tal como coloca Foucault no artigo Soberania e disciplina, publicado no Brasil na coletânea *Microfísica do poder*.

A teoria do direito, da Idade Média em diante, tem essencialmente o papel de fixar a legitimidade do poder; isto é, o problema maior em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o da soberania (FOUCAULT, 2012, p.281)

Esta noção de soberania se destaca no pensamento de Foucault, enquanto o modo como a tradição teórica jurídico-política concebe o exercício do poder, o qual, na concepção do filósofo, faz-se incompleto⁵.

Como explicitou-se anteriormente, na concepção de Foucault, toda a instituição jurídica medieval europeia surge em resposta a uma necessidade político-administrativa de exercício do poder por parte da figura do soberano. Desta forma, toda a tradição teórica que surge em torno dela tem como sua figura central este poder que se exerce enquanto soberania.

Seja quando a soberania se refere ao mecanismo de poder monárquico feudal (Ibidem, p.291-292), quando atua como instrumento para constituição das grandes monarquias administrativas, arma na disputa entre legitimação ou limitação do poder soberano, ou quando oferece subsídios para a superação desta forma monárquica de centralização do poder,

enquanto durou a sociedade do tipo feudal, os problemas a que a teoria da soberania se referia diziam respeito realmente à mecânica geral do poder, à maneira como ele se exercia, desde os níveis mais altos até os mais baixos.

5

Esta incompletude, na perspectiva de Foucault jaz no papel central que o rei desempenha na teoria da soberania, de modo a se eliminar a dominação e suas consequências do discurso do poder. Para mais detalhes, ver Soberania e disciplina, in. *Microfísica do poder*. (cf. FOUCAULT, 2012, p.279-295)

Em outras palavras, a relação de soberania, quer no sentido amplo, quer no restrito, recobria a totalidade do corpo social (Ibidem, p.290).

Consideramos que, com o aparecimento da mecânica do poder disciplinar entre os séculos XVIII e XIX, pode ser observado também um descompasso entre a teoria jurídico-política do poder e os modos como este passa a se exercer, de modo que, tal como a vontade de verdade passa a se ocultar por detrás da forma mesma da verdade, uma relação surge entre disciplina e soberania, de modo que esta, enquanto feição teórica do poder, mascara ou mesmo nega os efeitos daquela.

A teoria da soberania persistiu como ideologia e como princípio organizador dos grandes códigos jurídicos por dois motivos. Por um lado, ela foi, ano século XVIII e ainda no século XIX, um instrumento permanente de crítica contra a monarquia e todos os obstáculos capazes de se opor ao desenvolvimento da sociedade disciplinar. Por outro lado, a teoria da soberania e a organização de um código jurídico nela centrado permitiram sobrepor aos mecanismos da disciplina um sistema de direito que ocultava seus procedimentos e técnicas de dominação e garantia o exercício dos direitos soberanos de cada um através da soberania do Estado (Ibidem, p.292).

A partir de sua linha geral de análise, a qual consiste em “evitar a questão - central para o direito - da soberania e da obediência dos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição” (Ibidem, p.282), Foucault formula uma série de precauções metodológicas, as quais auxiliam na distinção entre soberania e disciplina.

Assim, porquanto a teoria da soberania observa o poder a partir de seus centros e formas regulares, o filósofo busca o poder disciplinar a partir de suas capilaridades e práticas locais, “principalmente no ponto em que, ultrapassando as regras de direito que o organizam e

delimitam, ele se prolonga, penetra em instituições, corporifica-se em técnicas e se mune de instrumentos de intervenção material, eventualmente violentos” (Idem).

Da mesma forma, se para a teoria da soberania o poder pode ser corporificado na figura do soberano, seja o monarca absolutista, o Estado democrático e direito, ou a burguesia, o qual, da mesma forma, lhe dá uma intenção, o poder disciplinar busca “saber como foram constituídos os súditos, a partir da multiplicidade dos corpos, das forças, das energias, das matérias, dos desejos, dos pensamentos etc.” (Ibidem, p.283), de modo a realizar a inversão do Leviatã de Hobbes

enquanto homem construído, o Leviatã não é outra coisa senão a coagulação de um certo número de individualidades separadas, unidas por um conjunto de elementos constitutivos do Estado; mas no coração do Estado, ou melhor, em sua cabeça, existe algo que o constitui como tal e este algo é a soberania, que Hobbes diz ser precisamente a alma do Leviatã. Portanto, em vez de formular o problema da alma central, creio que seria preciso procurar estudar os corpos periféricos e múltiplos, os corpos constituídos como sujeitos pelos efeitos de poder. (FOUCAULT, 2012, p.284)

Decorre desta última precaução que o poder não é entificável, isto é, ele não é uma coisa que pode ser possuída por uns em detrimento de outros, e tampouco pode se pensar que o poder está em algum lugar ou instituição, o poder disciplinar existe somente em seu exercício, o qual se dá na forma similar a uma rede que atravessa e capta os sujeitos em suas malhas, os quais atuam menos como seus alvos, e mais como seus transmissores. Neste sentido, Foucault compreende que “o indivíduo não é o outro do poder, é um de seus primeiros efeitos” (Ibidem, p.285).

Como última precaução metodológica, Foucault propõe a realização de uma análise ascendente do poder, a partir de seus níveis mais baixos. A partir das transformações destas

técnicas e mecanismos locais, observar o momento quando eles tornam-se política ou economicamente vantajosos, a ponto de serem colonizados por instâncias superiores e globais (cf. Ibidem, p.288).

Esta última precaução metodológica, revela uma distinção fundamental entre o poder soberania e o poder disciplina, uma vez que esta última possibilita uma verdadeira economia do poder, na medida em que propicia “simultaneamente o crescimento das forças dominadas e o aumento da força e da eficácia de quem as domina”. A soberania, por sua vez, na medida em que visa a extração e apropriação de riquezas, ante a dominação dos corpos, funda o poder absoluto sob o gasto irrestrito. (cf. Ibidem, p291)

Da mesma forma, o poder disciplinar se exerce de maneira constante através de mecanismos de vigilância ininterrupta, os quais serão discutidos de forma mais aprofundada na sessão seguinte. Enquanto isso, o exercício do poder soberano se dá através a instituição de obrigações esporádicas, as quais podem ser juridicamente expressas e, portanto, tornadas legítimas.

O poder soberano, enquanto tem por objetivo expropriar e apropriar-se de bens e riquezas, impõe-se sobre os corpos dos indivíduos para castigá-los, deixar sob eles as marcas de suas faltas, ou mesmo destruí-lo.

O poder disciplinar, por sua vez, se exerce de maneira constante sob os corpos, moldando-os e transformando-os, para deles, não apenas, extrair trabalho, mas também para, em sua dinâmica econômica do poder, tornar os indivíduos mais dóceis e produtivos.

Em linhas gerais, e a exemplo das análises levadas a cabo por Foucault sobre o tema da biopolítica⁶, pode-se dizer que o exercício do poder-soberania “faz morrer e deixa viver”,

6 _____

porquanto o exercício do poder disciplinar, justamente por visar o indivíduo e seu corpo, “faz viver e deixa morrer”. (cf. FOUCAULT, 2000, p.286)

2.5.2. O Panoptismo e a noção de norma

Deve se ter em mente que seria impossível exercer esta vigilância constante necessária ao poder disciplinar recorrendo-se unicamente a instituições dotadas de materialidade, como por exemplo a prisão. De modo que, tal como o poder dos soberanos medievais se sustentava na forma de saber do inquérito, o poder disciplinar estará vinculada a uma forma de saber, que é a do exame (cf. FOUCAULT 2013b, p.88).

De maneira diferente ao inquérito, entretanto, o exame não é uma forma de saber que lida com noções de existência ou inexistência, “o que foi feito?”, “quem o fez?”, mas sim com a noção geral de norma, daquilo que é normal ou não (cf. Ibidem, p.89).

Sendo assim, enquanto o saber do tipo inquérito se faz um saber intermitente, uma vez que é um saber sobre atos, o exame, como um saber voltado para as “virtualidades”, funda-se na vigilância constante.

Forma-se, assim, o que Foucault chamará de panoptismo (cf. Ibidem, p.88), uma “invenção tecnológica na ordem do poder” (CASTRO, 2009, p.314), que se estrutura em torno da vigilância constante dos corpos.

Foucault cunha este termo a partir de um modelo arquitetônico proposto por Jeremy Bentham, o qual é descrito pelo filósofo da seguinte maneira.

O *Panopticon* era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que davam tanto para o interior quanto para o exterior. Em cada uma dessas pequenas celas havia, segundo o objetivo da instituição, uma criança aprendendo a escrever, um operário trabalhando, um prisioneiro se corrigindo, um louco atualizando sua loucura etc. Na torre central havia um vigilante. Como cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, o olhar do vigilante podia atravessar toda a cela; não havia nenhum ponto de sombra e, por conseguinte, tudo o que fazia o indivíduo estava exposto ao olhar de um vigilante de modo a poder ver tudo sem que ninguém ao contrário pudesse vê-lo (FOUCAULT, 2013b, p.88)

O panoptismo, desta forma, tem por objetivo, não somente submeter os indivíduos à vigilância constante, mas também construir a respeito deles um saber. “Esta é a base do poder, a forma de saber-poder que vai dar lugar não às grandes ciências de observação como no caso do inquérito, mas ao que chamamos ciências humanas: psiquiatria, psicologia, sociologia etc.” (Ibidem, p.89). Este saber, por sua vez, será o subsídio para a formação da norma e do processo de normalização.

Sobre o panoptismo, Foucault dirá que

É uma forma de poder que se exerce sobre os indivíduos em forma de vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos em função de certas normas. Este tríplice aspecto do panoptismo - vigilância, controle e correção - parece ser uma dimensão fundamental e característica das relações de poder que existem em nossa sociedade. (Ibidem, p.103)

O conceito de norma, neste caso, não recebe o mesmo significado que é dado na Teoria do Direito, ou seja, não se trata aqui da norma jurídica, mas de algo que fundamentará um “processo de regulação da vida dos indivíduos e das populações” (CASTRO, 2009, p.309).

Em Foucault, Castro aponta que a norma desempenha uma série de funções que irão caracterizá-la e torná-la distinta da lei. Em primeiro lugar, pode-se dizer que a norma, ao traçar a redor de si uma fronteira, estabelece a noção daquilo que é o normal, e também de seu contraponto, o anormal. (cf. Ibidem, p.310)

Da mesma forma, ela possibilita a avaliação e valoração das condutas, dos atos e dos indivíduos em torno deste eixo “normal-anormal”, para que então se proceda a um movimento de homogeneização sentido a normalidade.

A lei, por sua vez, na medida em que pode se referir unicamente ao ordenamento jurídico, estabelece, em torno dele, as noções de legal e ilegal, não procedendo no sentido de adequar condutas, mas de lhes aplicar uma sanção.

Da mesma forma, porquanto a norma possua um exterior, a anormalidade, o mesmo não pode ser dito sobre a lei, uma vez que, mesmo uma conduta classificada como ilegal se encontra dentro do domínio da lei.

Desta oposição conceitual entre lei e norma, Márcio Alves da Fonseca, em sua obra, *Michel Foucault e o direito*, extrai uma “primeira imagem” do direito no pensamento do filósofo, a qual corresponde ao “direito como enunciado da lei, como legalidade, como conjunto das estruturas que compõem a legalidade” (FONSECA, 2012, p.95).

Entretanto, dizer que lei e norma se opõem no nível conceitual, não implica na ocorrência do mesmo no nível das práticas. De fato, por mais que a mecânica do poder, nos dias de hoje, seja eminentemente disciplinar, como visto anteriormente, o direito de soberania se faz o seu complemento necessário (cf. Ibidem, p.293).

O que se observa, portanto, é um processo de colonização do direito por parte dos mecanismos disciplinares, de modo que a lei, cada vez mais, passa a funcionar como norma (cf. FOUCAULT, 1999b p.135).

Neste sentido, a “mediação” entre as normalizações disciplinares e os sistemas jurídicos da soberania é alcançada por um processo de “sacralização” científica dos discursos, sendo que o grande exemplo referido por Foucault se dá no campos dos “desenvolvimentos da medicina, a medicalização geral do comportamento, dos discursos, dos desejos etc.”, os quais “se dão onde os dois planos heterogêneos da disciplina e da soberania se encontram” (FOUCAULT, 2012, p.294).

Como forma de resistência a este processo de colonização, o filósofo aponta que “o único recurso aparentemente sólido que nos resta é exatamente o recurso ou o retorno a um direito organizado em torno da soberania” (Ibidem, p.295).

Entretanto, Foucault considera que

Na luta contra o poder disciplinar, não é em direção do velho direito da soberania que se deve marchar, mas na direção de um novo direito antidisciplinar e, ao mesmo tempo, liberado do princípio da soberania (Idem).

Uma vez que “a noção de repressão permanece sendo jurídico-disciplinar, independentemente do uso crítico que se queira fazer dela” (Idem).

2.6. Instituições de sequestro e a produção dos indivíduos

Conforme visto anteriormente, o momento do surgimento do panoptismo é precedido pelo desenvolvimento de uma teoria do Direito Penal, de base eminentemente legalista, que em princípio lhe era incompatível. Assim, Foucault estabelecerá como objetivo da quinta conferência será explicitar “que o aparecimento do panoptismo comporta uma espécie de paradoxo” (FOUCAULT, 2012, p.103).

Entretanto, como também já visto, esta incompatibilidade entre lei e norma se dá muito mais no plano teórico, vez que, no plano das práticas, as relações entre o panoptismo e o aparelho jurídico estatal são muito mais complexas

De fato, o que é importante observar e o que constitui um fato histórico importante é que esta teoria legalista foi duplicada, em um primeiro momento, e, posteriormente, encoberta e totalmente obscurecida pelo panoptismo que se formara à sua margem ou a seu lado. É o nascimento do panoptismo, que se forma e que é movido por uma força de deslocamento, desde o século XVII até o século XIX, ao longo do espaço social; é esta retomada pelo poder central dos mecanismos populares de controle que caracteriza a evolução do século XVIII e que explica como começa, no início do século XIX, a era de um panoptismo que vai ofuscar toda a prática e até certo ponto toda a teoria do Direito Penal (Ibidem, p.104).

Foucault sustenta sua tese observando que houve pensadores que, a época, observavam o desenvolvimento daquilo que o filósofo chama panoptismo, tais como o

filósofo alemão Julius , colega de Hegel, que, já em 1830, se referia ao problema da transição de uma arquitetura de espetáculo, para uma arquitetura da vigilância, e também o jurista francês Treilhard, que na apresentação do Código de Instrução Criminal de 1808, propõe um novo papel para o procurador estatal, no qual este deixa de ser aquele que persegue os autores das infrações a lei, e passa a ser um “olhar, um olho perpetuamente aberto sobre a população” (cf. Ibidem, p.105-106).

Assim, torna-se bastante claro que o panoptismo, ainda que desenvolvido às margens da teoria jurídica, exercerá grande influência sobre as práticas judiciárias, vez que a justiça passará a ser compreendida como uma grande pirâmide encadeada de olhares (cf. Ibidem, p.107).

Entretanto, deve-se sempre ter em mente que a preocupação metodológica de Foucault não se dá no sentido de se atentar para os efeitos do panoptismo a partir de onde o poder se centraliza, tal como ocorre nas grandes instituições, como o Direito, mas sim, a partir de sua outra extremidade, o nível no qual o poder se encontra tão difuso, que toca cada sujeito enquanto um indivíduo.

Desta forma, a análise de Foucault consistirá em, atentando-se para os efeitos do panoptismo no nível destes indivíduos, tentar responder as perguntas: “em que consistia e, sobretudo, para que servia o panoptismo?” (Idem).

Em última análise, porquanto nos modos de exclusão que precederam ao panoptismo, o objetivo era simplesmente remover o indivíduo do convívio social, nas instituições modernas que surgem a partir do século XIX, como a fábrica, a escola, o quartel, e etc., o objetivo é “fixar os indivíduos em um aparelho de normalização de homens” (Ibidem, p.113).

Um das principais características destas instituições apontadas por Foucault é o controle que elas exercem sob a totalidade ou quase totalidade do tempo dos indivíduos.

Como coloca o filósofo:

Por um lado, é preciso que o tempo dos homens seja colocado no mercado, oferecido aos que o querem comprar, e comprá-lo em troca de um salário; é preciso, por outro lado, que este tempo dos homens seja transformado em tempo de trabalho (Ibidem, p.115)

Quando este “sequestro” do tempo dos indivíduos mostra-se insustentável no nível particular de cada instituição, diversos mecanismos difusos passam a surgir, de modo a garantir que mesmo o tempo livre dos indivíduos seja empregado no cumprimento das necessidades estratégicas da produção.

Dentre tais medidas, Foucault lista desde leis proibindo festas e o comportamento vadio, até a formação das caixas econômicas, as quais exercem a dupla função de controlar os gastos dos trabalhadores, e também garantir que estes pudessem manter sua subsistência durante os períodos de desemprego (cf. Ibidem, p.116).

É assim que sob a forma destas instituições aparentemente de proteção e de segurança se estabelece um mecanismo pelo qual o tempo inteiro da existência humana é posto à disposição de um mercado de trabalho e das exigências do trabalho. A extração da totalidade do tempo é a primeira função destas instituições de sequestro (Idem).

A outra função das “instituições de sequestro” é exercer controle sobre os próprios corpos dos indivíduos, no sentido de exercer domínio sobre sua moralidade, higiene, saúde,

sexualidade, etc., segundo Foucault, todas estas práticas têm como objetivo em comum a valorização dos corpos de modo a transformá-los em força de trabalho, uma vez que

nas instâncias de controle que surgem a partir do século XIX, o corpo adquire uma significação totalmente diferente; ele não é mais o que deve ser supliciado, mas o que deve ser formado, reformado, corrigido, o que deve adquirir aptidões, receber um certo número de qualidades, qualificar-se como corpo capaz de trabalhar (Idem).

Por fim, como última função das instituições de sequestro, Foucault se refere a “criação de um novo e curioso tipo de poder”, o qual comporta-se de maneira múltipla, atuando tanto como poder econômico e político, na medida em que estabelece trocas entre os indivíduos e a instituição e institui quem dá as ordens e aqueles devem obedecê-las, como poder judiciário e epistemológico. (cf. Ibidem, p.118)

Judiciário, pois

nestas instituições não apenas se dão ordens, se tomam decisões, não somente se garantem funções como a produção, a aprendizagem etc., mas também se tem o poder de punir e recompensar, se tem o poder de fazer comparecer diante de instâncias de julgamento (Idem).

Em outras palavras, nestas instituições, os indivíduos se encontram constantemente sujeitos a avaliação de suas condutas, capacidades, etc. e, com base nesta avaliação, podem ser passíveis de recompensas, ou estar sujeitos a punições, conforme as particularidades de cada instituição.

Por sua vez, o caráter epistemológico deste poder se dá pois, na medida em que ele é exercido, podem ser extraídos dois tipos de saberes. O primeiro seria um saber tecnológico que visa o aprimoramento constante das estratégias de controle dos indivíduos, com objetivo de se maximizar a produtividade específica da instituição. Trata-se aqui de um “saber extraído dos próprios indivíduos, a partir do seu próprio comportamento” (Ibidem, p.119).

O segundo é um saber de observação, que se forma em torno dos indivíduos e permite classificá-los, compará-los, analisar seu comportamento. Trata-se, como se refere Foucault, de um saber clínico.

É assim que os indivíduos sobre os quais se exerce o poder ou são aquilo a partir de que se vai extrair o saber que eles próprios formaram e que será retranscrito e acumulado segundo novas normas, ou são objetos de um saber que permitirá também novas formas de controle (FOUCAULT, 2013b, p.119).

Em síntese, para Foucault, o grande efeito das “instituições de sequestro” surgidas no início do século XIX, é o de transformar o tempo dos homens em força produtiva. Um processo que, se num primeiro momento, dependia de grandes instituições capazes de fixar os indivíduos e exercer sobre eles a vigilância, adquiriu formas muito mais sutis, em grande parte, por conta dos saberes formados no interior destas instituições, os quais atualizaram tanto as técnicas de produção, quanto as estratégias de vigilância.

Ao final desta quinta conferência, Foucault expõe três importantes conclusões. A primeira se refere ao papel simbólico que a prisão desempenha na sociedade disciplinar do panoptismo de ser ao mesmo tempo “imagem da sociedade e a imagem invertida da sociedade, imagem transformada em ameaça”, a medida que ela se comporta como outras

instituições de sequestro, o que justifica sua existência, mas também existe como uma instituição particular, voltada para punição e reforma daqueles que agem contra a lei. (cf. Ibidem, p.121)

Assim, a prisão ao mesmo tempo se inocenta de ser prisão pelo fato de se assemelhar a todo o resto, e inocenta todas as outras instituições de serem prisões, já que ela se apresenta como sendo válida unicamente para aqueles que cometeram uma falta (Idem).

Em sua segunda conclusão, Foucault dissocia a noção de que o trabalho é a essência concreta do homem, uma vez que, como observa,

para que os homens sejam efetivamente colocados no trabalho, ligados ao trabalho, é preciso uma operação, ou uma série de operações complexas pelas quais os homens se encontram efetivamente, não de uma maneira analítica, mas sintética, ligados ao aparelho de produção para o qual trabalham. É preciso a operação ou a síntese operada por um poder político para que a essência do homem possa parecer como sendo a do trabalho (Idem, p.122).

Ou seja, o que liga os homens ao trabalho é o efeito de um poder anterior àquele que transforma sua força de trabalho em lucro, é precisamente este “subpoder”, que não se pode confundido com o poder político dos aparelhos estatais ou de classe, que possibilita a exploração do trabalho no regime capitalista (cf. Idem).

A terceira e última conclusão de Foucault é a de que todo o saber sobre o homem compreendido pelas ciências humanas, é um efeito derivado do exercício deste subpoder, o qual, por sua vez, necessita destes saberes para continuar se exercendo. “Poder e saber

encontram-se, assim, firmemente enraizados; eles não se superpõem às relações de produção, mas se encontram enraizados muito profundamente naquilo que as constitui” (Ibidem, p.123).

2.7. Recapitulação e Conclusão

Neste capítulo, estudamos a analítica do poder de Michel Foucault, direcionando nosso enfoque para os trabalhos do início dos anos 1970, nos quais o filósofo aborda a primeira das formas de normalização, a disciplina.

Ao longo deste percurso, pudemos observar diversos aspectos da concepção de poder trazida pelo filósofo, a começar pelo papel desempenhado pela verdade no seu pensamento.

Vimos que, para Foucault, a verdade é indissociável do poder, a medida que ela mesma exerce um poder, de modo que o filósofo a aborda de modo a ressaltar o seu aspecto político.

Nesta medida, poder e saber aparecem relacionados, uma vez que o exercício do poder permite que se extraia um saber a respeito daqueles que estão a ele submetidos. Na mesma medida, este saber atua de modo a justificar e tornar eficaz seu exercício.

Como decorrência destes aspectos iniciais, vê-se que a concepção que Foucault tem do poder é distinta da forma explicativa como o este aparece na tradição teórica jurídico-política. A esta, o filósofo se refere como “poder enquanto soberania”, enquanto àquela forma através da qual, ele compreende, que o poder se exerce em nossas sociedades, é denominada “poder enquanto disciplina”.

De forma resumida, estas duas formas se distinguem na medida em que o poder-disciplina atua como uma rede que atravessa a sociedade, exercendo-se de forma positiva, efetivamente produzindo subjetividades, porquanto o poder-soberania atua a partir de um centro, exercendo-se de forma negativa, proíbe, exclui, restringe.

O poder disciplinar se articula, desta forma, com a função da normalização, que se refere ao processo de regulação da vida dos indivíduos e das populações. Isto se dá por intermédio da noção de norma.

A norma, nesta perspectiva, é conceitualmente distinta da lei. Ela torna possível não apenas a formação de uma noção de normal, mas também que se avalie e distribua os indivíduos, em relação a esta normalidade, entre os campos de normal e anormal, buscando a adequação dos últimos através de um processo que o filósofo descreve como “ortopedia social”.

Desta forma, no recorte específico em que a acessamos, em se tratando da concepção foucaultiana de poder, não há que se falar em ideologia, uma vez que “no ponto onde terminam as redes de poder, não se forma a ideologia, mas instrumentos efetivos de constituição e cumulação do saber.” (CASTRO, 2009, p.224).

Da mesma forma, na medida em que existe um uso político da verdade, não cabe opô-la a uma noção como a de ideologia, uma vez que os efeitos de verdade do discurso não são, em si, verdadeiros ou falsos.

Assim, se no encerramento do capítulo anterior, levantamos a hipótese de que, talvez, a legitimação do direito não dependa de um valor externo capaz de lhe doar sentido, no ponto em que chegamos, espera-se que a concepção eminentemente política que Foucault nos traz

acerca da verdade, inserida nos estudos levados a cabo pelo filósofo sobre o tema do poder, nos permita aprofundar esta linha de investigação.

CAPÍTULO 3 – Normalização e Tecnologização

Neste capítulo, ao contrapor as noções de normalização e tecnologização⁷, espera-se discutir o problema da legitimidade do direito sob a perspectiva de que a lei passa a se comportar, cada vez mais, como norma.

Dito isto, pontua-se que nossa hipótese geral de trabalho resta alinhada às noções trazidas pela analítica foucaultiana, de modo que, quando possível, estas constituirão o instrumental analítico de nosso trabalho.

3.1. O poder da verdade e a ciência dogmática

Ao longo do capítulo anterior, observou-se que a analítica foucaultiana, ao propor a concepção de uma “história externa” da verdade, passa a compreender que a verdade não surge em nossas sociedades como fruto do progresso da razão humana, mas sim que ela advém de uma relação entre saber e poder que estabelece as regras determinantes dos modos pelos quais ela pôde ser pronunciada ao longo da história.

Por sua vez, em se tratando do direito como um objeto de saber, Tércio Sampaio Ferraz Júnior ressalta que, diferentemente das ciências da natureza, cujos enunciados possuem

7

Tem-se consciência de que ambos autores trabalham com concepções diferentes acerca de temas como direito, poder, e verdade, entretanto, a medida que realizamos nossa análise, indicaremos estas diferenças, esperando, se não saná-las, ao menos problematizá-las.

apenas função informativa acerca de seus objetos, os enunciados ciência do direito possuem também função conformativa em relação aos seus.

Vimos, desta forma, que nos três modelos de ciência jurídica, ressaltados pelo jusfilósofo - a dogmática analítica, a dogmática hermenêutica, e a dogmática empírica - esta função “criptonormativa” se manifesta, de modo a definir o sentido da legitimidade dos dogmas em relação ao significado da noção de justiça.

A exemplo disto, quando o jusfilósofo aborda a ciência do direito como teoria da interpretação, ele compreende que, no ato de captar a mensagem normativa,

há sempre a potencialidade de erupção da questão sobre a legitimidade desse sentido (da comunicação e, portanto, da própria relação de autoridade) como justo, o que leva à questão: o que é o justo? (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.222)

Desta forma, o recurso às normas validas não basta para solucionar esta questão, de modo que se está diante do “momento em que zetética e dogmática confluem” (cf. Idem).

Tendo acompanhado as análises levadas a cabo por Foucault em *A verdade e as formas jurídicas*, nos subsiste o entendimento de que o direito pode ser compreendido como um campo atravessado por positividades, regimes discursivos, que, ao longo da história, determinam os modos como se arbitram conflitos e se aferem as responsabilidades nas sociedades ocidentais.

Assim, na medida em que o direito se dá como produto de uma sociedade atravessada por relações de poder, não há como se pensar que ele se imunize a estas simplesmente por que se propõe como uma estruturação formal do poder.

No tocante à análise de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, viu-se que, a Ciência Dogmática do Direito, em sua caracterização como um saber tecnológico, passa a ser encarada como composta por “complexos argumentativos” os quais constituem

um corpo de fórmulas *persuasivas* que influem no comportamento dos destinatários, mas sem vinculá-los, salvo pelo apelo à razoabilidade e à justiça, tendo em vista a *decibilidade* de possíveis conflitos. (cf. FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.59).

Seja na forma de “orientações”, “recomendações”, ou “exortações”, as teorias jurídicas, que recebem o peculiar nome de “doutrina” não pretendem realizar uma descrição dos fenômenos observados em sua totalidade, mas, nas palavras do jusfilósofo, “fazer um *corte* na realidade, *isolando* os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e *desviando* a atenção dos demais” (cf. Ibidem, p.62).

Como o fenômeno da positivação torna impossível para a ciência dogmática do direito trabalhar com enunciados universais, verificáveis e refutáveis, tal como fazem outras ciências, seus enunciados não dizem como “é” o direito, mas como ele “pode ser” (cf. Ibidem, p.63-64).

Desta forma, podemos dizer que a verdade da ciência jurídica se caracteriza como uma verdade política, uma vez que é produzida através do recurso a regras externas que determinam a regularidade de um jogo, que se trata, efetivamente, de uma disputa pela verdade.

Observemos, então, a seguinte afirmação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior acerca da ciência dogmática do direito.

Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. Nesse sentido, ela, ao mesmo tempo, funciona como um agente pedagógico – junto a estudantes, advogados, juízes, etc. - que institucionaliza a tradição jurídica, e como um agente social que cria uma “realidade” consensual a respeito do direito, na medida em que seus corpos doutrinários delimitam um campo de solução de problemas considerados relevantes e cortam outros, dos quais ela desvia a atenção. (Ibidem, p.60)

Ou seja, ainda que não busque dizer uma verdade definitiva sobre o direito e as relações humanas que o compõem, a ciência dogmática do direito busca estabelecer as regras através quais se dá disputa em torno destas verdades.

Porquanto a Ciência Dogmática do Direito permita enunciados conflitantes, não se pode dizer que ela se exime de dizer verdades acerca do direito e das relações sociais que o compõem, isto, pois ao determinar aquilo que “pode ser” o direito, ela torna possível que se excluam certos enunciados por serem considerados “não jurídicos”, irrelevantes para o direito.

É neste ponto que a verdade do discurso jurídico se conjuga com aquela verdade que, pela pressão da vontade de verdade, é incapaz de perceber o poder que a atravessa.

Esta questão pode ser observada quando Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma

os conceitos mais importantes da dogmática, usados de modo não problemático (por exemplo, o conceito de vigência, vigor e eficácia), reúnem, simultaneamente, aspectos de *conteúdos descritivos* e de *fórmulas de ação* (exemplo: o conceito de “declaração de vontade” aponta para algo real, consistente, mas é também uma espécie de etiqueta para a argumentação, pois em seu nome pode-se *reconhecer* um ato como declaração de vontade, ou pode-se impugnar este caráter). (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.63)

Como vimos, o jusfilósofo considera a ideologia prevalecente numa sociedade é responsável por definir quais conteúdos podem ser socialmente generalizados, de modo a constituir os relatos das normas jurídicas.

Isto implica que, em sua concepção, o consenso social em torno da noção de justiça é ideologicamente determinado, em termos de noções como uma justiça liberal, fascista, comunista, e etc. (cf. Ibidem, p.86)

No final do capítulo anterior, advertimos que Foucault considera o uso do termo ideologia como algo problemático, que não deve ser feito sem algum tipo de cuidado.

Nas palavras do filósofo

A noção de ideologia me parece dificilmente utilizável por três razões. A primeira é que, queira-se ou não, ela está sempre em oposição virtual a alguma coisa que seria a verdade. Ora, creio que o problema não é de se fazer a partilha entre o que num discurso releva da cientificidade e da verdade e o que relevaria de outra coisa; mas de ver historicamente como se produzem efeitos de verdade no interior de discursos que não são nem em si verdadeiros nem falsos. Segundo inconveniente: refere-se necessariamente a alguma coisa como o sujeito. Enfim, a ideologia está em posição secundária com relação a alguma coisa que deve funcionar para ela como infraestrutura ou determinação econômica, material etc. (FOUCAULT, 2012, p.44)

O primeiro destes pontos fica claro com as análises levadas a cabo até este momento, que, como reiteramos, destacam o caráter político da verdade.

O segundo, por sua vez, remete à discussão inicial do segundo capítulo desta dissertação, na qual ressaltamos a posição do filósofo no sentido de abordar o sujeito como em constante processo de reinvenção.

Por fim, o terceiro ponto se refere às precauções metodológicas assinaladas por Foucault, especialmente no sentido de não se procurar uma intenção do poder.

Isto é, pensar a ideologia em relação a uma infraestrutura econômica ou material que a sustente, implica que ela seja posta como um instrumento de controle de uma elite. Entretanto, como adverte Edgardo Castro

Ainda que as grandes maquinarias do poder tenham sido acompanhadas de produções ideológicas, na base, no ponto onde terminam as redes de poder, não se forma a ideologia, mas instrumentos efetivos de constituição e acumulação do saber (CASTRO, 2009, p.224)

Desta forma, já tendo lidado com a questão referente à verdade, a próxima sessão será direcionada para as relações possíveis entre a tecnologização e a perspectiva da constante reinvenção dos sujeitos.

3.2. Tecnologização e produção dos sujeitos

Como já se referiu na seção anterior, um dos temas iniciais que abordamos no pensamento de Foucault foi a finitude do homem como expressão do “sujeito da modernidade”. Isto, pois, na medida em que o homem se torna objeto de conhecimento das ciências humanas, o filósofo compreende que ele torna-se seu produto, e não seu fundamento.

Desta forma, propomos pensar como este processo pode se dar em relação à ciência dogmática do direito e seu objeto, o direito tecnologizado, tal como analisados por Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Conforme ressaltado no primeiro capítulo desta dissertação, este autor considera que cada um dos modelos de ciência jurídica por ele elencados pressupõe uma forma diferente para o ser do homem.

Não se pretende dizer que cada uma dessas formas - a saber, um ser dotado de necessidades reveladoras de interesses, um ser cujo significado do agir é dotado de sentido e unidade, e um ser que se adapta e evolui frente as exigências do meio em que está inserido - termina por implicar na manifestação destas características junto ao real. Mas, na medida em que compõem uma totalidade, todas e cada uma delas, são reveladoras de perspectivas através das quais a ciência do direito acessa o ser humano. Como coloca o jusfilósofo

Envolvendo sempre um problema de decidibilidade de conflitos sociais, a ciência do direito tem por objeto central o próprio ser humano que, por seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide-o, renega suas decisões etc. (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.66)

Neste sentido, a ciência do direito produz seu objeto, o ser humano, uma vez exerce uma função determinante de aspectos de sua positividade. Positividade que, como nos ensina Castro, consiste no “regime discursivo ao qual pertencem as condições de exercício da função enunciativa” (CASTRO, 2009, p.336).

Isto é, ao produzir seus enunciados, os quais tratam de facetas da experiência humana, tais como a noção de conflito, ilegalidade, justiça, a ciência do direito forma as bases discursivas através das quais estes poderão ser pensados em seu interior.

Em nosso entendimento, a ciência do direito implica a formação de todo um campo jurídico para se pensar o homem. Este campo, por sua vez, é um local aonde se expressam sobre ele verdades, as quais geram efeitos para além de seu escopo imediato.

Isto é, a medida que a ciência jurídica se orienta como um saber voltado para controle do comportamento humano, e o direito busca se realizar como um meio para decidir conflitos, compreendemos que os conceitos jurídicos, podem integrar narrativas justificadoras de discursos constitutivos das relações de poder entre os indivíduos.

A noção de “periculosidade⁸”, abordada por Foucault na quarta conferência de *A verdade e as formas jurídicas*, é exemplificativa de um efeito deste tipo, no qual a teoria jurídica, penal e criminológica, realiza uma ponte entre o direito e “uma série de outros poderes laterais, à margem da justiça, como a polícia e toda uma série de instituições de vigilância e correção” (FOUCAULT, 2013b, p.87).

Por sua vez, Tércio Sampaio Ferráz Júnior pontua que

o direito, como fenômeno marcadamente repressivo, modifica-se, tornando-se também e sobretudo um mecanismo de controle premunitivo: em vez de disciplinar e determinar sanções em caso de indisciplina, dá maior ênfase a normas de organização, de condicionamentos que antecipam os comportamentos desejados, sem atribuir o caráter de punição às

8

Relembrando, conforme Foucault, “A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade de acordo com suas virtualidades, e não de acordo com seus atos; não no que concerne às infrações efetivas a uma lei efetiva, mas às virtualidades de comportamento que elas representam” (FOUCAULT, 2013b, p.86).

consequências estabelecidas ao descumprimento. (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.59)

Desta forma, têm-se que o direito não se esgota como uma instância repressiva de comportamentos, informando o que deve ou não deve ser feito, mas sim, através de uma série de regulações, busca estabelecer determinados comportamentos como mais ou menos desejáveis por aqueles que estão a ele sujeitados.

A própria atuação do jurista se transforma, de modo que este “além de sistematizador e intérprete, passa a ser também um teórico do aconselhamento, das opções e das oportunidades, conforme um cálculo de custo-benefício” (Idem).

Porquanto tenha sua origem teórica e institucional centrada no Estado, não se pode dizer que o direito tecnologizado seja apenas e tão somente a expressão da vontade pressuposta deste. Como coloca Tércio Sampaio Ferraz Júnior

o direito prescinde, até certo ponto, de uma referência *genética* aos fatos que o produziram (um ato de uma vontade historicamente determinada) e sua positividade passa a decorrer da experiência atual e corrente, que se modifica a todo instante e determina a quem se devam endereçar sanções, obrigações, modificações etc. (Ibidem, p.64)

Nesse sentido, pode-se compreender que o direito se “anima” da multiplicidade de vontades que o atravessam, as quais visam utilizá-lo como um meio para interpelar a vida social, a fim de extrair dela o máximo que ela possa dar⁹.

9

Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que “a tecnologia moderna deixa de nascer de uma verdade contemplada pela ciência, surgindo antes, como diz Heidegger, de uma “exigência” posta pelo homem à natureza para esta entregar-lhe sua energia acumulada. Assim, a tecnologia dogmática, ao contrário da *jurisprudência* romana, torna-se uma *provocação*, uma *interpelação* da vida social, para extrair dela o máximo que ela possa dar” (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.61)

Assim, o direito tornado uma tecnologia se faz “disponível”, isto é, a generalidade de sua técnica permite que seja utilizado, individual ou coletivamente, por sujeitos diversos, para se alcançar objetivos diversos, bastando, a princípio, que sejam seguidos seus requisitos quanto a forma.

O direito tecnologizado pretende-se um meio para fragmentar o potencial repressivo do Estado, distribuindo-o, ainda que não de forma materialmente igualitária, pela sociedade.

Desta forma, o ato de recorrer ao direito para solucionar uma demanda deixa de ser compreendido, simplesmente, como buscar a repressão determinado comportamento, seja comissivo ou omissivo, passando a se tornar o uso do aparato institucional para suprir as demandas individuais e coletivas.

Ocorre que, já em princípio, o campo de possibilidades para o direito suprir estas demandas se encontra previamente determinado pelo aspecto “criptonormativo” dos enunciados da ciência jurídica. Como coloca Tércio Sampaio, a decisão do legislador

tem a função importante de *escolher* uma possibilidade de regulamentação do comportamento em detrimento de outras que, apesar disso, não desaparecem do horizonte de experiência jurídica, mas ficam aí, presentes e à disposição, toda vez que uma mudança se faça oportuna. (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.64)

Além disso, a medida que o direito se dá no interior de uma sociedade atravessada pelo poder, ele atua como um *relay*, captando e amplificando o poder que se exercer através da normalização, em lugar de servir de resistência para ela. Tal como expressa a imagem do “direito normalizado-normalizador” identificada por Márcio Alves da Fonseca.

A partir da ideia de que, no pensamento de Foucault, a noção de norma não comporta uma noção repressiva de uma natureza ou essência previamente constituída, mas sim uma instância positiva, isto é, constitutiva de sujeitos e relações.

Quando se pensa o direito, no sentido em que este é posto como um modo para se chegar a decisão, que consiste na única forma juridicamente válida para dar um fim aos conflitos, este se constitui como um espaço que dá forma a um tipo específico de relações as quais, entretanto, visam gerar efeitos que superam a delimitação deste espaço, na medida em que se dirigem a conflitos que se dão em um âmbito social mais amplo.

Neste sentido, a partir do âmbito da teoria do direito, o desenvolvimento dos conceitos subsiste em uma prática que visa reduzir estas relações fáticas a termos jurídicos, de modo que possam ser submetidas ao direito que, aqui, assume seu aspecto tecnológico.

Desta forma, para dar solução à problemática da decisão, o direito, superando qualquer distinção entre teoria e prática, implica no surgimento de positividades, capazes de aferir um aspecto jurídico à experiência humana.

Entretanto, este aspecto não se dá de forma independente ou isolada dos demais. Como o que o direito busca é a regulação, seus efeitos se reverberam pelas diversas instâncias da vida humana, de modo a produzir diferentes significados em contextos diversos.

De fato, questão que se destaca quando observamos a integração do direito com a experiência humana é aquela referente ao modo como se dá esta integração. Compreendemos que tal problemática pode ser acessada partir da seguinte citação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

o jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente. (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.57)

Desta forma, para a ciência jurídica, faz-se presente a preocupação de tornar possível ao direito recobrir o todo social, o que implica, na perspectiva da analítica foucaultiana, em produzir indivíduos e corpos “docilizados”, que se assujeitem ao direito, na medida em que este atue como veículo para normalização.

Neste ponto, cabe realizar uma breve problematização a cerca da noção foucaultiana de “ilegalismo¹⁰”, a qual Márcio Alves da Fonseca afirma remeter “a ideia de um jogo no interior, ou ao lado, da legalidade. Ou ainda, remete à ideia de um jogo em torno da legalidade e das ilegalidades efetivamente praticadas” (FONSECA, 2012, p.131).

Isto é, Foucault compreende que, em relação às suas práticas, a lei comporta um espaço para formas de ilegalismo toleradas. Castro denota que no Antigo Regime podia ser observado que as classes sociais possuíam ilegalismos distintos, sendo que os ilegalismos populares deixam de ser tolerados na medida em que as a riqueza da burguesia assume deixa de ser os bens imobiliários e assume a forma industrial e comercial.

A prisão, por sua vez, surge então como um reorganizador dos ilegalismos, como afirma este comentador

10

Aqui, utilizamos a tradução do termo francês *illégalisme* tal como proposta por Márcio Alves da Fonseca em *Michel Foucault e o direito*. Cabe, entretanto, ressaltar que grande parte das traduções para o português das obras do filósofo utiliza, em seu lugar, a palavra ilegalidade. Fonseca afirma que, apesar de Foucault utilizar *illégalisme* e *illégalité*, aparentemente, num mesmo sentido, a grafia *illégalisme* parece denotar a intenção de demarcar uma especificidade. (cf. FONSECA, 2012, p.129)

A prisão forma uma população marginalizada para pressionar contra as formas intoleráveis da ilegalidade: conduzindo pouco a pouco as formas de ilegalidade à infração, integrando os delinquentes ao sistema de vigilância (recrutando agitadores, provocadores, informantes), canalizando a delinquência para as classes que se deseja vigiar (roubar um pobre é mais fácil que roubar um rico). (CASTRO, 2009, p.225)

Para nosso tema, a “gestão” dos ilegalismos parece sugerir que, aquele assujeitamento dos indivíduos ao direito envolve certo nível de diferenciação, uma vez que há práticas de descumprimento da lei que se constituem regularmente como resultado das relações de poder que atravessam o direito.

Estamos de acordo, portanto, com a conclusão de Fonseca de que

a noção de ilegalismo em Foucault vai além da ideia de um ato realizado contrariamente ao que é disposto por uma lei, a que se poderia chamar adequadamente de ilegalidade, mas comporta a ideia mais geral de uma gestão diferencial de certas ilegalidades em relação a outras. (FONSECA, 2012, p.140)

Desta forma, temos consciência de que o procedimento que integra o direito tecnologizado à normalização não é realizado, exclusivamente, através das práticas discursivas da ciência jurídica.

Entretanto, na medida em que estas exercem uma função explicativa para o funcionamento do poder sobre um aspecto jurídico, compreendemos, que elas podem cumprir um papel no sentido de mascarar, ou tornar justificável a normalização.

Trata-se, portanto, de um processo de produção de subjetividades normalizáveis, seja para o cumprimento, seja para o descumprimento da lei.

3.3. O direito tecnologizado e a totalização da existência

Quando distingue lei da noção de norma utilizada em sua analítica do poder, Foucault ressalta que a lei não possui um exterior, a medida que a distinção entre legal e ilegal só existe a partir da perspectiva da própria lei. Isto é, sejam aceitáveis, sejam reprováveis, as condutas estão sempre dentro da lei.

Da perspectiva da ciência do direito, esta situação remete ao problema da completude do ordenamento jurídico, que Tércio Sampaio Ferraz Júnior descreve como

problema de saber se este tem a propriedade peculiar de qualificar normativamente *todos* os comportamentos possíveis ou se, eventualmente, podem ocorrer condutas para as quais o ordenamento não oferece qualificação.(FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.185)

Porquanto este tema da “plenitude” do ordenamento seja controverso, a medida que há autores que a consideram uma ficção doutrinária, enquanto outros, dentre os quais Tércio Sampaio destaca Kelsen, sustentam que fictícia é a “incompletude”, a verificação desta condição não altera a função que o postulado da completude exerce no sentido de tornar possível uma maior segurança na aplicação do direito. (cf. Ibidem, p.185-186).

Este autor considera propriamente que

o sistema não é completo, porque a ordem normativa é também um critério de avaliação deontica de comportamentos possíveis, sendo assim suscetível de transformações. Isso parece dar ao conjunto das normas certa consistência à medida que, como o demonstra o teorema de Gödel, a completude só ocorre num sistema contraditório e o preço da consistência é a incompletude do sistema. Um sistema formal é incompleto quando, a partir dos axiomas e das regras de inferência do sistema, é impossível demonstrar uma proposição passível de formulação no sistema, sendo igualmente impossível demonstrar sua negação. Não há, pois, indícios que possam dizer se a proposição é logicamente verdadeira ou falsa. (Ibidem, p.189)

Como sustenta o jusfilósofo, a função do sistema jurídico não é de analisar a veracidade ou a falsidade das proposições que o compõem, mas possibilitar que os comportamentos humanos sejam avaliados dentro de sua dinâmica interna, de modo a se tornar viável a tomada de decisão e a terminação dos conflitos.

É a partir desta perspectiva que compreendemos que o postulado da completude surge como uma necessidade imposta pela tecnologização do direito. Para ser eficaz como técnica, o direito necessita estar apto a acessar juridicamente todos os comportamentos possíveis, mesmo que seja para atestar sua irrelevância.

Como coloca Tércio Sampaio,

a teoria jurídica diz-nos, nesse sentido, de uma regra, segundo a qual todo ordenamento qualifica como indiferente tudo que não é obrigatório ou proibido, ou seja, o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido. (Idem)

Na relação que nos propomos traçar entre normalização e tecnologização, esta característica permite que o direito cumpra o papel de um veículo, ou instância, capaz de levar a normalização a medida que permeia toda a sociedade.

Nada escapa de seu jugo pois, não apenas todo problema pode, potencialmente, possuir relevância jurídica, mas, mesmo quando se faz irrelevante, esta irrelevância é determinada pelo jogo das relações de poder.

3.4. O Direito Tecnologizado e a produção de verdade

Já se abordou a relação da ciência dogmática do direito com o poder da verdade, nesta seção, discutiremos os modos como a prática do direito permite que ele se constitua como uma instância produtora de verdade, o que pode ser compreendido como uma das formas através das quais o direito atua como um veículo para a normalização.

Quando se falou acerca do “direito normalizado-normalizador”, foi dito que se trata de uma imagem do direito que se dá no plano das práticas. As práticas, por sua vez, “definem o campo de estudo de Foucault”, e “se definem pela regularidade e pela racionalidade que acompanham os modos de fazer” (CASTRO, 2009, p.412)

Desta forma, podendo ser discursivas e não discursivas, as práticas discursivas, que compõem as epistemes, dizem respeito ao

conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram para uma época dada e para uma área social, econômica, geográfica ou linguística dada, as condições de exercício da função enunciativa. (FOUCAULT, 2009, p.133)

As práticas discursivas, então, são integradas às práticas não discursivas através dos dispositivos, de modo que “o domínio das práticas se estende então da ordem do saber à ordem do poder” (CASTRO, 2009, p.337).

O que se destaca na presente análise, no que tange à analítica genealógica de Foucault, é que os dispositivos são abordados em relação a função estratégica a que se destinam, e às táticas empregadas para alcançá-la (cf. Ibidem, p.124).

Ao realizar este tipo de abordagem, o filósofo propõe que o poder seja estudado em termos de uma tecnologia, a qual emprega técnicas que correspondem a seus mecanismos e procedimentos (cf. Ibidem, p.412).

Nestes termos, tomando por base o que se viu no capítulo anterior acerca da problemática da verdade no pensamento de Foucault. considerando que, no pensamento do filósofo, a verdade é algo da ordem do acontecimento, Edgardo Castro fala em uma “tecnologia da verdade”. (cf. Ibidem, p.413)

Tecnologia pois, como já abordamos, em nossas sociedades, a verdade é produzida segundo regras que determinam onde, como, quando, quem, e de que forma, ela pode ser revelada. Deste modo, pode-se dizer que empregam-se técnicas para a produção da verdade, as quais se inserem em uma função estratégica nas relações de poder.

Compreendemos que esta conclusão pode ser observada nas análises empreendidas por Foucault em *A verdade e as formas jurídicas*, ao longo das quais o filósofo ressalta como as transformações dos modos de produção da verdade empregados no ocidente não revelam o progresso ou refinamento da racionalidade, mas rupturas, oportunismos e conveniências do exercício do poder, especialmente para a gestão, o acúmulo e a manutenção das riquezas.

Vimos que a forma de saber que sustenta a sociedade disciplinar é aquela que o filósofo denomina como exame, caracterizada pela vigilância constante dos indivíduos, uma vez que o poder que a esta forma de saber encontra-se enraizado não se faz uma instância repressiva, mas positiva, a medida que atua formando e conformando subjetividades.

No que concerne ao direito, observa-se que este permanece uma instância produtora de verdade ligada a ordem do poder, entretanto, tal como ocorre com o poder disciplinar o direito não subsiste como uma instância unicamente repressiva.

De fato, não é apenas a já referida integração do direito com os aparatos reguladores que levam a lei a funcionar cada vez mais como uma norma, como pontua Márcio Alves da Fonseca, o “direito normalizado-normalizador” atua como um veículo para a normalização.

Como comenta o autor

Em Foucault, a forma da lei e a normalização se opõem *conceitualmente* e, nesse ponto, a forma da lei que aparece corresponde à ideia de lei como um comando. Por outro lado, também em Foucault, a forma da lei e a normalização não se contradizem, mas se implicam mutuamente e, nesse ponto, a forma da lei pode ser outra, bem distinta daquela estrutura essencialmente imperativa (FONSECA, 2012, p.145).

Porquanto reste integrado aos referidos aparatos reguladores, o direito, inserido na sociedade disciplinar, permanece fazendo apelo a “uma verdade estabelecida segundo as regras e as formas que seriam interiores ao próprio discurso judiciário” (Ibidem, p.156).

As provas judiciais, os depoimentos de partes e testemunhas, avaliações de peritos, documentos, e etc., porquanto sejam todas expressões discursivas de verdades que se

originam fora do discurso judiciário, necessitam atender a forma adequada aceita pelo sistema.

Como dispõe Tércio Sampaio Ferraz Júnior,

Do ângulo de uma teoria da decisão, podemos dizer, pois, que a questão da prova é vista como problema interno do sistema. É o próprio sistema que determina as condições temporais, limitando prazos, dizendo até quando os fatos ocorridos poderão ser invocados como fundamento etc. E o próprio sistema confere validade aos procedimentos probatórios, de onde a expressão usual em que se reclama a possibilidade, num processo, de utilização de todas “as provas admitidas em direito” (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.297).

Não obstante estas considerações, a prova ainda é compreendida como um requisito para a decisão, de modo que, mesmo se referindo a uma verdade interna, o direito busca estabelecer uma justificativa externa para esta verdade. Sobre esta característica, Tércio Sampaio diz que “a prova jurídica traz consigo, inevitavelmente seu caráter ético”.(Ibidem, p.295)

Em termos da analítica foucaultiana, pode-se pensar que a prova seria um requisito vinculado à forma necessária assumida pela verdade por intermédio da vontade de verdade. Ao que podemos complementar com a observação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior de que

É o próprio sistema que estabelece os critérios para que sejam reconhecidos nexos causais entre fatos e direitos no plano concreto. A teoria da decisão é, assim, uma espécie de teoria dos procedimentos institucionalizados, que são verdadeiros programas de ação decisória. Esses programas não são, propriamente, ritualizações, embora não as excluam, pois não se reduzem a automatismos, exigindo, a todo momento, a transformação de questões indecidíveis em decidíveis que de novo podem transformar-se em indecidíveis, até a decisão que termina a questão. (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.297)

Porquanto para a consciência de nossas sociedades, a vontade de verdade tenha deslocado a verdade do discurso do âmbito do acontecimento para o do enunciado, isto não afasta o caráter de acontecimento manifesto no próprio discurso e, da mesma forma, não altera a violência da verdade ou o papel que esta exerce nas disputas pelo poder, tal como sustentado pela analítica foucaultiana.

Nesta perspectiva, o discurso jurídico se diferencia de outros pois nele o aspecto do acontecimento é particularmente destacado. A verdade que dele emana deve ser verificada a partir de regras que determinam quem pode dizê-la, quando, e mediante qual procedimento.

De certa forma, o discurso jurídico conserva uma função similar àquela do “discurso verdadeiro pelo qual se tinha respeito e terror, aquele ao qual era preciso submeter-se, por que ele reinava”, o qual era também “o discurso que pronunciava a justiça e atribuía a cada qual sua parte” (FOUCAULT, 2013, p.14).

Talvez isto se deva pois, no discurso jurídico, a pronúncia da verdade é sempre compreendida como uma decisão, um ato de poder. Tal afirmação parece ganhar força quando se percebe que esta verdade só pode ser invalidada por um poder que seja superior àquele que a disse.

Isto se observa tanto para as normas, que tem o “poder de sua verdade” esfacelado quando, por exemplo, confrontadas por normas hierarquicamente superiores, quanto para as decisões judiciais, que podem ser confirmadas, alteradas, e mesmo revogadas por decisões, isto é, enunciações de verdade, de instâncias superiores.

Resta ainda problematizar a questão de como, sendo uma instância de pronúncia a verdade, tão arraigada a imagem do poder, de modo que se desnudam suas arbitrariedades, o direito preserva sua vigência e legitimidade.

3.5. A soberania e a legitimação política do direito

Quando se fala do problema da legitimidade, a questão que se pretende endereçar diz respeito ao direito na medida em que ele se comporta como uma instância produtora de uma verdade que se encontra na ordem do acontecimento.

Esta verdade, produzida por um discurso que se põe em conformidade com regras instituídas por um poder soberano, centralizado e que emana hierarquicamente de cima para baixo, entra em choque com a forma que a verdade assume através da pressão exercida pela vontade de verdade.

Se em momentos históricos anteriores, a verdade emanada pelo direito encontrava respaldo em dogmas que a ligavam a valores externos que o precediam, fazendo do direito um de seus instrumentos de atuação, o direito tecnologizado é assumido como um mecanismo,

para a realização de um fim (um instrumento de decisão de conflitos), a ciência dogmática do direito acaba por se relacionar a uma finalidade posta no futuro. Contudo, o direito instrumentalizado exige justificação, pois, quanto mais os fins objetivados se distanciam no futuro (os conflitos tornam-se cada vez mais difíceis de serem decididos), tanto mais a justificação perde plausibilidade). (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p.330-331)

Desta forma, o direito tecnologizado submete-se ao critério avaliativo de toda a técnica, qual seja, atingir o fim para o qual se propõe, no caso do direito, este fim pode ser chamado, talvez em um elevado nível de abstração, como a pacificação da sociedade por intermédio do controle dos comportamentos. “Quanto mais distante esse fim e mais difuso seu atingimento, tanto maior a exigência de justificação. Quanto maior esta exigência, menos plausíveis parecem os fundamentos”, de modo que o direito e o saber que o faz de objeto, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, sofrem “uma necessidade crônica de legitimação” (cf. Ibidem, p.331).

No âmbito da análise do jusfilósofo, esta legitimidade exige que se enfrente o problema

de saber se existe alguma forma de razão, totalizadora e unificadora, que seja para o direito uma espécie de *código doador de sentido*, um sentido não adaptativo ao próprio direito e que nos permita estimá-lo como legítimo ou ilegítimo. Em suma, se a legitimidade repousa puramente num sentimento, subjetivo e irracional, ou se existe uma estrutura universal e racional que legitime o direito ou nos faça reconhecê-lo como ilegítimo (Ibidem, p.332).

Neste sentido, Tércio Sampaio coloca o problema da legitimidade como um problema em torno da concepção de justiça, a qual estruturou a fundamentação do direito ao longo da história, de modo que este autor compreende “que o direito deve ser justo ou não tem *sentido* a obrigação de respeitá-lo” (Ibidem, p.333).

Sob os auspícios da analítica foucaultiana, a partir da apropriação que o filósofo faz de Nietzsche, tem-se que a proposta de encontrar “alguma forma de razão, totalizadora e unificadora”, resta inserida na ordem das relações de poder.

Desta forma, não se trata de discutir a racionalidade ou irracionalidade das diferentes concepções de justiça que emergem ao longo dos séculos, mas compreender que estas são proposições políticas, objetos de luta, e instrumento de dominação dos sujeitos. Neste ponto, o problema da justiça não deixa de estar relacionado ao problema da verdade.

Ora, para as nossas sociedades ocidentais, o deslocamento da verdade do âmbito do acontecimento para o do enunciado, se por um lado representou a separação entre poder e verdade, por outro, possibilitou que o poder próprio da verdade se tornasse difuso, tornando cada indivíduo um *relay* para seus efeitos, permitindo que esta “verdade sem poder” fosse empunhada contra um “poder sem verdade”.

Do mesmo modo, o direito tecnologizado, se por um lado é incapaz de reconhecer uma razão totalizante que expresse uma concepção única de justiça, por outro, permite ser empunhado como uma ferramenta na busca da “justiça” particular de cada indivíduo.

Que esta concepção de justiça particular seja, em resumo, produzida por um poder que tem no indivíduo o seu principal produto, é mais um aspecto que atesta a colonização do direito pela norma.

Deve-se, entretanto, não perder de vista as precauções metodológicas que norteiam o método genealógico foucaultiano, isto é, não se fala aqui de um poder que emana de um único indivíduo ou instituição, da mesma forma, não importa buscar por uma intenção por trás dele. Isto é, não se trata aqui do “poder enquanto soberania”.

Em artigo publicado em 1990, Ronaldo Porto Macedo Jr. propõe a hipótese de que a soberania “funciona como um ponto ideal, fictício, que permite a totalização e identificação de uma coletividade” (MACEDO JÚNIOR, 1990, p.163).

Isto é, a soberania seria a expressão de uma série de discursividades em torno das quais se constituem instituições que solidificam a ideia do Estado e do poder por ele exercido.

Analisando os trabalhos de François Ewald, este autor ressalta que

A soberania de Estado seria um ponto de convergência necessário para a estruturação de alguns mecanismos de poder. Ela seria o ‘ponto fictício’ necessário para o funcionamento do dispositivo do Direito. (Ibidem, p.172).

Na concepção de Ewald, tal como trazida por Macedo, “o direito torna-se essencialmente político e a sua racionalidade define-se em termos de uma racionalidade política”, a medida que “O poder soberano não se localiza numa única instituição ou vontade. A soberania é administrada pela própria sociedade através de acordos baseados num *consenso*” (cf. Ibidem, p.173-174).

O que não pode ser esquecido é que este consenso é o resultado de práticas de poder difusas, e é a partir dele que se assenta a legitimidade da decisão soberana que torna o direito legítimo (cf. Ibidem, p.174).

Macedo compreende, desta forma, que a legitimidade do direito é de ordem interna, o que se dá em oposição à abordagem de Tércio Sampaio Ferraz Júnior que, como se viu ao longo desta dissertação, compreende que o direito recebe sua legitimação a partir de instâncias externas. (cf. Idem)

Ou seja, alinhando-se a esta concepção, a decisão que determina os limites da normatividade jurídica se faz arbitrariamente demarcada, ela não é, entretanto, alheia a uma racionalidade política, atendendo a um jogo cujas regras não se encontram dadas *a priori*,

sendo elas mesmas objeto de disputa nas relações de poder que atravessam a sociedade. (cf. Ibidem, p.173-174)

Neste sentido, compreendemos que o direito tecnologizado corresponde a uma formalização. Porquanto a ciência dogmática do direito permita sistematizar a operacionalidade do direito; a disputa do jogo jurídico é, eminentemente, uma disputa política, de modo que o argumento da técnica pode ser encarado como um recurso discursivo para ligá-lo àquela forma necessária da verdade que Foucault observa nas sociedades ocidentais.

As análises realizadas até este ponto, parecem sugerir que a nossa vontade de verdade, ao tentar ocultar o poder que há na verdade, oculta também que a disputa que se dá em torno dela é uma disputa política. De certa forma, pode-se dizer que a vontade de verdade atua no sentido de preservar a estabilidade e a manutenção das relações de poder.

Disto, compreendemos que a legitimação do direito é resultado da disputa de um jogo político, o qual, por sua vez, extrapola as regras do jogo jurídico, de modo que se possibilita preservar uma situação de equilíbrio, ainda que não estático, nas relações de poder da sociedade.

CONCLUSÃO

A proposta inicial desta dissertação consistia em colocar frente a frente a “analítica do poder” de Michel Foucault e a concepção do “direito enquanto uma tecnologia”, tal como compreendida por Tércio Sampaio Ferráz Júnior, de modo a se extrair reflexões acerca da problemática da constituição do direito como um meio para a produção de verdades.

A questão da sua legitimidade se deu, portanto, a partir de uma perspectiva discursiva. Isto é, colocando-se a ciência jurídica de aspecto dogmático como um meio para sistematização do direito tecnologizado, a fim de tornar possível a terminação de conflitos.

Nosso trabalho adotou como premissa a analítica levada a cabo Foucault, aonde a questão da verdade é, também, uma questão de poder, uma vez que esta se dá sob um aspecto perspectivo, inserindo-se em um sistema que determina as regras para sua produção.

Em *A Verdade e as formas jurídicas*, o filósofo aborda a relação entre os diferentes modos de produção da verdade e as transformações nas práticas judiciárias do ocidente, de modo a reconstruir uma história dotada de rupturas e discontinuidades, por oposição a um caminho de refinamento da razão humana.

Como foi visto, Foucault resgata uma noção, existente na Grécia do período homérico, para a qual o discurso verdadeiro era um discurso que revelava sua verdade como um acontecimento, uma verdade verificada por regras que diziam quem poderia proferi-lo, de que forma, e o que poderia ser dito. Tratava-se, portanto, de uma verdade que vinculava e orientava a ação dos homens.

Entretanto, através da leitura que o filósofo traz da peça Édipo-Rei, Foucault compreende que esta noção foi substituída por outra, que deslocou a verdade do nível do acontecimento para o nível do enunciado, de modo que o discurso verdadeiro passa a ser aquele que enuncia uma verdade observável, isto é, uma verdade dada, mas que resta oculta, e que cabe ao ser humano desvendar.

Ainda assim, as regras para produção da verdade são sustentadas por instituições, como universidades, bibliotecas, e etc., de modo que ela não se faz independente das relações de poder que atravessam a sociedade.

A medida que se compreende que a verdade só pode ser encontrada aonde não há poder, inclusive podendo ser oposta ao poder, esta separação, em vez de tornar a verdade independente do poder e do desejo, torna oculto o poder que atravessa a verdade, uma vez que a forma necessária que esta assume não permite reconhecê-lo.

Assim, pode-se dizer, com base nas análises de Foucault, que a consciência de nossa época resiste em aceitar como verdadeiro um discurso que não se adéqua a esta forma, um discurso que traga uma verdade que não possa ser demonstrada em relação ao mundo, e que se afirma por ser uma expressão do poder.

O que Foucault nos mostra em *A verdade e as formas jurídicas* é que, historicamente, o direito foi um campo no qual aqueles que exerciam o poder político e econômico buscaram inserir formas para a verdade que possibilitassem a manutenção das relações de poder.

Entretanto, tais formas não eram apenas impostas arbitrariamente, elas buscavam se adaptar aos modos como a verdade era subjetivada em cada época. Compreendemos que há, portanto, uma espécie de correlação necessária que se impõe entre o direito e a verdade neste âmbito de disputa pelo poder.

Através da análise das obras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o direito possui dogmas, que se constituem como regras estabelecedoras de limites, a partir dos quais, situando-se na perspectiva da ciência dogmática do direito, são determinados determinam pontos de partida do raciocínio que não podem ser ignorados

Desta forma, a medida que os dogmas condicionam e determinam o pensamento jurídico, pode-se pensar que eles atuam como delimitadores para a verdade jurídica. No momento em que o direito busca se realizar como um instrumento para o controle das ações humanas, torna-se possível a verificação quanto a legitimação destes dogmas e do direito perante a sociedade.

Na perspectiva histórica levantada pelo jusfilósofo, este busca demonstrar como os dogmas restavam vinculados à valores externos ao direito, como a Tradição da Autoridade na Roma Antiga, a Religião Cristã Institucionalizada na Igreja Católica, na era Medieval, e a Razão Iluminista da Modernidade. Este autor compreende que, para cada uma destas épocas, estes valores expressavam a relação do direito com a concepção de justiça então imperante.

A tecnologização do direito, por sua vez, representa também, na concepção do autor, um desligamento entre os dogmas e os valores externos de justiça. Isto é, na medida em que o direito se converte em técnica, sua justificativa se desloca para o futuro, isto é, sua efetividade no cumprimento de seus objetivos enquanto terminador de conflitos.

Entretanto, compreendemos que, na medida em que não se pode aferir materialmente se o direito tecnologizado é mais ou menos justo em relação às suas formas passadas, não se pode, necessariamente, considerar que tal fato se converta em uma perda para o direito.

De fato, a partir da perspectiva foucaultiana da relação entre direito e verdade, talvez isto possa significar um esgotamento das narrativas legitimadoras que buscam fundar o direito

em valores determinados por uma autoridade externa, de modo que o direito se converte em tecnologia, pois é como tal que ele e a ciência jurídica podem passar pelo crivo da vontade de verdade de nossa época.

Em Foucault, viu-se que, tradicionalmente, as teorias jurídicas trazem uma concepção de poder que o filósofo denomina “poder soberano”, a qual expressa a noção de um poder centralizado, que irradia de cima para baixo, atuando de modo a exercer o controle sobre os indivíduos.

Tal forma se contrapõe àquela através da qual Foucault identifica a manifestação do poder nas sociedades atuais, dotadas de caráter disciplinar. Este “poder disciplinar”, por sua vez, atua como uma rede difusa, atravessando os indivíduos, que o captam e o transmitem adiante. Trata-se de um poder que se exerce de forma positiva, tendo nos indivíduos o seu principal efeito, a medida que atua produzindo positivities. Desta forma, o “poder disciplinar” exerce um efeito “normalizador” sobre as existências, de modo a gerar corpos dóceis e eficientes.

Apesar de o discurso jurídico estar historicamente relacionado ao “poder soberano”, seja de modo a legitimá-lo ou para lhe impor um limite, isto não significa que do ponto de vista de suas práticas o direito e a lei sejam incompatíveis com os mecanismos de funcionamento do “poder disciplinar”.

É a partir desta perspectiva que Márcio Alves da Fonseca extrai do pensamento de Foucault a imagem do “direito normalizado-normalizador”, a qual sugere que o direito, através de suas práticas, atua como um veículo para a normalização.

Conforme discutimos, esta relação, no âmbito da prática, entre direito e normalização não implica, necessariamente, em um maior poder de mando por parte do direito, como se

todas as suas determinações passassem a ser cumpridas. De fato, na gestão dos ilegalismos; descumprimentos da lei que são, não apenas, tolerados, mas agenciados e estimulados pelos mecanismos do poder disciplinar, se dá um dos aspectos de integração entre direito e normalização.

A questão que aqui se pontua, portanto, denota o aspecto político das verdades jurídicas. Isto é, o direito se articula com a norma no sentido de se atingir uma situação de equilíbrio, ainda que não estático, nas relações de poder.

Nesta perspectiva, o dispositivo do direito se estrutura em torno da noção de soberania, que atua como um ponto fictício necessário para o seu funcionamento. François Ewald compreende que a soberania é administrada pela própria sociedade, se baseando em um consenso.

Entretanto, compreendemos que este consenso se dá como resultado de práticas de poder difusas. Isto é, o direito não é legitimado a partir de uma situação de neutralidade, na qual todos os participantes se encontram em posições equivalentes em relação ao exercício do poder.

Ele se dá numa sociedade de normalização, cujos sujeitos são produzidos, constituindo-se como efeitos do poder disciplinar. Estrutura-se a partir de um jogo político cujas regras não se encontram dadas *a priori*, sendo elas próprias objeto de disputa.

Assim, o direito se dá como uma continuação deste jogo político, sua legitimidade é alcançada a partir de uma relação interna, isto é, ela não se funda em referenciais externos capazes de determinar sua medida de justiça, mas a partir da formalização do jogo político.

Nesta perspectiva, a ciência dogmática do direito e seu objeto, o direito tecnologizado, operam no sentido de compor uma racionalidade para a instrumentalização do jogo político, de modo que seu arbítrio resta ocultado pelo discurso de eficácia da técnica.

Entretanto, sendo o ordenamento jurídico um sistema aberto, passível de ser politicamente interpretado e aplicado, a formalização do jogo jurídico é não apenas fictícia, como também aparente, na medida em que seus conteúdos são objeto de determinação política que extrapola suas regras.

Compreendemos que isto não implica, necessariamente, um problema. Problemático é o que percebemos como uma ocultação deste caráter político ao nível do discurso, a medida que o argumento da eficiência técnica permite sublimar este caráter do arbítrio consensual em torno do direito.

Acreditamos, desta forma, que, a partir da perspectiva da normalização, a técnica pode se constituir em uma estratégia discursiva para a docilização da vontade política que atravessa o direito.

Nesta medida, a conquista de um direito mais justo não implica, necessariamente, a efetivação de sua técnica, mas o reconhecimento de que o mesmo é um campo para disputar as regras da verdade. Verdade, esta, que não se encontra dada e posta em definitivo, mas que deve ser politicamente construída.

Estas conclusões não esgotam as possibilidades de intersecção entre Foucault a temática do direito. Ao longo de nossa pesquisa, houveram temas abordados de maneira mais pontual, os quais podem constituir um interessante objeto de futuras pesquisas.

Por fim, gostaríamos de encerrar este trabalho com uma última citação de Michel Foucault que, no artigo “Verdade e Poder”, afirma:

Não se trata de libertar a verdade de todo sistema de poder – o que seria quimérico à medida que a própria verdade é poder -, mas de desvincular o poder da verdade das formas de hegemonia (sociais, econômicas, culturais) no interior das quais ela funciona no momento.

Em suma, a questão política não é o erro, a ilusão, a consciência alienada ou a ideologia; é a própria verdade. (FOUCAULT, 2012, p.54)

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES, trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. *Ética a Nicômaco*. 4ª Edição. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, D. M. de; VEIGA-NETO, A.; SOUZA FILHO, A. (Orgs.). *Cartografias de Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BRANCO, G.C. VEIGA-NETO, A. (orgs.). *Foucault: filosofia e política*. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

CANDIOTTO, C. *Foucault e a crítica da verdade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

CASTRO, E. Trad. Ingrid Müller Xavier. *Vocabulário de Foucault: Um percurso pelos seus temas, conceitos e autores*. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

DELEUZE, G. Trad. Claudia Sant'Anna. *Foucault*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

DIAS, M.G.S. Direito e pós-modernidade. in. *Novos Estudos Jurídicos*, volume 11: p.103-115, janeiro-junho, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *A Ciência do Direito*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, 142 p.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013, 350p.

_____. *O Direito entre o Futuro e o Passado*. São Paulo: Editora Noeses, 2014, 180p.

FONSECA, M.A. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, M. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. *A Ordem do Discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. São Paulo: Loyola, 2013.

_____. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. 8ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 536p.

_____. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

_____. Org. Roberto Machado. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 2012.

_____. *História da Sexualidade I: A Vontade de Saber*. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Graal, 1999, 153p.

_____. Trad. Maria Ermantina Galvão. *Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Trad. Raquel Ramallete. *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*.

41ª Edição. Pretópolis/RJ: Editora Vozes, 2013.

GUERRA FILHO, W.S. *Teoria da ciência jurídica*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOURENÇO, F.R.R. *Poder E Norma: Michel Foucault e a aplicação do direito*. Defendido em 16/05/2008. 135 fls. Dissertação – Universidade Federal do Paraná. Curitiba/PT, 2008.

KELSEN, H. Trad. João Baptista Machado. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO Jr., R. P. Foucault: o poder e o direito. *in. Tempo Social; Rev. Sociol. USF*, São Paulo, 2(1): 151-176, 1. sem, 1990.

SANTOS, B.S. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2011.

STENGERS, I. *A invenção das ciências modernas*. 1ª Edição. São Paulo: Editora 34, 2002, 208p.