



“FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
Reconhecido pela Portaria MEC nº 2.530, de 06 de setembro de 2002.

RAFAEL XAVIER DE SOUZA

**DIREITO, PODER E DISCURSO: CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA
JURIDICIDADE**

Linha de Pesquisa 1: Construção do Saber Jurídico

MARÍLIA
FEVEREIRO/2008

RAFAEL XAVIER DE SOUZA

DIREITO, PODER E DISCURSO: CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA JURIDICIDADE

Dissertação apresentada para aprovação como conclusão de curso do programa de Mestrado em Direito (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado), do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM-SP.

Orientador:

Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

MARÍLIA
2008

SOUZA, Rafael Xavier de.
Direito, Poder e Discurso: Subjetividade e Violação de Direitos Humanos/Rafael Xavier de Souza; Orientador: Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, SP: [s.n.], 2008.

102 fs.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha – Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

1. Teoria do Direito 2. Discurso Jurídico 3. Sujeição Jurídica

CDD: 340.14

RAFAEL XAVIER DE SOUZA

PODER, DISCURSO E DIREITO: CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA JURIDICIDADE

Banca examinadora da dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da UNIVEM/
F.E.E.S.R., para obtenção do título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo _____

1º Examinador: Prof. Dr. Jayme Wanderley Gasparoto _____

2º Examinador: Prof. Dr. _____

Marília, de de 2008.

Para Antonio Xavier de Souza.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a todos os meus amigos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desse trabalho.

Aos colegas de mestrado.

Aos meus pais pelo apoio durante toda a minha vida.

Principalmente ao Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo pela orientação do trabalho, pela amizade, pela indicação das leituras e pelas valiosas sugestões e delimitações.

Ao Prof. Dr. Jayme Wanderley Gasparoto por toda compreensão e conhecimento transferido.

Ao Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca pelas riquíssimas considerações na etapa da qualificação, sem a qual eu não conseguiria ter concluído a presente dissertação a tempo.

Aos amigos: Alessandro Sachetti, Caio Chadi, Irís Tavares Marques, Lúcia Porcel, Marcela Raimundo, Marco Antonio Scaff Mana, Michelle Xavier, Paloma Moraes, Pamela Costa, Renata Boni, Renata Marroni, Rodrigo Felício e Thiago Manfio; que bastante me auxiliaram, cada um à sua maneira.

Por fim, especialmente ao Prof. Dr. Lauro Frederico Barbosa da Silveira, pela lição de vida.

“Do rio que tudo arrasta, diz-se que é violento.
Mas ninguém chama violenta às margens que o comprimem”

Bertold Brecht

SOUZA, Rafael Xavier de. Direito, Poder e Discurso: Contribuição ao estudo da juridicidade. 2008. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

RESUMO

O presente trabalho procura apresentar certas relações presentes nos interstícios entre direito e linguagem que são determinados por obscuras relações de poder. O Direito primeiramente visto como expressão simbólica da sociedade através do tempo é formado através do campo de luta político-semiótico onde seus agentes discutem o que é direito e quem está autorizado a interpretá-lo. Assim, considerado como um conjunto de discursos em situação, nos quais intervêm indissociavelmente as práticas de interpretação e as práticas de interação. Ou seja, no universo jurídico, produzir sentido já é um modo de agir, logo também formas de silêncio e formas de silenciamento. Entretanto, tal campo é constituído pelo conjunto de reproduções sociais; no mundo capitalizado, discursos ecoam no meio social através da práxis, do ensino, da mídia e todas as instâncias do campo jurídico, formam certas linguagens especiais que determinam as subjetividades dos atores em questão. Tais discursos perfazem a circulação de sentido, da idéia do que é direito – pressões e posições políticas – como também juízos presentes nas normas e práticas institucionais. Muitas vezes presentes em construções históricas que são consideradas naturais, cristalizando como verdadeiro determinado senso comum teórico. Por isso, se busca discutir a evolução de alguns conceitos nucleares das ciências jurídicas como, por exemplo, as noções de pessoa e de sujeito de direito. Ora, sendo o Direito produção de verdades, há o intuito de se compreender o sistema jurídico e os juízos decorrentes de suas práticas através do tempo, aproveitando-se das contribuições de Michel Foucault acerca dos seus conceitos de disciplina e de biopolítica, com o intento de trazer algumas impressões de sua analítica do poder a questões referentes ao cotidiano brasileiro principalmente em relação aos direitos humanos. Onde discursos e certas práticas materializam um resultado perverso, pois normalizam a vida dos sujeitos, os sujeitando a um “sono dogmático” que preconiza uma universalidade que trás a tona pretensa igualdade de tratamento da Lei e uma fraca noção de democracia, discursos estes tão correntes em um país onde há profundo déficit educacional, lascivas violações de direitos e uma das mais impressionantes disparidades sociais do planeta.

Palavra Chave: 1. Teoria do Direito 2. Discurso Jurídico 3. Sujeição Jurídica.

SOUZA, Rafael Xavier de. *Direito, Poder e Discurso: Contribuição ao estudo da juridicidade*. 2008. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

ABSTRACT

This study aims to present some relations that are in the interstices of the Law and Language. They are determined according to the obscure relations of power. Law is firstly seen as a symbolic expression of the society that is constituted of the political and semiotic scenery where their agents explore the meaning of the Law and determine who is authorized to interpret it. Because of this, it is considered a collection of speeches, in which the practices of interpretation and interaction are intervened. In other words, in the juridical universe, to produce sense is already a manner of acting. Therefore, silence and silencing are also manners of acting. However, this scenery is constituted of social reproductions. In the capitalized world, speeches manifest themselves in the social environment through praxis, education, media and all fields of the juridical area. These speeches develop especial languages that determine the subjectivities of the actors, determining also the meaning and idea of Law, provoking pressure and political position and the discernment inside the rules and institutional practices. They are frequently found in historical frameworks that are considered natural and parts of theoretical common sense. Therefore, in this study, we will approach the development of some essential concepts of the Juridical Science, like the notion of people and subject of the Law. Thus, as the Law produces the truth, we will try to understand the juridical system and the discernment of its practices according to the contributions of Michel Foucault that approached the concepts of discipline and biopolitics. After that, we will be able to bring some impressions of the analysis of power of Foucault to the questions of the Brazilian everyday life, mainly in relation with the human rights. In this scenery, speeches and some practices materialize a perverse result, because they normalize the life of those people, providing a “dogmatic laziness”, acting with a universality that shows an equality of treatment according to the law and a fragile notion of democracy. These speeches are strong in our country because we have a great educational deficit, violation of rights and one of the most impressive social disparities of the planet.

Keywords: 1. Theory of Law. 2. Juridical speech. 3. Juridical subjection.

SOUZA, Rafael Xavier de. *Direito, Poder e Discurso: Contribuição ao estudo da juridicidade*. 2008. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

RESÚMEN

Este estudio objetiva mostrar algunas relaciones que hay en los intersticios del Derecho y del Lenguaje que son determinadas segundo las relaciones oscuras del poder. El Derecho es primeramente visto como una expresión simbólica de la sociedad que se constituye de un campo de lucha político-semiótico donde sus agentes analizan el significado del Derecho y determinan los que son autorizados a interpretarlo. Por eso, el derecho es considerado un conjunto de discursos, donde las prácticas de interpretación e interacción son intervenidas. En otras palabras, en el universo jurídico, producir sentido todavía es una manera de actuar. Del mismo modo, el silencio e el silenciamiento también son maneras de actuar. Sin embargo, este campo sólo es constituido de las reproducciones sociales. En el mundo capitalizado, los discursos se manifiestan en el medio social a través de la praxis, enseñanza, media y todos los campos del área jurídico. Los discursos desarrollan un lenguaje especial que determina la subjetividad de los actores, determinando también el significado e idea de lo que es el Derecho, provocando presión y posición política y un juicio dentro de las normas y prácticas institucionales. Ellos frecuentemente se encuentran en las estructuras históricas que son consideradas naturales e partes del sentido común teórico. Así, en este estudio, será abordada la evolución de algunos conceptos esenciales de la Ciencia Jurídica, como la noción de personas y sujetos del Derecho. De este modo, así como el Derecho produce la verdad, intentaremos comprender el sistema jurídico y el juicio de sus prácticas de acuerdo con las contribuciones de Michel Foucault que abordó los conceptos de disciplina y biopolítica. Además de eso, vamos traer algunas impresiones del análisis de poder de Foucault a las cuestiones del cotidiano brasileño, principalmente en relación a los derechos humanos. Así, discursos y prácticas materializan un resultado perverso, pues ellos normalizan la vida de las personas, proporcionándoselas un “devaneo dogmático”, actuando con una universalidad que muestra una igualdad de tratamiento de la Ley y una frágil noción de democracia. Esos discursos son fuertes en nuestro país pues tenemos un grande déficit educacional, violación de los derechos y una de las más impresionantes disparidades sociales del planeta.

Palabras-clave: 1. Teoría del Derecho. 2. Discurso Jurídico. 3. Sujeción Jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
Capítulo 1. Direito e Linguagem: subjetividade e sujeição jurídica.....	19
1.1. O jurídico e a noção de “eu” de “pessoa” e de “sujeito”	25
1.2. Subjetividade e formação do campo discursivo.	33
1.3. A figura do “sujeito de direito” na Modernidade.....	39
Capítulo 2. O poder e o discurso: o direito como produção de verdades.....	44
2.1. A tecnologia política e os saberes nas instituições.	45
2.2. Formas de saber/poder: o inquérito e o exame.....	49
2.3. As estratégias de poder e os discursos.....	57
Capítulo 3. A razão de Estado e o estado de exceção permanente.....	66
3.1. A dogmática e a defesa da juris-dição.	70
3.2. O paradoxo da soberania e a biopolítica.....	77
3.2. A lei como composição de ilegalismos: Direito Oficial x Inoficial.....	87
CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasce da inquietação que qualquer estudante de ciências jurídicas no Brasil deveria ter. Pois, há tempos temos uma alta produção de bacharéis em Direito, que continua em crescimento por causa do aumento do número de faculdades e de cursos preparatórios pra concursos públicos que envolvem a área jurídica. Mas no que consiste tal inquietação?

Ela advém da constatação: Enquanto temos a produção de um dos mais belos conjuntos de documentos legislativos do mundo, como por exemplo, a nossa Constituição Federal, o nosso Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros; temos ao mesmo tempo uma terra sem lei, onde há inúmeras violações de direitos humanos, praticamente, em todas as instâncias da vida cotidiana, que chocam até os mais fortes de espírito. Mas, por quê? Por que há uma diferença tão abissal entre o que encontramos na letra das leis e as práticas jurídicas? Talvez, por ser a teoria separada da prática?

Contudo, muitos falam da preguiça do brasileiro... Mas, será que isso procede? Por que não tivemos o mesmo êxito que as colônias do norte, como os Estados Unidos e o Canadá, que chegaram rapidamente à era industrial? Ou mesmo Austrália? Sendo que aqui temos uma riqueza natural de dar inveja a praticamente qualquer parte do mundo, qual será a causa? Por que o tipo de colonização deles foi de povoamento e a nossa foi de exploração? E depois da independência? Qual o motivo de tal atraso?

É por causa da falta de participação política, por causa da cidadania passiva? Ou como pensão milhões de brasileiros que é por que “Deus” quer assim? Em meio a uma democracia fraca, um estado de exceção permanente e ainda conseguem fazer festa, sorrir!

Tais zonas francas de despotismo que resultam em lascivas violações de direitos humanos, principalmente aos assuntos que permeiam a distribuição de terras, de riquezas, que se resultam em flagrantes sobre trabalhadores escravos, mendigos incendiados, prostitutas espancadas e jovens inocentes mortos pelas investidas da polícia nas favelas, etc.

Há um certo ditame popular: que “dinheiro, só muda de uma mão para outra”. Isso vale para nossas pequenas finanças do cotidiano, tanto quanto para macroeconomias de blocos econômicos continentais. Quando o dinheiro se concentra na mão de poucos alguém fica sem,

não é? Como no Brasil, que proporcionalmente os 1% mais ricos detém a mesma riqueza que outros 40% da população. E quem são as maiores vítimas dessa abominável construção histórico-política?

Tanto que, mal poderíamos dizer se as alianças da ditadura militar chegaram ao fim, pois muitos daqueles continuam fazendo parte do governo. Mesmo se tivessem sepultadas (diferente de centenas de desaparecidos políticos na época), há a herança traduzida na falta de democratização dos meios de comunicação, nas dívidas externas contraídas naquele tempo, na situação dos sistemas de saúde, educacionais e penitenciários; ora talvez, também como tenham deixado como herança, o crime organizado (devido à proibição dos entorpecentes na época) que em 30 anos chegou a incríveis proporções. Daqui pode nascer uma multiplicidade de quadrilhas antagonistas, que acertam suas contas com sangue e não com o debate. Nesse momento, o Estado, se não quer sucumbir ou ser tomado por esses bandos, deve encontrar meios de retomar a uma situação que lhe fuja ao controle. Então se reforça não só seu aparelho governamental, como também seu aparelho policial e militar. A especulação monetária e imobiliária, o roubo, os assaltos, seqüestros, os jogos de azar (cassino, máquinas de moedas, jogo do bicho, bem como os jogos instituídos pelo Estado: loteria, loto), a fraude fiscal tornam-se meios normais de enriquecimento.

Com certeza, muitos que já nascem com seu destino selado. Devido às fracas condições materiais de existência, muitas pessoas vêm ao mundo num ambiente hostil, com poucas oportunidades encontrando dificuldades até mesmo para satisfazer seus anseios básicos – ter uma família, por exemplo. São na verdade, sobreviventes. Tentando não ser excluídos pelo “sistema”. Pois, excluído é aquele que já está morto, então são incluídos de alguma maneira, dentro da lógica do “capitalismo selvagem”. Incluídas economicamente, para trabalho infantil, ora também para fins de exploração sexual, remoção de órgãos, trabalhos ou serviços forçados, tráfico de seres humanos, e demais atividades ilícitas como o tráfico de drogas, assaltos, homicídios, etc. O tráfico de seres humanos tanto em âmbito nacional quanto internacional, por exemplo, é a terceira atividade ilícita mais lucrativa, atrás apenas do tráfico de drogas e de armas – a qual muitas de nossas meninas são enganadas com falsas promessas de bons empregos e se descobrem em situações análogas a de escravos, após se darem conta do que está havendo, trabalham para adquirir novamente sua “liberdade”.

Constantemente, no nosso dia a dia nos deparamos com pessoas que dizem que os direitos humanos são perfumaria, que servem para proteger bandido, que preferem as coisas à maneira que eram feitas na época da ditadura: pois é corriqueiro ouvirmos que "antigamente é que era bom; noutros tempos é que se aprendia; agora não há disciplina; isto é só falta de educação; eles agora não aprendem nada".

Agora aquela juventude, também aqueles que conseguiram crescer, reflexo da própria sociedade, de certa forma, está incomodando e muito. Seus protestos são violentos, inesperados. Motins nas Febems, nas prisões, atentados a militares, a civis, ônibus de transporte público incendiados, violência nas capitais e no interior do país. Discursos comuns e racistas sempre surgem na mídia, nas rodas de conversas, como a idéia absurda de cercar as favelas com muralha... Armas, grades, caveirão, guetos, morte, fome?

Mas deixemos os opinionismos de lado. Vamos pensar em teoria do Direito, vamos partir pra uma posição teórica, pois é o que uma dissertação de mestrado na área de construção do saber jurídico se trata. Já que compartilhamos práticas culturais com os outros, e essas práticas fazem de nós aquilo que somos, temos forçosamente, um solo comum a partir do qual podemos proceder, compreender e agir. Mas esse tipo de solo não é universal, garantido, verificado ou fundamentado. Tentamos compreender as práticas de nossa cultura que são, por definição, interpretações, que são efeitos de normalizações provenientes de discursos que ecoam na sociedade moldando nosso agir e pensar.

Inexoravelmente, em todas as ciências, em toda produção de saber há o poder. Tanto na Antropologia como na História, como em qualquer outra ciência humana, as diversas posturas diante das mesmas não são legítimas ou naturais, mas sim ficções arbitrárias e passageiras, articuladoras de interesses que não são universais: são sempre particulares, relativos a grupos restritos e socialmente hierarquizados. Em outras palavras, não há História, há histórias "de" e "para" os grupos em questão e há de se tomar certos cuidados epistemológicos.

Entretanto, no mundo que agora vivemos qualquer "metadiscurso", qualquer teoria global, tornou-se praticamente impossível de ser sustentada, devido ao colapso da crença nos valores de todos os tipos e a hierarquização dos mesmos como sendo universais. O que explicaria o assumido niilismo intelectual contemporâneo, com seu relativismo absoluto e sua convicção de que o conhecimento se reduz a processos de semiose e interpretação (hermenêutica) impossíveis de ser hierarquizados de algum modo que se possa pretender ao consenso. Tais

premissas são de fundamental importância para uma investigação e reflexão crítica sobre o saber jus-filosófico.

Todavia, após as contribuições de alguns pensadores¹, que demonstraram que os aspectos centrais da tendência hermenêutica das ciências sociais passam a residir primeiramente na dualidade natureza/cultura no lugar do sujeito (como ator social e como observador social) numa revisão dos critérios de validação; e na inevitabilidade de uma multiplicidade de interpretações para cada objeto estudado.

Quanto ao presente estudo, ao se tratar do social, a formação das consciências e as emanções provenientes dos discursos, é importante a defesa de um enfoque baseado na compreensão baseada na interpretação, hermenêutica, crítica cultural, etc. Contudo, entretanto, frente a tais mudanças da Modernidade tardia² e suas ressonâncias na realidade social, é a consequência de desviarmos mais a nossa atenção não mais ao *homo faber*, nem ao *homo oeconomicus*, e sim ao *homo symbolicus*.

Devido a tais implicações, como produto do “*homo symbolicus*”, o Direito pode ser objeto de estudo das demais ciências sociais, por isso aqui, de preferência, damos atenção às contribuições de Michel Foucault às ciências sociais, buscando aplicá-las ao mundo jurídico. Poderíamos através de um esforço histórico buscar clarear as relações entre discurso, poder e produção simbólica. Todavia, Foucault não se preocupou com o Direito em si, mas em que por toda a sua vida estudou o “como” do poder e a história do presente. Costuma-se separar sua obra em três fases: a primeira se refere ao saber, a segunda ao poder e a terceira aos modos de subjetivação. Embora esta divisão seja um tanto simplória, ela permite estabelecer três tipos de abordagem, que não se excluem, mas que permitem cada qual estudar as maneiras pela qual o ser humano se tornou sujeito na modernidade. Ora, em suas aulas, principalmente naquelas que foram reunidas *Em defesa da sociedade* ele buscou entender os mecanismos de poder entre dois limites: de um lado, as regras de direito e, de outro, os efeitos de verdade; se perguntou quais as regras de direito que as relações de poder poriam em funcionamento a fim de produzir discursos de verdade. Então, a partir daqui, poderíamos nos apoderar de uma questão levantada em uma de suas aulas: “qual é esse tipo de poder capaz de produzir discursos

¹ Nietzsche, Heidegger, Foucault e Wittgenstein, por exemplo.

² Pelas razões alegadas, a “modernidade tardia” não pode ser confundida com o que alguns chamam de “pós-moderno”. Mas, na verdade, esta modernidade tardia (aliás, o nome já diz) não é o pós-moderno e é mais do que este “não saber ao certo do que se trata”.

sos de verdade que são numa sociedade como a nossa, dotados de efeitos tão potentes?” (FOUCAULT, 1999b, p.28)

O poder, para o filósofo, se refere às práticas que estabeleceram essas objetivações do ser humano. A analítica do poder é, portanto, um método de investigação. Os trabalhos publicados por Michel Foucault sobre este tema, que tiveram por finalidade um formato de livro, são “Vigiar e Punir” e “História da Sexualidade: a vontade de saber”. Porém, são várias as aulas transcritas, palestras, entrevistas e artigos nos quais o filósofo aborda a questão. Todavia, a presente dissertação não seguirá necessariamente a ordem cronológica do trabalho de Foucault. Os trechos de sua obra poderão ser contextualizados pelas referências bibliográficas, mas a presente dissertação não é sobre o respeitado filósofo e sim, uma tímida tentativa de trazer alguns de seus métodos para a discussão acerca da linguagem e o direito.

Ou seja, a intenção mais abrangente repousa na tentativa de capturar algo da história do presente, dos diferentes modos de subjetivação do ser humano na nossa cultura. De como as ciências e demais saberes – o Direito, a filologia, a economia, a biologia, etc. – objetivaram o homem como sujeito falante, ser produtivo e ser vivo; as disciplinas dividiram-no em louco, são, doente e saudável, criminoso e ordeiro; e a sexualidade que o transformou em sujeito de si para si. Entre os três domínios – do saber, do poder e da ética, estabelecem-se relações do sujeito sobre as coisas, sobre a ação dos outros e sobre si. Entre o saber, o poder e a ética, o Direito aparece como um campo discursivo onde se está em jogo a produção da verdade. Pois, a aspiração à justiça, não é, pois, o vestígio de um pensamento pré-científico, mas representa, em todas as situações um dado antropológico fundamental, baseado nos sentidos e valorações que o homem atribui aos seus atos que são perpetrados por seus atos políticos. Entretanto, os valores, na condição de componentes culturais, são frutos de uma experiência e de uma vivência; são *qualidades* que apenas podem ser atribuídos a um objeto da maneira em que podem pertencer a um objeto na medida em que sejam registrados pela consciência subjetiva, sendo a referibilidade a um sujeito uma característica essencial dos valores³. O que se explica

³ Nesta condição, os valores participam do repertório de uma determinada linguagem – relacionado à qualidades presentes na realidade social – identificado com seu eixo vertical ou paradigmático de organização: o eixo de seleção. O termo valor, de modo geral, é empregado para indicar objetos e situações e idéias consideradas boas/ruins, desejadas/indesejadas, apropriada/desapropriada, importantes ou não, para indicar riqueza, prestígio, poder, crenças, instituições, objetos materiais, etc. Em termos, quanto à qualidade de preferência atribuída a um objeto ou idéia em virtude de uma relação entre meios e fins na ação social, os valores podem ser: tecnológicos, econômicos, morais, rituais, estéticos e sociais.

na medida em que a invocação de um valor implicará na preterição de outros valores, que lhe são contrários ou complementares, são entidades relacionais. Ao participarem ou integrarem uma determinada linguagem num dado momento histórico, serão objeto de uma seleção de natureza ideológica, que os organizará de forma hierárquica. A mera enunciação de um valor em qualquer instância da linguagem jurídica já é manifesta expressão de um *juízo de preferência*, e portanto, de uma operação de seleção que diz respeito a certas estratégias de poder.

No mundo jurídico, tal juízo de preferência encontrado na sua linguagem, nas suas práticas, pode ser analisado primeiramente na relação entre a hierarquia de valores, já que eles variam de acordo com a maior ou menor importância que os membros de uma sociedade lhe atribuem. De fato, ao observar tal hierarquia de valores e sua sistematicidade, no discurso jurídico, podemos identificar nos atos de ponderação constitucional os juízos entre o ordenamento jurídico e suas práticas.

O presente trabalho, primeiramente (Capítulo I) trata da relação entre direito e linguagem, tentando buscar acerca de certas definições, algumas características do jurídico, ora também suas relações com o poder, com o saber e a história. Há também uma pequena discussão sobre a construção da noção de pessoa na modernidade e certas implicações das formações discursivas e na formação do saber jurídico.

Na segunda parte procuramos trabalhar com conceitos foucaultianos acerca do papel dos discursos na formação do direito como máscara das microrrelações de produção e captação de saber/poder. Os discursos e as relações capilares a que eles se ligam. A sociedade disciplinar e a canalização de comportamentos, as instituições e os dispositivos que formam saberes e subjetividades.

A última parte diz respeito à soberania, ao dogma da autoridade e ao biopoder. O dogma da autoridade diz respeito a ordem conservadora de dominação dos discursos, que manipulam o ordenamento jurídico, dificultando a luta a favor aos mais desfavorecidos. O biopoder é destinado à gestão da vida, à majoração das forças sociais: desenvolvimento e controle dessas forças, seja pela repressão à desordem, seja, principalmente, pela capacidade de otimizá-las, de desenvolver as aptidões, de repartir os corpos pelo espaço, de trabalhá-los detalhadamente. Aumentar as forças na educação, na saúde, no trabalho, na punição. O biopoder não estabelece permissões e proibições, mas um normal e um anormal. Para isso seus critérios se apóiam em uma cientificidade: psiquiatria, criminologia, economia, sociologia, psicologia,

medicina etc. Havia um acompanhamento constante de todas as etapas do cotidiano dos indivíduos. O biopoder como exercício do poder soberano. Como complemento utilizaremos alguns conceitos de Pierre Bourdieu acerca do direito e a idéia de estado de exceção trabalhada por Giorgio Agamben, mas sempre em referência à analítica foucaultiana do poder. Este trabalho, como um todo, pretende ser, dentro de sua esfera própria, uma contribuição aos estudos do poder na contemporaneidade.

CAPÍTULO 1

Direito e Linguagem: subjetividade e sujeição jurídica.

Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos.

Karl Marx

Podemos dizer, antes de mais nada, que o homem precisa de muito tempo para desenvolver suas potências. Ele não nasce racional, ele se torna racional ao ter acesso a um sentido partilhado por outros homens. Cada sociedade é assim, à sua maneira o professor primário da razão. A textura do que denominamos “sociedade” é feita de vínculos de palavras, símbolos que prendem homens uns aos outros, e não há, portanto outra sociedade animal desta maneira. O humano necessita de determinado tempo para a constituição de seu *self* (pra notar que é um “eu”) e que se difere dos objetos que estão ao seu redor; em termos, meia década para se locomover com rapidez; e mais de uma década para ser independente. Assim, tão frágil sendo, procura melhores estratégias na busca de conforto e segurança; e, acima de tudo, enaltecem as coisas que podem dar alguma segurança física e/ou psíquica, tanto pelo que se apresenta no mundo sensível e/ou em sua própria interioridade, onde são apreendidos os sentidos, e os sentimentos. Ora, tais aspectos subjetivos e objetivos possuem uma relação dialética entre si, onde se tem formada a noção de realidade do sujeito interpretante. Por isso, a todo tempo está presente no pensamento humano a busca sobre qual o sentido de existência.

Há muitos sentidos como potências do homem e do animal, destinados a captar imediata ou intuitivamente os fenômenos do mundo corpóreo. As faculdades sensoriais, embora sejam em si algo psíquico, estão essencialmente ligadas a órgãos corporais (conhecimento sensorial). Subjetivamente, distinguimos sentidos externos, que das impressões recebidas pela primeira vez formam as sensações, e sentidos internos, que elaboram ulteriormente o material

daquelas. Daqui deriva o termo sensibilidade, que designa o conjunto de todas as potências sensíveis, incluindo, além das de ordem cognoscitiva, também as de ordem apetitiva; e estas denominam-se sensíveis, por dependerem totalmente dos sentidos. Por seus sentidos o homem é sensível às cores, aos sons, etc. Pelo que, quando alguém é aberto, receptivo a alguma coisa, diz-se que tem o sentido dessa coisa, têm um sentimento, por exemplo, o sentido da música, do religioso... Assim o ser humano é formado pelo que é captado de sua semiose, mediante sua linguagem; ora também, do sentido decorrente de suas pulsações, sua animalidade, sua vontade de potência⁴. Tais disposições têm como raiz, o sentido do homem entendido como meio que lhe dá acesso a tudo, o relaciona com tudo e é a fonte de onde procede o seu pensar e querer.

Tomado objetivamente o termo “sentido” denota aos signos que no objeto correspondem ao sentido existente no homem, o que, aparentado ao seu compreender intelectual, torna o ente acessível ou compreensível. Neste caso, o sentido dirige-se primariamente aquilo que é o fim da existência de alguma coisa (seu sentido teleológico). O estar dirigido ou orientado para um fim constitui o sentido de alguma coisa, na medida em que nos as faz compreender em sua peculiaridade ou, pelo menos em sua existência. Assim, os homens empreendem valores às coisas, falam do sentido da vida, da história, do bem e mal, de uma ação ou de um fenômeno, de uma instituição humana (a família, o Senado, as universidades, por exemplo). Ora, ligado ao sentido objetivo está o sentido semântico, ou seja, a referência indicadora própria de um sinal, relativamente ao significado ou a sua significação (por exemplo, o sentido de um aperto de mãos, de um contrato, etc.)⁵.

O direito é formado através das reproduções sociais, na forma de linguagem, tanto em expressão oral como corporal; trata-se de um fato social. Como ciência, o Direito é uma forma abstrata, um fenômeno social, que se forma na comunicação entre os homens, assim, fazendo parte do imaginário social. Praticamente durante todo o processo histórico foram levantadas questões acerca de sua natureza, dúvidas sobre seu conceito e sobre sua multiplici-

⁴ Aqui poderíamos englobar tanto as noções freudianas de consciente/inconsciente, quanto as nietzscheanas referentes às ditas faces apolíneas e dionisíacas do homem.

⁵ Um absurdo designa qualquer oposição ao sentido, pois, paradoxalmente é o que pretende conglobar vários sentidos contraditórios entre si.

dade de características, fontes, e demais atributos, mas, de fato, nunca seus pensadores chegaram a um consenso, a um porto seguro⁶.

O saber jurídico é um objeto cultural. É um conhecimento primordialmente formado através das experiências, sendo inventado por meio das relações entre linguagem e pensamento. Uma razão prática que rege comportamentos, produzindo assim, uma pesada materialidade. Entretanto, como todo saber, ele é determinado pelo uso da fala/discurso (sentido social), pela concepção de mundo, idéias, valores expressos todos na sua maioria já presentes na própria língua (idioma, sistema lingüístico), em meio a acontecimentos⁷.

Pela síntese entre o que é apreendido do mundo sensível e o que nos é ensinado pela sociedade, onde se forma a noção de “real” poderíamos arriscar a dizer até, que é nos limites de nossa língua nosso idioma⁸ que encontramos o limite do nosso pensamento. No todo de sua linguagem (verbal e não verbal) – as palavras que dão e se referem às coisas – é onde o conhecimento humano encontra suas fronteiras. Pois, como poderíamos pensar em algo que nunca vimos, nunca sentimos nunca falamos sobre? Visto que até as mais absurdas ficções são baseadas em coisas verossímeis, sempre baseadas em coisas que encontramos por aí, coisas que já outrora fizeram parte da semiose (até mesmo conhecimentos/crenças advindos da fé ou do sobrenatural que nascem da negação da dúvida, fruto do desamparo), tais idéias que perfazem as abstrações da mente tem seus elementos apresentados de maneira retorcida, mas são sempre assimiláveis, tão somente de formas já conhecidas. Podemos encontrar tanto na arte surreal, como no cinema da era digital, ou até nos nossos sonhos, delírios...

Todavia, é importante ressaltar que sendo o conhecimento formado através da linguagem, o pensamento tem seus limites na tangente entre a palavra e as coisas⁹. Já que cada

⁶ Michel Villey, por exemplo, chega a dizer: “Não conheço maior torre de Babel, do que os congressos da Associação Mundial de Filosofia do Direito: neles se afrontam jusnaturalistas, positivistas, kelsianos, sociologistas e lógicos de todas as espécies...”. [...] Se lançasse um olhar de conjunto ao pensamento contemporâneo, perceberia que este não passa de um feixe de contradições. (VILLEY, 2003, p.43)

⁷ Para Foucault “o acontecimento não é nem substância, nem acidente, nem qualidade, nem processo; o acontecimento não é da ordem dos corpos. Entretanto ele não é imaterial; é sempre no âmbito da materialidade que ele se efetiva, que é efeito; ele possui seu lugar que consiste na relação, coexistência, dispersão, recorte, acumulação, seleção de elementos materiais; não é o ato nem a propriedade de um corpo; produz-se como efeito de e em uma dispersão material. Digamos que a filosofia do acontecimento deveria avançar na direção paradoxal, à primeira vista, de um materialismo do incorporeal”. (FOUCAULT, 1996, p.58)

⁸ Cada idioma possui uma maneira especial de retratar o mundo sensível.

⁹ Podemos ter aqui como exemplo a introdução do uso do numeral indo-arábico no mundo ocidental, e a sua dificuldade de assimilação pelo europeu medieval principalmente ao se deparar com a idéia do número zero (0) – por ser algo inexistente no numeral romano – tal idéia não foi fácil de ser assimilada.

idioma possui uma maneira especial de retratar o físico, e absolutamente não é possível aos homens da maioria das culturas se furtarem à arbitrariedade – “de dar nomes aos bois” –, já que esta característica está presente até na maneira de expressar inteligência emocional (como palavras, gestos, ora utilizados para explicar o que se estamos sentindo – se estamos tristes, alegres, nostálgicos, introspectivos, etc. – o que com certa experiência torna possível aprimorar a nossa empatia com os outros seres). Contudo, em tais impressões, estimativas é que se formam as valorizações às coisas. A palavra como instrumento de nomeação passa a ser elemento de constituição dos sentidos, ela é capaz de não apenas representar, como também a partir dela própria, criar realidades. Assim exercendo papel direcionador das relações sociais.

Devido à acumulação de denominações durante gerações, buscam-se formas de se ampliar o domínio sobre o resto, os processos de manipulação sobre a própria linguagem que permitem a quem fala, escreve ou a quem demonstra algo (fazendo ou deixando de fazer algo), perceber que tais atos podem gerar reações das outras pessoas. Ou seja, através desta experiência, através do acúmulo e transmissão de tais informações durante toda sua memória, o sujeito torna-se capaz de compreender a realidade, a ponto de entender que seus atos e suas palavras podem transformá-la. Aqui encontraríamos o cerne do poder simbólico, e das estratégias de poder.

Hoje já podemos saber que não somente o tipo de alimentação, polegares opostos, mãos manipuladoras e demais membros para locomover-se de forma ereta e a grandes distâncias foram os únicos motivos que pôde fazer com que o cérebro do homem evoluísse para algo mais complexo. Conjuntamente instintos e sentidos próprios foram se aprimorando para sobrevivência da espécie. Pois na luta entre tais instintos repousa a principal característica humana: as idéias abstratas, que são possíveis pelo uso constante da instrumentalidade da razão; por causa da manipulação de objetos, do uso da laringe articulada para linguagem oral e entre outras relações sociais.¹⁰ E através da experiência sobre tais conhecimentos o homem pôde criar valorizações determinadas por várias relações de poder dando origem à invenções; tanto utilizados na relação com o mundo natural quanto em sua interioridade (autoconheci-

¹⁰ No mesmo sentido, Nietzsche, por Foucault o compreende, no resultado do jogo da junção, do confronto, da luta, do compromisso entre instintos que se batem, e chegam finalmente ao término de suas batalhas, a um compromisso, algo que se produz. Este algo é o conhecimento. “Ele é uma invenção humana, foi portanto, inventado, ele não está em absoluto inscrito na natureza humana, pois, não há no comportamento humano, no apetite humano, no instinto humano, algo como o germe do conhecimento”. (FOUCAULT, 1997, p.16).

mento): como os mitos, a magia, a religião, o direito, a ciência, a filosofia, etc. (todos como instrumento da relação homem/natureza, ou seja, cultura/natureza) e razões para explicar a sua própria existência, tornar mais aceitável a vida em sociedade, assim como razões práticas manifestadas através de linguagens e ações que determinam o vínculo social.

Todavia, como todo terrestre, ele é dominado pelos seus instintos, por sua vontade de potência. A possibilidade de que os seres humanos, em resposta a impulsos animais, estejam, entre si, entregues às disputas de poder (por acesso a recursos produzidos), é a afirmação que se extrai do aqui tratado. A disputa pelo comando da sociedade, igualmente, responderia a tais arquétipos animais, pois também ela se refere à melhor qualidade de acesso a tais recursos (que não somente “de natureza”, mas “de cultura”). Disputam-se bens culturais de forma cultural. Disputa-se o controle de meios-de-produção, tanto materiais quanto simbólicos, tecnológicos, rituais, etc. Disputa-se, enfim meios para aumentar sua importância, seu “*status*” no grupo. Este postar-se na hierarquia do grupo está envolto pela capa da significação das sociedades humanas, mesmo sob o comportamento agonístico ou o altruísta ele é semiótico (ou seja, está representado pela animalidade e por atribuições de sentido), portanto, valem-se tanto da esfera natural como cultural.

Ora, o saber jurídico não tem uma origem. Ele é inventado. Em sua dimensão semiótica-lingüística (ou seja, enquanto mensagem), a norma pode ser vista como apenas uma encenação verbal de um exercício de força (uma ameaça que visa induzir um comportamento que lhe seja conforme). Assim, respeitadas as devidas proporções, guarda analogia com o rosnar de um lobo, a bicada de uma galinha, os gritos de um macaco e todas as maneiras que, em cada espécie, advertem ao restante do grupo quais são as regras, os indivíduos superiores e os interesses destes e, ou do grupo. Mas, em termos, é mediatizado de forma simbólica, como um rosnar de lobo que ecoasse na história. Ou seja, é na linguagem que se criam todos os conceitos que alicerçam a existência do Direito (do mais elementar, aos mais complexos sistemas jurídicos), assim também os conceitos da moral, da religião:

Conhece-se minha exigência de que os filósofos se coloquem *para além* do Bem e Mal, - de que eles tenham *abaixo* de si a ilusão do juízo moral. Esta exigência deriva-se de uma intelecção que foi formulada pela primeira vez por mim: a intelecção *de que não há absolutamente nenhum fato moral*. O juízo moral possui em comum com o juízo religioso a crença em realidades que não são de modo algum realidades. A moral é apenas a exegese de certos fenômenos; falando mais determinadamente, ela é uma exegese *equivocada*. O juízo moral pertence, tanto quanto o religioso, a um grau de insciência, no

qual falta até mesmo o conceito do real, a diferenciação entre o real e o imaginário: de maneira que, em um tal grau, a “verdade” não faz senão designar as coisas que chamamos “construções imaginárias”. A esse respeito, o juízo moral nunca pode ser tomado ao pé da letra: ele nunca encerra enquanto tal mais que um absurdo. Mas ele permanece inestimável enquanto *Semiótica*: ao menos para os que sabem que ele revela as realidades mais preciosas das culturas e das interioridades, que não sabiam o bastante de si para “entenderem” a si mesmas. A moral é meramente um discurso de signos, meramente sintomatologia: é preciso já saber do que se trata para tirar dela algum proveito. (NIETZSCHE, 2000, p.57).

Portanto, não há, no real físico, dever, direito, dívida, crédito, contrato, bonito, feio, cheiroso, fétido, certo ou errado. Não há fato moral, há apenas o real. O direito, portanto, é linguagem, tanto física quanto simbólica¹¹. Tudo se refere a relações de poder.

Todavia, os que se curvam, os mais fracos, aqueles que são sujeitados pelo poder, são os que se submetem ao mito. Mesmo que não seja a forma mais antiga de sujeição, mas sempre foi a mais efetiva. Mesmo que esta não seja uma realidade física, mas, ao contrário, abstrata; visto que a mitologia na maioria das vezes não é capaz de sustá-la por si só, razão pela qual muitos governantes, não obstante sua divindade ou seu “direito divino”, armaram-se de forças militares, que também é uma forma de ser mais forte, como também o é, possuir maiores recursos econômicos e financeiros. Mas pode também significar o mais forte através da produção de leis, acordos, tratados, fazendo-se soma de forças políticas, manipulando-se assim os grupos que são mantidos sobre o controle dos acordantes. É o que buscamos, ao tentar compreender através de análises de discursos a relação do Direito com a linguagem, evocando, entre outras reflexões, as formações discursivas que estabelecem o poder da palavra e/ou do silêncio como sustentação para o funcionamento do discurso jurídico¹².

¹¹ Nas sociedades humanas, o mais forte é determinado dentro de uma realidade cultural já determinada, onde, as mais diversas formas de linguagem criam um mundo significativo. Portanto, há de significar, se o mais forte, o que se posta para uma luta, uma disputa com os instrumentos da cultura, manifesta-se num critério cultural de força. Por exemplo, a utilização do mito, que sempre foi uma maneira de significar mais força, que ao longo de toda história da humanidade foi utilizado como fundamentação do poder de semi-deuses, anciãos, de chefes de sociedades primitivas, dos faraós (considerados deuses vivos), senadores romanos (*auctoritas patrum*), reis da Idade Média (portadores do direito divino). Hoje, no entanto, devido à modernidade – apesar de alguns sobreviverem – o mito toma outras dimensões, é criado através das identificações. Por exemplo, a criação de mitos pela Indústria Cultural, onde pessoas admiram ícones populares, ou até mesmo, personagens da indústria cinematográfica; talvez este seja o motivo do porquê que o *show-business*, hoje, seja a maneira mais rápida de ascender socialmente.

¹² Para Foucault as relações de poder são “desiguais e móveis”. O poder não é uma mercadoria, uma posição, uma recompensa ou uma trama; é a operação de tecnologias políticas através do corpo social. O funcionamento desses rituais políticos de poder é exatamente o que estabelece as relações desiguais e assimétricas. É a expansão

1.1. O jurídico e a noção de “eu” de “pessoa” e de “sujeito”.

Por causa do aumento dos estudos multidisciplinares a partir de meados do século XX; arqueólogos, egiptólogos, historiadores, antropólogos e dentre outros estudiosos foram desvelando que o direito se tratava de um fenômeno social praticamente presente em todo tipo de sociedade. Dispensando o uso exclusivo de provas documentais para se buscar conhecimentos acerca de uma “História do Direito”, assim, foi se pensando como poderia ter sido o Direito na Suméria, no Egito Antigo, na Babilônia, quanto em direitos das sociedades nativo-americanas (sem escrita) antes da chegada dos conquistadores, dentre outros inúmeros exemplos. Aqui, poderíamos pensar no Egito Antigo¹³, onde o Direito era considerado como algo emanado diretamente do próprio deus vivo – o Faraó – sendo identificado ora como palavra eterna e divina a qual todos deveriam se curvar. Em termos, já em outras civilizações da Antiguidade é comum o encontrar ilustrado como revelação dos deuses às autoridades, tanto a tábua dos dez mandamentos judaicos – escritos a fogo por Jeová e apresentados a Moisés no monte Sinai –, quanto à estela de Hammurabi – “a quem o juiz supremo do céu e da terra Shamash conferiu suas leis na Mesopotâmia”. Em ambos os casos, o Direito era entendido como efeito da providência divina e sua legitimidade provém dos mitos. Segundo tais relações entre a violência e sagrado, poderíamos ter a idéia de que se o jurídico por um passe de mágica desaparecesse hoje, ela fatalmente reapareceria amanhã.

Assim, foi se tendo noção de que o direito não designa nenhuma substância, cuja essência eterna caberia a uma teoria levantar, mas práticas, práticas jurídicas que, quanto a elas, são sempre particulares. Aliás, como pode o direito ter uma história? O que é que pode significar dizer que o direito tem uma história? O direito só passa a ter história no momento em que se fixa a idéia, de que não há separação entre os discursos e as práticas. Algo que não

dessas tecnologias e sua operação cotidiana, espacial e temporalmente localizada, que Foucault se refere ao descrevê-las como móveis. Se o poder não é uma coisa, nem o controle de um conjunto de instituições e nem a racionalidade escondida da história. Há uma lógica das práticas. Poder é o nome que damos a uma situação estratégica complexa numa sociedade dada, é uma matriz geral de relações de forças. Há um impulso em direção a um objetivo estratégico, mas ninguém impulsionando. O objetivo emergiu historicamente, tomando formas particulares e encontrando obstáculos, condições e resistências específicos. Desejo e cálculo foram envolvidos. O efeito global, contudo, escapou às intenções dos atores, assim como de todos. (DREYFUS & RABINOW, 1995, p. 205)

condiz com a história que sempre nos foi contada. Tanto na escola, ou nos meios de comunicação podemos sentir a presença quase constante do discurso historicista e sua maneira peculiar de separar os discursos e as práticas. Contando a história através de atos heróicos, por meio de personalidades ícones – no direito – sempre falou-se¹⁴ tanto sobre as conquistas trazidas pelas codificações em determinadas datas e a importância de seus institutos para a ordem jurídica e a história de determinadas instituições, as separando de todo o resto, de todas as raízes histórico-sociológicas. Criando assim um fosso entre teoria e prática. O impossível, pois, sem a materialidade, não há como conceber a história das idéias.

A história há muito tempo não procura mais compreender os acontecimentos por um jogo de causas e efeitos na unidade informe de um grande devir, vagamente homogêneo ou rigidamente hierarquizado; mas não é para reencontrar estruturas anteriores, estranhas, hostis ao acontecimento. É para estabelecer as séries diversas, entrecruzadas, divergentes muitas vezes, mas não autônomas que permitem circunscrever o “lugar” do acontecimento, as margens de sua contingência, as condições de sua aparição.

As noções fundamentais que se impõem agora não são mais as da consciência e da continuidade (com os problemas que lhes são correlatos, da liberdade e da causalidade), não são também as do signo e da estrutura. São as do acontecimento e da série, com o jogo de noções que lhes são ligadas; regularidade, casualidade, descontinuidade, dependência, transformação; é por esse conjunto que essa análise dos discursos se articula, não certamente como história “viva”, mas como o trabalho efetivo dos historiadores.

Na história das idéias que consistem em tratar, não das representações que pode haver por trás dos discursos, mas dos discursos como séries regulares e distintas de acontecimentos, este tênue deslocamento, temos reconhecer nele como que uma pequena (e talvez odiosa) engrenagem que permite introduzir na raiz mesma do pensamento o *acaso*, o *descontínuo* e a *materialidade*. Três noções que sempre foram consideradas perigosas, mas depois de Nietzsche, elas passam a permitir ligar à prática dos historiadores a história do sistema de pensamentos.

¹³ Documentos como a Estela de Carnac, anteriormente situada na frente do templo de Luxor, e alguns papiros contendo testamentos de sucessão de bens são indícios materiais de tal direito arcaico.

¹⁴ Para maiores informações sobre o Historicismo, leia: (LÖWY, 1998) e (VILLEY, 2003).

Foucault em *A palavra e as coisas* escreve que antigamente, tanto na Antiguidade até o final da Idade Média (século XVI), não havia distinção entre as palavras e as coisas. Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, Foucault a denominava como “era da semelhança”. “O mundo era visto como uma imensa teia na qual as pessoas tentam estabelecer relações de simpatia (ou antipatia com as coisas, a fim de que elas fossem identificáveis por analogias e semelhanças. Buscavam-se sinais nas coisas onde elas pudessem ser inteligíveis através dessas analogias, simpatias, etc. As palavras duplicavam os sinais das coisas, tudo se referia às suas formas, conhecer seria adivinhar qual marca se assemelha a outra marca visível do mundo. (FONSECA, 2002, p.84).

Aqui, poderíamos pensar na tentativa de Marcel Mauss (MAUSS, 2003, p.188) na Polinésia, em sua Teoria do Dom, donde ele enxergara como antigas formas de simpatia e retribuição poderiam formar um direito privado arcaico baseado na forma de aceitar e retribuir presentes, ora também dívidas. Podendo ser resultantes de antigas regras das relações de troca dos presentes ou dos sacrifícios oferecidos anteriormente aos deuses. Aqui, Mauss chega a pensar nas origens das relações contratuais humanas, chegando a encontrar de certa forma um direito contratual. Oportunamente, poderíamos aqui, lembrar de Foucault em *A verdade e as formas jurídicas* (FOUCAULT, 1999a, p.57) onde explica sobre os ritos dos antigos povos germânicos, e a configuração da forma jurídica, de como o ritual da guerra, a interferência, manipulação da vingança particular pela sociedade, como modo regulamentado de se fazer a guerra. Assim, encontra razões para se pensar as duas fontes primárias da penalidade: a secundária e ainda que mais aparente, a vingança; e a que é essencial, a punição doméstica, que representa a expressão da reprovação moral e a tradução de um remorso. Dessa maneira ele intenta buscar genealogicamente aquele direito bárbaro ora dominante na Alta Idade Média, que através do poder político reformulado pela codificação canônica a partir do século XII, passa a ter uma íntima relação com a verdade, com as formas de saber-poder. O que veremos posteriormente. (FOUCAULT, 1999a, p. 69)

Primordialmente, como os antigos utilizavam os mitos, as significações, as formas de semelhança para poder explicar o mundo; por exemplo, os gregos utilizavam a palavra *Dikê*, para designar o que seria aquela virtude que balizaria a equidade entre os homens; a justiça. Sem uma palavra para justiça, *Dikê* seria uma deusa que metaforicamente dizia respeito àque-la virtude. Seria ela, a encarregada da partilha de heranças e de domínios entre os deuses e,

por reflexo, entre os homens. O direito tinha uma conexão direta com o cosmos, dava-se importância aos auspícios, onde sacerdotes ou magistrados observavam o comportamento das forças da natureza, como, por exemplo, o vôo dos pássaros, a maré, os astros, etc. Através do uso da retórica¹⁵ e demais especulações foram se aprimorando idéias e concepções acerca da justiça e os procedimentos que deveriam ser utilizados para se chegar com prudência a tal fim. Depois de um tempo, após a experiência nos discursos na *agora*, na vida pública, o direito passa a ser entendido como sendo proveniente do mérito dos homens, da dialética exercitada. “Segundo os tópicos de Aristóteles, a dialética deveria conduzir a definições (*oroi*). Os juristas romanos produziram definições” (VILLEY, 2003, p.289), que como grandes pragmáticos, basearam-se no uso dos conhecimentos adquiridos pela experiência retórica – já tão trabalhada pelos gregos – e na criação de instituições baseadas em comportamentos ritualizados advindos dos usos das *civitas* (organização política baseada na hierarquia e na distribuição de privilégios e deveres dos cidadãos romanos). Nas escolas de interpretação, por exemplo, foram criadas definições sobre justo e injusto, do que seria razoável ou não, sobre as classificações das fontes do direito, e a distinção entre direito público, direito privado, direito comum, direito natural ou das gentes, etc.

Já em Roma há indícios de que o jurídico primeiramente também possuía um caráter religioso. Quando vigoravam as *legis acciones* (por volta de 753 a.C. a II a.C.) que seriam através de atos, gestos, fórmulas, comportamentos mágico-religiosos pré-determinados que se formalizavam acordos jurídicos. Tais atos funcionavam como tabus baseados nas tradições do direito quirritário¹⁶ e sem estes não existiria ato jurídico, ou seja, a validade dos atos vinculava-se ao uso correto da forma. (como por exemplo, amarrar as mãos para que ambas as partes selem o negócio, assim untava-se tanto as coisas objeto da ação, quanto os corpos dos contratantes do negócio jurídico). Entretanto, os romanos se notabilizaram pelo uso prático da razão

¹⁵ “A retórica é a ciência teórica e aplicada do exercício público da fala, proferida diante de um auditório dubitativo, na presença de um contraditor. Por meio de seu discurso, o orador se esforça para impor suas representações, suas formulações e para orientar uma ação. A retórica foi definida pelos teóricos da Antiguidade e foi desenvolvida até a época contemporânea por um paradigma de pesquisa autônomo. [...] Platão no *Gorgias*, coloca a **contradição** no coração da retórica, definidas por Górgias como ‘o poder de convencer graças aos discursos, [...] em não importa qual reunião de cidadãos’, e por Sócrates como ‘a contrafação de uma parte da política’, sendo política para Sócrates, ‘a arte que se ocupa da alma’ Aristóteles a entende como uma *ciência* orientada para o particular, portanto que a retórica é a faculdade de descobrir, especulativamente, aquilo que em cada caso, é apropriado para persuadir. Para Quintiliano, é uma *técnica normativa* da fala, ‘a arte de bem dizer’. Ela vem depois da gramática que é a arte de dizer corretamente”. (CHARAUDEAU, p.433)

e pelo respeito ao peso às tradições do passado, tanto que, enquanto os deuses gregos viviam no Olimpo longe dos homens, seus deuses viviam na própria *urbs*. Algum tempo antes das XII Tábuas, aproximadamente, devido à diferenciação entre leis costumes e religião “ocorrera uma progressiva ‘laicização’, e uma crescente ‘dessacralização’ do Direito Romano, e inclusive do Direito Público”. (LIMA FILHO, 1999, p. 171) Pois, a partir do processo formular¹⁷ (II a.C. – IV d.C), o trabalho começa a ser efetuado com base em causas (*ponere causam*), tal termo passa a ocupar um lugar central na linguagem jurídica romana: as causas são “coisas”, realidades concebidas em função do litígio, consideradas como objeto de discussão (por exemplo, Cícero qualificava as causas como *res* (coisas). O próprio direito passou a ser qualificado como *res*: não é um “ser de razão”, mas criação do homem. Para os romanos desta época o direito não era extraído da regra, era a regra que é produzida através do direito já existente. A função da regra era de descrever uma realidade. Por isso o núcleo do Direito Civil era retirado da “natureza das coisas”, dessa maneira, são referidos os costumes romanos¹⁸. Depois, a partir do século IV tais procedimentos foram sendo substituídos pelo uso da jurisprudência, que seriam compilações de decisões do imperador ou dos seus delegados.

Entretanto, dada às semelhanças e entre as palavras e as coisas no mundo antigo poderíamos dizer que é comum a confusão entre religião, moral e direito, o que reforçava a tradição da autoridade. Isso pode ser identificado pelas experiências, rituais, sacrifícios, trocas e retribuições na relação entre homens e deuses, e o mundo natural. O direito, assim, começa a ser identificado com o justo, ou seja, a justiça passa a ser confundida com o bom, devidos aos efeitos da idéia de equidade. Assim, deduz-se que foi principalmente entre os romanos, ou mais remotamente entre os gregos antigos, em que no direito ocidental passam a estabelecer a relação entre direito e justiça, e esta como a principal finalidade das ações humanas¹⁹.

Origem da justiça. – A justiça (equidade) tem origem entre homens de aproximadamente o *mesmo poder*, como Tucídides (no terrível diálogo entre os enviados atenienses e mélios) corretamente percebeu: quando não existe preponderância claramente reconhecível, e um combate resultaria em prejuí-

¹⁶ Que seria aquele mais primitivo direito herdado dos primeiros patriarcas da região Quirites designa a uma antiga deusa pré-romana que remonta à época dos etruscos.

¹⁷ O caso deve ser definido; a questão posta em debate: no processo formular, o pretor, definia o litígio (uma pretensão do pleiteante contestada pela outra parte, caso a ser tratado pelo juiz) na parte da formula determinada *inventio*, termo emprestado da retórica.

¹⁸ Tal noção cosmopolita pode possuir raízes no Estoicismo.

¹⁹ Aristóteles, por exemplo, considerava a justiça como a primeira virtude, a virtude mor. (ARISTÓTELES, 2004, p. 33)

zo incoseqüente para os dois lados, surge a idéia de se entender e de negociar as pretensões de cada lado: a *troca* é o caráter inicial da justiça. Cada um satisfaz o outro, ao receber aquilo que estima mais que o outro. Um dá ao outro o que ele quer, para tê-lo como seu a partir de então, e por sua vez recebe o desejado. A justiça é, portanto, retribuição e intercâmbio sobre o pressuposto de um poderio mais ou menos igual: originalmente a vingança pertence ao domínio da justiça, ela é um intercâmbio. Do mesmo modo a gratidão. – A justiça remonta naturalmente ao ponto de vista de uma perspicaz autoconservação, isto é, ao egoísmo da reflexão que diz: “por que deveria eu prejudicar-me inutilmente e talvez não alcançar a minha meta?” Isso quanto à *origem* da justiça. Dado que os homens, conforme o seu hábito intelectual, *esqueceram* a finalidade original das chamadas ações justas e eqüitativas, e especialmente porque durante milênios as crianças foram ensinadas a admirar e imitar essas ações, aos poucos formou-se a aparência de que uma ação justa é uma ação altruísta; mas nesta aparência se baseia a alta valorização que ela tem, a qual, como todas as valorizações, está sempre em desenvolvimento: pois algo altamente valorizado é buscado, imitado, multiplicado com sacrifício, e se desenvolve porque o valor do esforço e do zelo de cada indivíduo é também acrescido ao valor da coisa estimada. – Quão pouco moral pareceria o mundo sem o esquecimento! Um poeta poderia dizer que Deus instalou o esquecimento como guardião na soleira do templo da dignidade humana. (NIETZSCHE, § 92, p. 65, 2005)

Nietzsche aqui nos fala que a justiça tem uma origem rasteira, tal como uma permuta entre partes para evitar possíveis danos e sofrimentos por uma disputa, e que durante séculos com o próprio uso da linguagem (hábito intelectual) foram sendo anexadas valorizações humanas e passou a ser identificado com o que é bom, o belo e o verdadeiro. E claro, que esta não é uma exceção, dentro dos discursos que ecoam na história e seus vícios sociais, as palavras costumam adquirir outras designações, outros elementos semânticos ao longo do tempo, seja por assimilações culturais, por costumes advindos de outra língua ou hábitos, seja por sincretismos ou mesmo manipulações simbólicas. Contudo, tal relação ter-se-ia perdido – com o passar do tempo – seu enunciado tornara-se confuso, ou, mesmo como hoje, perde-se seu sentido, é imerso na demagogia, no niilismo, no tráfego congestionado de informações resultantes daquilo que chamamos de modernidade.

Sem nenhuma pretensão de reconstituir uma história geral, poderíamos também da mesma forma, falar da noção de pessoa²⁰, que deriva do latim *persona* (máscara – persona-

²⁰ Mauss, por exemplo, em um texto chamado: *Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a de “eu”*, explica como é recente a palavra filosófica “Eu”, como são recentes “a categoria do eu”, o “culto do Eu” (sua aberração) e o respeito ao Eu – em particular, ao dos outros (sua norma) (MAUSS, 2003, p. 371).

gem). Primeiramente, para muitas sociedades igualitárias dizia respeito à definição do papel exato que cada um desempenha na figuração do clã, dizendo respeito a tudo orientado à divisão dos personagens, dos rituais quanto dos pertences do clã, consangüinidade, etc. (MAUSS, 2003, p.373). Já a noção de *persona* latina: máscara, mas cara trágica, máscara ritual e máscara de ancestral. Para os latinos “a ‘pessoa’ é mais do que o elemento de organização, mais do que ou nome ou o direito a um personagem e a uma máscara ritual, ela é um fato fundamental do direito. Em direito, os juristas dizem: há somente as *personae*, as *res* e as *actiones*: esse princípio ainda governa as divisões dos nossos códigos” (MAUSS, 2003, p. 385) Foi introduzida com esse sentido na linguagem filosófica pelo estoicismo popular para designar os papéis representados pelo homem na vida. Um sujeito de relações, porém inicialmente essa palavra foi também aplicada a Deus, como Pessoa Divina, sua relação com a Santíssima Trindade, mas ao mesmo tempo foi fonte de mal-entendidos e heresias. Por um lado, a relação parecia ter sido somada acidentalmente à substância da coisa; tal conceito dado anteriormente por Aristóteles. No mesmo sentido, Santo Agostinho afirmava que pessoa significava simplesmente “substância”. Influenciando Boécio que dizia que: “Pessoa é a substância individual de natureza racional”; definição que se tornou clássica em toda a Idade Média. Entretanto, para evitar a associação de pessoa à de máscara que caracterizava mais aparência que substância, muitos clérigos negaram que a pessoa fosse relação e insistiram na sua substancialidade da alma. São Tomás de Aquino observando que o próprio Boécio admitia que todo atinente a Pessoa implica uma relação, e, devido à dificuldade de esclarecer o significado das “pessoas divinas”, senão as relações entre elas considerava Pessoa como função e relação-substância. Contudo, contando com esta como se fosse a primeira, é possível distinguir três fases desse conceito. (ABBAGNANO, 1997, p. 735).

Já a partir do século XVII o Ocidente ingressa na chamada “era da representação”, quando se dá a diferenciação entre as palavras e as coisas; a união anteriormente existente entre elas se rompe. As palavras passam a ter a função de designar as coisas. Trata-se da era da *taxionomia universalis*, num impulso classificatório sem precedentes, onde tudo é passível de fazer parte de um grande esquema de classificação. Nesse momento nas palavras de Foucault “as ciências trazem sempre consigo o projeto mesmo longínquo de uma exaustiva colocação em ordem apontam sempre para a descoberta de elementos simples e de sua composição progressiva” Nessa época, como se pode suspeitar o saber adquire outra configuração – muito diferente da anterior, mas ainda distante da atual – em que os modos de compreensão do conhecimento têm condicionantes especificamente muito delimitados. (FONSECA, 2002, p. 85)

Neste segundo momento, como nos explicou Fonseca, a partir do século XVII, Descartes, por exemplo, acentua-se a sua natureza de relação, especialmente de auto-relação ou relação do homem consigo mesmo. O “Eu” como consciência, uma autoconsciência. Já Kant afirmava que: “O fato do homem poder representar seu próprio eu eleva-o infinitamente acima de todos os seres vivos da Terra. Por isso ele é uma pessoa, e por causa da unidade de consciência persistente através de todas as alterações que podem atingi-lo, é uma e só mesma pessoa”. (ABBAGNANO, 1997, p. 735). Quando o mesmo dizia que os seres racionais são chamados de pessoas porque a natureza deles os indica já como fim em si mesmos, como algo que não pode ser empregado unicamente como meio, declarando assim que a natureza da pessoa, do ponto de vista moral, consiste na relação intersubjetiva, implicitamente se caracterizou a pessoa em termos de heterorrelação, característica da terceira fase do conceito.

Finalmente, dessa raiz teórica é que surge a “era da história”, a partir de finais do século XVIII. Esta é uma *episteme* (ou configuração de saber em que o conhecimento não serve apenas para representar). Ele mesmo se insere numa temporalidade, numa história. Segundo Araújo, “o rompimento com a representação ocorre quando a história passa a ser a empiricidade que torna possível pensar três novas ciências, filologia, biologia e economia política, inaugurando a modernidade. O ser é conhecido por ter uma história e a história é o modo de saber que dá acesso ao ser. Não é sem razão que a figura de Hegel aparece. (FONSECA, 2002, p. 85)

Assim pessoa em relação ao mundo, é a terceira e última etapa do conceito de pessoa, que passa a ser concebida explicitamente para a história da filosofia, quando Scheler, explica que a pessoa é definida como essencialmente por essa relação, assim como o eu é definido pela relação com o mundo externo, o indivíduo pela relação com a sociedade, o corpo pela relação com o ambiente. Para ele, “a pessoa neste sentido, não pode ser confundida com a alma, ou o eu com a consciência: um escravo, por exemplo, é todas essas coisas, mas não é pessoa porque não tem possibilidade de agir sobre o próprio corpo.” (ABBAGNANO, 1997, p.736). Já Hegel entendia como o sujeito autoconsciente enquanto simples referência a si mesmo na própria individualidade. O homem aparece para o saber como um objeto de conhecimento ao mesmo tempo em que é sujeito de todo tipo de conhecimento. Aparece na tensão entre o empírico e o transcendental.

Não querem aprender que o homem veio a ser, que até mesmo a faculdade de conhecimento veio a ser; enquanto algum deles chegam a fazer com que o mundo inteiro se urda a partir dessa faculdade de conhecimento. Mas o filó-

sofo vê ‘instintos’ no homem do presente e admite que estes fazem parte dos fatos inalteráveis do homem e nessa medida podem fornecer uma chave para o entendimento do mundo em geral: a teologia inteira está edificada sobre o falar-se do homem dos últimos quatro milênios como de um eterno, em direção ao qual todas as coisas do mundo desde seu início tenderiam naturalmente. Mas tudo veio a ser; não há fatos eternos: assim como não há verdades absolutas. – Portanto o filosofar histórico é necessário de agora em diante e, com ele, a virtude da modéstia. (NIETZSCHE, 2005, p.16).

Nietzsche assim explicava que os filósofos e os teólogos sempre consideravam o homem como uma “eterna verdade”, como algo que permanece igual por todos os tempos, como uma medida segura das coisas. Pois o homem trata-se de um devir. E não de algo imutável, eterno, absoluto. Eis o fim de todo recurso transcendental e supra-empírico da busca da verdade sobre o homem: a morte do sujeito. Ao mesmo tempo passam a surgir, identificar configurações de saber que não interrogam o homem, mas relações que tornam possível um saber sobre o homem, como por exemplo a etnologia, a lingüística e a psicanálise.

1.2. Subjetividade e formação do campo discursivo.

Michel Foucault, colocando o sujeito como tema central de toda sua obra, lança mão de uma arqueologia do sujeito que o analisa por meio das relações de poder e saber. Pois, como vimos anteriormente, as relações sociais são intermediadas por poderes simbólicos, pela assimilação dos mitos, pela fabricação das verdades, pela manipulação da linguagem; formam enunciados capazes de difundir idéias/saberes sobre a multidão. Tais práticas podem ser divididas em: “*práticas objetivadoras* que permitem pensá-las através de ciências cujo objeto é o indivíduo normalizável; *práticas discursivas* que desempenham o papel de produtoras epistêmicas e por *práticas subjetivadoras* pelas quais o sujeito pode pensar-se como sujeito” (ARAÚJO, 2000, p.87); postula-se a existência das instâncias de enunciação em termos de *lugares* pondo a ênfase na preexistência de uma topografia social sobre os falantes que aí vem se inscrever. É um conceito de *lugar* cuja especificidade reside no fato de que cada um alcança sua identidade no interior de sistemas de lugares que o ultrapassa. Para ele a teoria do discurso não é assim uma teoria do sujeito antes de enunciar, é sobretudo uma teoria da *instância de enunciação* que é intrinsecamente um efeito de enunciado.

Nesse contexto, a principal tese de Foucault concernente à formação das instâncias de enunciação é a de que o sujeito social que produz um enunciado não existe fora do discurso, mas é uma função do próprio enunciado. Em outras palavras, os enunciados posicionam os sujeitos, tanto os que produzem quanto os que os recebem, de modo que descrever um enunciado não consiste em analisar a relação entre o autor e o que ele diz, mas em determinar que posição possa e deva ser ocupada por qualquer indivíduo para que ele seja o sujeito dela. O trabalho de Foucault constitui efetivamente uma grande contribuição para o descentramento do sujeito social nos discursos sociais modernos, para a visão do sujeito constituído e transformado na prática social e para a visão do sujeito fragmentado. E para o direito isso pode ser um interessante instrumento de análise, é o que tentamos envolver aqui.

Os enunciados, diferentes em sua forma, dispersos no tempo, formam um conjunto quando se referem a um único e mesmo objeto. Se a unidade de discurso é feita pelo espaço onde diversos objetos se perfilam e continuamente se transformam e não pela permanência e singularidade de um objeto, Foucault tomando os discursos como dispersão sugere sua análise buscando o estabelecimento de “*regras de formação*”.

No caso em que se puder descrever, entre um certo número de enunciados, semelhante sistema de dispersão, e no caso em que entre os objetos, os tipos de enunciação, os conceitos, as escolhas temáticas, se puder definir uma regularidade (uma ordem correlações, posições e funcionamentos, transformações, diremos, por convenção, que se trata de uma formação discursiva – evitando, assim, palavras demasiado carregadas e condições e conseqüências, inadequadas, aliás, para designar semelhante dispersão, tais como “ciência”, ou “ideologia”, ou “teoria”, ou “domínio de subjetividade” Chamaremos de *regras de formação* as condições a que estão submetidos os elementos dessa repartição (objetos, modalidade de enunciação, conceitos, escolhas temáticas) As regras de formação são condições de existência (mas também de coexistência, de manutenção, de modificação e de desaparecimento) em uma dada repartição discursiva. (FOUCAULT, 2005, p. 43)

Essas regras se apresentam como um sistema de relações entre objetos, tipos enunciativos, conceitos e estratégias. São elas que possibilitam a determinação dos elementos que compõem os discursos e consubstanciam uma formação discursiva. Assim a define como um conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço que definiram em uma época dada, e para uma área social, econômica, geográfica ou lingüística dada, as condições de exercício da função enunciativa. A partir de suas reflexões sobre as relações históricas entre saber e poder, em temáticas mais vastas do que a constituição de um campo de

análise do discurso em sentido estrito, pode-se pensar nas estratégias para se formar as tecnologias políticas que irão constituir a vida²¹ do indivíduo. No entanto, em toda sua obra as práticas discursivas ocupam um lugar central na construção histórica das *subjetividades*²².

Segundo Fonseca três domínios da genealogia são possíveis para se pensar a subjetividade: “os das questões de domínios sobre as coisas, o das relações de ação sobre os outros e os das relações consigo mesmo”: e sintetiza:

Com base nessas observações, pode-se então traçar em muito rápidas linhas com o seu projeto teórico da seguinte maneira; 1) de relacionar as epistêmicas e discursivas com o sujeito, que aparece em determinado momento no pensamento filosófico e científico (que enceta aquelas práticas discursivas) como tematizável; o homem, pois aparece como sujeito do saber (aqui a ontologia histórica com nós mesmos em relação à verdade através da qual nós constituímos em sujeitos de conhecimento); 2) de relacionar as práticas disciplinares que objetivam e dividem o sujeito (tal como ocorre com o preso, por exemplo), que então aparece não somente como tematizável pelo saber, mas como sujeitado pelo poder. (aqui a ontologia histórica de nós mesmos em relação ao campo de poder através do qual nos constituímos em sujeitos que atuam sobre os demais); e 3) de relacionar as práticas subjetivadoras do sujeito consigo mesmo, ou de demonstrar como o sujeito é constituído de si para si mesmo através da sexualidade, o que revela a ação do sujeito sobre si de modo de constituí-lo como sujeito moral. (FONSECA, 2002, p.91)

Contudo, dentro de uma determinada *intertextualidade*, um determinado enunciador é constituído pela configuração de modalidades enunciativas e posições de sujeito garantidas pelas regras correntes de um determinado discurso (o discurso médico, do ensino, da justiça, etc.). Esta configuração é suscetível de sofrer mudanças históricas²³, o que torna o exame das condições sociais que podem acarretar tais mudanças fundamentais e é apto a abordar as questões de subjetividade, identidade social e domínio do eu. Ou seja, as escolhas, intenções e decisões são determinadas em uma formação discursiva determinada, por sua vez, por uma formação social. Devemos aqui salientar que os discursos nem sempre estão de acordo com a realidade, e podem mascarar-la por meio de certas obviedades, idiossincrasias e conceitos pré-concebidos.

Entretanto, a “Razão” não existe fora das práticas que a elaboram; elas não remetem a uma idealidade transcendente, a um “Eu” que a reunisse na interioridade do “cogito”, ou a

²¹ Diz respeito tanto à vida biológica (*bios*) quanto à vida cotidiana (*zoé*).

²² A subjetividade pode ser “pensada no sentido atribuído por Mezan, como ‘condensação ou sedimentação, num dado indivíduo, de determinações que se situam aquém ou além da experiência de si, e que de algum modo a conformam, ou pelo menos lhe designam certos limites e condições”. (MEZAN apud ALMEIDA, 2002, p. 46)

uma linguagem que se daria como mediação universal de uma “verdade-consenso” falsificável. Nem linguagem, nem sentido, nem sujeito são transparentes, são uma materialidade; constituem-se em processos em que a língua, a história e as epistemes são peças correlatas. Com Foucault temos de lembrar que o sujeito é pensado como uma “posição” entre outras. O que conta é o lugar que ele ocupa para ser o sujeito do que diz. E isso tem significado: dá-lhe uma identidade. Para ele os sujeitos lutam pelo poder; o contrário não revelaria a necessidade de se desenvolver mecanismos de controle e de vigilância. Assim, Foucault se propõe a analisar as “formas de resistência”, reconhecendo que o poder classifica os indivíduos em categorias, segundo uma individualidade que os relaciona a uma pretensa identidade²⁴, transformando-lhes em sujeitos. O individualismo (distinto da identidade individual), contudo, pode ser visto como uma “identidade coletiva”. A evidência do sentido – que faz com que uma palavra designe uma coisa – apaga o seu caráter material, isto é, faz ver como transparente aquilo que se constitui pela remissão a um conjunto de formações discursivas que funcionam com uma dominante. As palavras recebem seus sentidos de formações discursivas em suas relações. Este é o efeito da determinação do interdiscurso (da memória). Por sua vez, a evidência do sujeito – a de que somos sempre já sujeitos – apaga o fato de que o indivíduo é interpelado em sujeito pelas epistemes.

O sujeito é fundado e refundado pela história a cada instante, a ponto de, enquanto tema filosófico ter sido “inventado” pela episteme moderna. O modo como o sujeito se apresenta deve por isso, ser associado ao regime de verdade e aos efeitos de verdade que o discurso de determinada *episteme* pode produzir. Isso quer dizer que ao longo da história várias subjetividades são produzidas – e todas essas subjetividades não devem pretender conduzir à busca de uma “subjetividade” original e fundante. (FONSECA, 2002, p. 91).

Analogamente poderíamos dizer que os sistemas semióticos (os conjuntos estruturados de significação já existentes na história-cultural de uma determinada sociedade) constroem, no ser humano, a realidade “inteligida”, ou seja, uma reprodução imaginária, vicária, da realidade física e uma estrutura que lhe é adicional, um plus de abstração (onde se encontrará,

²³ Como demonstrado anteriormente.

²⁴ Contudo, quanto à identidade seria interessante utilizarmos aqui o conceito de Castells que a define como “o processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o(s) qual(is) prevalece(m) sobre outras fontes de significado. Para um determinado indivíduo ou ainda um ator coletivo, pode haver identidades múltiplas. No entanto, essa pluralidade é fonte de tensão e contradição tanto na auto-representação quanto na ação social”. (CASTELLS, 2002, p. 23)

entre outros elementos, o próprio direito). A consequência imediata deste mecanismo é a conclusão de que a convivência social pressupõe – a partir do condicionamento do indivíduo nas estruturas da linguagem –, reduz-se todos os pensamentos a uma vala comum que, massificada, permite o convívio social, mormente quando este se encontra fundado em um alto grau de desenvolvimento e abstração (“criam-se” formas, tempo²⁵, hábitos, conceitos, preconceitos, crenças, etc.)

É neste processo de adestramento social (condicionamento), onde a memória é preenchida com os elementos da cultura ou, mais especificadamente com as estruturas das diversas linguagens cristalizadas na prática social. É a partir da infância que a consciência do indivíduo vai sendo moldada pelos sistemas significativos e seus respectivos signos. O termo “formação” é bem esclarecedor para conceituar este processo: aprendizagem determina, pela necessidade de coexistência e convívio, o amalgamento do pensamento individual à forma social de pensar.

Podemos perceber as formações discursivas no momento em que pensamos o que é natural e o que é cultural. A cultura e todo o complexo de instrumentos e significações (em atos práticas, instrumentos, abstrações, sons, imagens, etc.) que os indivíduos do grupo aprendem com as gerações antecedentes e que perpetuam nas gerações descendentes; tal complexo determina a unidade comportamental que viabiliza a coexistência desenvolvida da sociedade. Um exemplo: dormir é biológico; utilizar-se de quartos, camas, pijamas é cultural. Culturais são a roupa, a música, o asco (por isto ou aquilo), as artes, a estética, os valores, entre outros aspectos da vida humana; acresça-se: normas, dever, moral, ética, etiqueta, e o direito (lícito e ilícito, justo e injusto, etc.). Entretanto, o poder (e a demanda por poder), provavelmente não o é. O poder, mesmo podendo ter por objeto de sua vontade os elementos culturais, trata-se antes de tudo, de algo natural inerente a toda animalidade.

Para este mundo cultural “o real não é constituído por coisas. Nossa experiência direta da realidade nos leva a imaginar que o real é feito de coisas [...]. No entanto, o simples fato de que essa ‘coisa’ possua um nome. [...] indica que ela é, pelo menos, uma só ‘coisa-para-

²⁵ Partindo dessa idéia, como exemplo, poderíamos pensar no Brasil Colônia, principalmente nas incursões de evangelização dos jesuítas aos nativos. Podemos pensar na efetiva utilidade do sino da capela central, para introduzir a idéia de tempo na vida daquelas populações, fazendo com que a cada badalar do sino, passasse a existir o tempo, para determinadas coisas, horários para trabalhar, rezar, comer, dormir, etc. (algo que não era de hábito para os indígenas). Tal ação obteve parcela significativa no resultado da evangelização, principalmente com a desestruturação dos modos de vida da sociedade indígena.

nós', isto é, algo que possui um sentido experiência". (CHAUI, 1980, p.16 – 18) Um cidadão assim é bem mais que um sujeito de direitos e deveres; antes de qualquer coisa, ele é um indivíduo atrelado a uma sociedade pelos seus pensamentos (este todo onde se encontra, até mesmo, o Direito, como parte de uma realidade intrínseca, obrigatória enquanto referencial; ele encontra-se sujeitoado).

Por tudo isso, Foucault, através de uma ontologia histórica de nós mesmos, principalmente, em relação à crítica da *Aufklärung* (Luzes) e a formação dos saberes, no conjunto de acontecimentos e de processos históricos, nos propõe uma postura para com os ideais da modernidade:

Esse êthos filosófico pode ser caracterizado como uma atitude-limite. Não se trata de um comportamento de rejeição. Deve-se escapar à alternativa do fora e dentro; é preciso situar-se nas fronteiras. A crítica é certamente a análise dos limites e da reflexão sobre eles. Mas, se a questão kantiana era saber a que limites o conhecimento deve renunciar a transpor, parece-me que, atualmente, a questão crítica deve ser revertida numa questão positiva: no que nos é apresentado como universal, necessário, obrigatório, qual é a parte que é singular, contingente e fruto das imposições arbitrárias. Trata-se, em suma, de transformar a crítica exercida sob a forma de limitação necessária em uma crítica prática sob a forma de ultrapassagem possível.

Aquilo que, nós o vemos, traz como consequência que a crítica vai se exercer, não mais na pesquisa das estruturas formais que têm valor universal, mas como pesquisa histórica através dos acontecimentos que nos levaram a nos constituir e a nos reconhecer como sujeitos do que fazemos, pensamos, dizemos. Nesse sentido, essa crítica não é transcendental e não tem por finalidade tornar possível uma metafísica: ela é genealógica em sua finalidade e arqueológica no seu método. Arqueológica – e não transcendental – no sentido de que ela não procurará depreender as estruturas universais de qualquer conhecimento ou de qualquer ação moral possível; mas tratar quanto aos discursos que articulam o que pensamos, dizemos e fazemos como os acontecimentos históricos. E essa crítica será arqueológica no sentido de que ela não deduzirá da forma do que somos o que para nós é impossível fazer ou conhecer; mas ela deduzirá da contingência do que nos fez ser o que somos a possibilidade de não mais ser, fazer ou pensar o que somos, fazemos ou pensamos. (FOUCAULT, 2000, p. 347)

Ou seja, a intenção mais abrangente repousa na tentativa de capturar algo da história do presente, dos diferentes modos de subjetivação do ser humano na nossa cultura. De como as ciências e demais saberes – o Direito, a filologia, a economia, a biologia, etc. – objetivaram o homem como sujeito falante, ser produtivo e ser vivo; as disciplinas dividiram-no em louco, são, doente e saudável, criminoso e ordeiro; e a sexualidade que o transformou em sujeito de si para si. Entre os três domínios – do saber, do poder e da ética, estabelecem-se relações do

sujeito sobre as coisas, sobre a ação dos outros e sobre si. Tal analítica interpretativa nos parece ser a opção mais poderosa, plausível e honesta disponível, que não cai numa tradição ultrapassada e nem joga com análises tendenciosas sobre o nosso cotidiano, pois Foucault ao verificar a estranheza das práticas da sociedade sabe diagnosticar nossos problemas, porque eram dele também. No mais, tornam-se mais valiosas frente à atual “crise” do direito²⁶ e das demais ciências sociais...

1.3 A figura do “sujeito de direito” na Modernidade.

O tema dos direitos humanos é muito antigo na história da civilização, mas ganha um sentido particular construído no interior do capitalismo. A noção que herdamos de defesa dos direitos humanos, portanto, nasce das lutas travadas pela burguesia europeia contra o absolutismo, estando marcada, desde o seu início pelos princípios da individualidade, da universalidade e da autonomia. Esta, na leitura de Fonseca:

a *universalidade* quer significar, num primeiro momento, que o pensamento deve transcender as fronteiras nacionais, condenando todos os nacionalismos e outros particularismos, considerados como provincianos. Para o Iluminismo há o reconhecimento do princípio liberal da autodeterminação dos povos e o repúdio a todas as formas de imperialismo. (...) Outra faceta importante do universalismo iluminista é a afirmação de igualdade entre os sexos e entre as etnias (...) O sujeito, assim é tomado de modo universal, como dotado de uma generalidade que não pode ser cindida pelos particularismos étnicos, religiosos, nacionais ou de gênero: o sujeito humano é dotado de caracteres genéricos – e, tendo –se que todas as formas de hierarquias como aquelas das sociedades tradicionais) são rejeitadas como arbitrárias, todas as pessoas devem ser tratadas por iguais.

O *individualismo*, como outro atributo essencial da subjetividade moderna, considera que o aparecimento do indivíduo na história da humanidade é um dos aspectos mais libertadores da modernidade (...) Em suma o sujeito é tomado de modo individualizado, e essa individualização é viabilizada precisamente pelo processo de universalização que coloca cada um dos indivíduos, tomados em sua singular existência, como dotados das mesmas prerrogativas que seus pares (tomados como seus iguais).

Por fim, a *autonomia*, como terceiro atributo da subjetividade, tem (...) dois estratos diversos: a liberdade (que tem relação com os direitos de cada um) e a capacidade que tem relação com o poder efetivo de exercer os direitos).²⁷

²⁶ Diz respeito ao que foi falado anteriormente (início da Introdução).

²⁷ “Aqui se nota algo como a diferenciação entre as noções de ‘direito objetivo’ (tomado enquanto norma de agir cuja existência é assegurada pelo poder político) e o ‘direito subjetivo’ (tomado enquanto faculdade dada ao sujeito de exercer os direitos garantidos pela norma)” (FONSECA, 2002, p. 70).

(...) o conceito de autonomia também se cinde em várias dimensões específicas: há a autonomia intelectual (...) que deve fazer com que as pessoas adquiram sua maioria cultural e recusem toda forma de tutela. (...) rejeitar as trevas em prol da luz da razão, razão esta que além de tirar os homens do obscurantismo e da ignorância também pode guiá-los em direção a uma emancipação em suas esferas de vida social e política. Daí vem a segunda dimensão da autonomia: a política, na valorização da liberdade civil (entendida esta como a capacidade do homem de agir no espaço público). Há finalmente a autonomia econômica, querendo significar o livre direito de participação nas esferas da produção, da circulação e do consumo. Isto é o homem tem autonomia econômica quando pode produzir e fazer circular bens e serviços. (FONSECA, 2002, pp.70- 71)

Tais princípios são indissociáveis da noção de propriedade e da conseqüente distinção entre direito público e direito privado. Segundo as formulações do século XVIII, é a partir da propriedade tomada como direito natural inalienável que os demais direitos do indivíduo decorrem. Mesmo a instância pública é explicada doravante como resultado da concessão de parcelas da liberdade e do direito do indivíduo constituindo-se assim, uma instância pública de regulação e de proteção dos interesses privados/individuais. A universalidade portanto é o princípio norteador da defesa dos direitos do indivíduo, e toda luta pelos direitos humanos assenta-se no pressuposto de um fundamento da humanidade, fundamento que se confunde com o sentimento de propriedade definidor de experiência individual burguesa. Os princípios da revolução burguesa de 1789 são afirmados como naturais, já que refletindo a “essência” do que é o humano. Tem-se, então, indeterminado “rosto” para os direitos humanos, desde a primeira declaração produzida no bojo da luta realizada em 1789 até a de 1948, Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Organização das Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial e em pleno período da chamada “Guerra Fria”.

Há um caráter excessivamente abstrato e universalista na definição dos direitos humanos que se apóia em um fundamento absoluto: o da “natureza humana”. Há de se perceber a anistoricidade e a não contextualização que define o homem como categoria a priori e, portanto, naturalizada.

Dentre vários pontos de vista jurídicos e filosóficos, podemos verificar que, desde o século XVIII, eles se assentam em polaridades que separam de modo evidentemente artificial domínios dos direitos: direitos civis, políticos em oposição aos direitos econômicos, sociais e culturais; direitos concernentes à esfera pública e à privada.

Assim como o capitalismo vem, nos últimos dois séculos, se modulando e ganhando diferentes rostos, o debate sobre os direitos humanos experimenta também alterações, guardando, entretanto, uma lógica argumentativa de base. Seja nas modulações do capitalismo, uma lógica binária parece permanecer inalterada: trata-se da oposição entre os que têm direito e aqueles que não tem direito.

Assim sempre estiveram de fora desses direitos à vida e à dignidade os segmentos pauperizados e percebidos como marginais: os deficientes de todos os tipos, os desviantes os miseráveis. A estes, efetivamente, os direitos humanos sempre foram e - continuam sendo - negados, uma vez que não são definidos como segmentos “subhumanos” porque, de alguma forma, comprometeriam a “essência do homem”. Não há dúvida portanto, que esses direitos, proclamados nas mais variadas declarações, têm uma nítida posição discriminatória: de classe gênero, de etnia, de religião, de povos.

Eis, então, um problema central que convulsiona o discurso acerca dos direitos humanos, pois, se essa lógica binarizante é facilmente articulável com o princípio do individualismo, não acontece o mesmo com o princípio da universalidade. Defender os direitos do indivíduo, respeitar as identidades, defender as propriedades, é manter-se na lógica da distinção entre o eu e o outro, o meu e o teu, o próprio e o impróprio. Por outro lado, a defesa da universalidade dos direitos humanos não se faz sem que se experimente nas suas lutas concretas um embaraço: como garantir os direitos a todos se, de fato, o todo da humanidade se organiza em binarismos?

A questão que se coloca agora é a necessidade de mantermos, ainda, essa articulação sobre o tema dos direitos humanos e os princípios do individualismo, não acontece o mesmo com o princípio da universalidade. E, se colocamos em questão esses princípios, não podemos fazê-lo sem desestabilizar essa lógica binarizante a eles associada. Queremos pensar uma outra lógica de construção das lutas pelos direitos humanos, lógica que, diante da multiplicidade de expressões do humano, não se comprometa com a organização desse diverso em blocos de oposição.

Ou seja a idéia de sujeito de direito é um constructo histórico, que teve origem nos ideais da modernidade²⁸ principalmente os da: subjetividade, liberdade, universalidade, racio-

²⁸ No início da modernidade o sujeito passa a ser a referência básica da análise e o substrato do sistema social, político, científico e jurídico. Dele deriva a idéia de direito subjetivo.

nalidade e autonomia. Tais facetas desdobram-se em manifestações subjetivas que podem ser representadas por algumas abstrações caracterizadoras: a universalidade, a autonomia e a individualidade, que foram se formando a partir da derrocada do antigo regime. (FONSECA, 2002, p.69) O sujeito foi uma construção abstrata necessária para a constituição do sistema econômico.

O que se empreende no mundo moderno é para Nietzsche, uma tentativa global em sentido inverso da auto-superação do homem, a saber, o ensaio de auto-rebaixamento, de congelamento do “tipo homem” numa figura medíocre e banal. Sentido inverso, se o homem continuar procurando a verdade no pior erro dogmático, na invenção de Platão, do espírito puro e do Bem em si. “Quem adivinha a fatalidade que se oculta na estúpida falta de suspicácia e credulidade das “idéias modernas”, e mais ainda em toda a moral cristã européia: esse padece de uma ansiedade com a qual nenhuma outra se deixa comparar”. Para Nietzsche, um tipo impessoal e camuflado de vontade de poder vigora nesse processo, que oculta primeiramente a si mesmo essa sua condição. Ao instituírem-se como valor absoluto e submeterem a si toda e qualquer outra forma de sentimento de valor e valoração, as ‘idéias modernas’ realizam esse seu impulso inconscientemente tirânico e, ao mesmo tempo, promovem o nivelamento e a uniformização massiva da humanidade” (NIETZSCHE apud GIACOIA JR., 2003, p.52).

O sujeito aparece como “topologia estrutural de significantes”. Isso leva a reconstrução do racionalismo do “eu” individual ou coletivo, a noção de sujeito, à base da consideração da existência das programações, linguagens e semioses, e de sua interpretação. E se todo conhecimento é uma construção simbólica, cada uma com seu modelo próprio de articulação, então o que forma uma comunidade, o que a constitui como tal, é a forma específica de “socialidade” baseada em linguagens e grades de leitura das mesmas partilhadas por seus membros.

A visão da modernidade enquanto superação da sociedade tradicional, enquanto ‘emancipação racional’ e como saída da imaturidade através de um esforço da razão como processo crítico, que abre à humanidade, a uma nova etapa de desenvolvimento histórico do ser humano. Na palavra de Dussel, todavia, a palavra modernidade pode abranger dois conteúdos. O primeiro é (...): aquela visão da modernidade que coloca o sujeito de modo altivo, emancipador, plenamente racional diante das suas condições de existência. Já o segundo deles (...) procura analisar as contradições, as ambigüidades, os

fracassos, as perversidades, as dominações e as exclusões causadas pela modernidade. (FONSECA, 2002, p.76)

Estaria a filosofia do direito condenada ao exclusivismo das metáforas tradicionais do “contrato”, aos esquemas incessantemente refinados da “alienação da vontade”, da universalidade do conceito lógico ou transcendental do Direito e da Justiça? O importante, para Foucault, é a trama positiva do funcionamento local das relações de poder. Não se trata, com isso, de negar importância à existência histórica da luta de classes, de seus efeitos maciços de dominação ideológica, nem de menosprezar a dimensão positiva das relações de produção e de exploração econômica²⁹. Deveríamos, antes, descentrar a análise do poder em relação à categoria dominante representada pelo Estado e seu conjunto de aparelhos³⁰. Precisamos nos desembaraçar do esquema jurídico do contrato, do princípio da soberania, da centralidade teórica da filosofia do direito em torno do problema da necessidade legal de obediência, das concepções que associam o poder unicamente pelo prisma da legalidade ou do Estado. Não existe razão para privilegiarmos exclusivamente o Estado nas análises sobre o poder. Este tampouco deve ser entendido por referência a uma “Teoria” da sociedade, a um modelo de crítica ideológica/dialética da alienação centrada sobre o funcionamento negativo de seus mecanismos de repressão. O “entendimento” não deve ser considerado como um telos ideal da linguagem, nem como pré-condição universal de comunicação, implicitamente, empiricamente verificável em situações pragmáticas de fala, ação e aprendizagem.

²⁹ “Geralmente, pode-se dizer que existem três tipos de lutas: contra as formas de dominação (étnica, social e religiosa); contra as formas de exploração que separam os indivíduos daquilo que eles produzem; ou contra aquilo que liga o indivíduo a si mesmo e o submete, deste modo, aos outros (lutas contra a sujeição, contra as formas de subjetivação e submissão). Acredito que na história podemos encontrar muitos exemplos destes três tipos de lutas sociais, isoladas umas das outras ou misturadas entre si. Porém, mesmo quando estão misturadas, uma delas, na maior parte do tempo, prevalece. Por exemplo, nas sociedades feudais, as lutas contra as formas de dominação étnica ou social prevaleciam, mesmo que a exploração econômica possa ter sido muito importante como uma das causas de revolta. No século XIX, a luta contra a exploração surgiu em primeiro plano. E, atualmente, as lutas contra as formas de sujeição, contra a submissão da subjetividade, está se tornando cada vez mais importante, a despeito de as lutas contra as formas de exploração e dominação não terem desaparecido. Muito pelo contrário”. (FOUCAULT, 1995, pp. 235,236).

³⁰ Vigiar e Punir, por exemplo, pode ser considerado um livro de oposição em relação ao Aparelhos Ideológicos de Estado, de Althusser.

CAPÍTULO 2

Direito e discurso: O direito como produção de verdades.

A disciplina é um princípio de controle da produção do discurso. Ela lhe fixa os limites pelo jogo de uma identidade que tem a forma de uma reatualização permanente de regras.

Michel Foucault

Na concorrência pelo monopólio de dizer o Direito, defrontam-se os sujeitos investidos de competência técnica e os “sujeitos de direito” cotidianos; aqueles que autorizados pelo Estado, impõem aos outros seu apagamento. Não só aos leigos, mas também àqueles juristas que levantam a bandeira do direito como instrumento de emancipação social. No domínio discursivo (campo de luta semiótico) do Direito, enunciados conservadores reinam por meio de “intérpretes autorizados” do poder instituído, onde discursos práticos tão utilizados nas instituições jurídicas acabam criando uma trincheira de movimentação e negação de sentido, entre os profissionais, estudiosos do direito e leigos. Forma-se assim, a “babel” jurídica.

No entanto, aqueles que não têm a competência jurídica estão condenados a suportar a força da violência simbólica existente no confronto do jogo de poder que regula os efeitos de sentido do discurso jurídico. No interior desse jogo discursivo entre os que sabem trabalhar formas e fórmulas já codificadas e os sujeitos de direito do cotidiano, o discurso jurídico estabelece outra ordem de razões que são as razões jurídicas explicitadas pelo código legal. O Jurídico se sobrepõe, assim, às diferenças constitutivas dos lugares distintos, reduzindo o interlocutor ao silêncio. Lugares esses, distintos, porque marcados por diferentes ordens de discurso, isto é, outras ordens de razão que são a razão do Estado, com o poder político que a caracteriza e os discursos que formam sujeições jurídicas específicas.

2.1. A tecnologia política e os saberes nas instituições.

As práticas jurídicas, por serem sempre particulares e produzidas num determinado processo histórico, são como verdades produzidas através da ação política. Tais ações advêm da jogatina entre os discursos e os poderes. Quanto a isso: Oscar Correias faz uma importante observação: “São precisamente os juristas que fazendo política com disfarce científico, tornam sua atividade um objeto de crítica científica e, ao mesmo tempo, política, posto que o discurso que desnuda cientificamente a natureza política de seu objeto é também um ato político”. (CORREIAS, 1995, p. 171).

Destarte, a constituição da competência jurídica se deve a uma postura lingüística própria, pois os sujeitos investidos de competência podem interpretar e aplicar um corpo definido de textos – a legislação – algo já investido de efeito de universalização. Confrontam-se, então, numa relação de poder estabelecida dentro do campo, os juristas, que possuem afinidade com aqueles que fazem parte dos poderes legiferantes do Estado, e aqueles que não tem contato, ou não possuem “*lobbies*” expressivos. Aqueles que em sua grande maioria lutam por mudanças. Para os primeiros a “eficácia” do Direito consiste justamente na sistematização das práticas jurídicas, tendo como objetivo a manutenção de uma ordem pré-estabelecida. Assim os discursos ficam protegidos, são prolongados e ganham forças por causa da estrutura do que já está posto. Na verdade, existe uma ilusão de univocidade fornecida pela inalterabilidade da instância sintática dos textos legais. Por muitos desconhecerem tal fato, produz-se no direito uma febre legislativa, decorrente da falsa crença de que ao produzir uma alteração das palavras da lei, transforma-se mecanicamente as práticas sociais e os sentidos normativos. Ocultam, assim, o fato de que se a ideologia dos intérpretes das normas continua alterada, a transformação legislativa é uma ilusão e, rapidamente, os significantes voltarão a adquirir as velhas significações.

Comentando as práticas judiciárias³¹, os exames, os laudos de peritos, os estudos realizados por cientistas e das pessoas qualificadas para falar sobre a pessoa do criminoso, de sua loucura, Foucault diz:

³¹ Primeiramente, Foucault, ao se referir ao direito apresenta-o em duas realidades, como lei e norma, que podem ou não estar implicadas. Quando as apresenta separadas, a figura do direito que se delinea é a do direito como lei. Mas as “duas realidades” não estão separadas; ao contrário, aparecem implicadas mutuamente, colonizando-se agindo uma a partir de outra: é a imagem de um direito normalizado-normalizador. Um direito normalizado,

Como vocês podem compreender, havia ao mesmo tempo pouquíssima e muitíssima coisa a dizer sobre esse gênero de discurso. Porque, afinal de contas, na verdade são raros, numa sociedade como a nossa, os discursos que possuem a uma só vez três propriedades. A primeira é poder determinar, direta ou indiretamente, uma decisão de justiça que diz respeito, no fim das contas, à liberdade ou à detenção de um homem. No limite (e veremos alguns desses casos), à vida e à morte. Portanto são discursos que têm, no limite, um poder de vida e de morte. Segunda propriedade: de onde lhes vem esse poder? Da instituição judiciária, talvez, mas eles o detêm também do fato de que funcionam na instituição judiciária como discursos de verdade, discursos de verdade porque discursos com estatuto científico, ou como discursos formulados, e formulados exclusivamente por pessoas qualificadas, no interior de uma instituição científica. Discursos que podem matar, discursos de verdade e discursos (...) que fazem rir”. (FOUCAULT, 2001, p.8)

À “língua legalizada” corresponde tão somente a uma elite que possui condições de manejá-la de exprimi-la, criando um distanciamento da língua gentia. Há estilos, conteúdos, formas gramaticais, que tornam a mensagem de um texto quase hermética, dirigindo-se apenas àqueles que possuem competência lingüística específica para atualizá-los. Pois, através da manipulação de teorias comunicativas, psicologia de massa e o emprego adequado do discurso retórico; constituem-se formas de demonstrar poder no contexto significativo das sociedades humanas. Possuir condições de reter meios de produção e poder comprar força de trabalho, gerenciar procedimentos industriais, agrícolas, comerciais, e auferir lucro é demonstrar força, já que “o capitalismo é uma forma histórica que se caracteriza por organizar toda a vida social em torno do mercado”; (NOBRE, 2004, p.25) no momento em que se manipulam regras que protegem determinadas práticas, mantêm ou melhoram sua posição social (correspondente a uma posição nas escalas de acessos aos recursos produzidos e disponíveis para consumo), tais indivíduos ganham tanto força física quanto simbólica. Estas disputas e o espectro complexo de escalões sociais que criam, determinaram o surgimento de elites e de legiões inteiras de pessoas postas ao seu serviço (sócios, subordinados, tanto classe média quanto trabalhadores). Para isso, apura-se a uma tendência de conservação da estrutura social estabelecida (a elite de hoje educa a elite provável do futuro – seus descendentes – enquanto que o outro extremo é mantido alijado de uma educação satisfatória). Desde as fundações dos Esta-

porque investido, penetrado pelas práticas da norma. E um direito normalizador porque agente e vetor dos mecanismos de normalização. A lei se confunde com os mecanismos normalizadores do poder. (FONSECA, 2004, p.175) Reporta-nos ao domínio dos corpos e das instituições, ou seja, às disciplinas.

dos Modernos, a evolução histórica deste quadro de dominação e submissão, e sua institucionalização, dirigiu-se para o surgimento de uma figura política de controle social que através da instituição de padrões sociais³² e seus limites, perfaz a vigilância, dominação e repressão que seria algo como um aparelho de Estado, que gerisse a vida da população. Uma correlativa estrutura de *policimento*, que torna possível a administração pública do Estado, pois a qualidade “Estado” diz respeito à estrutura político-administrativa por meio da qual se procura garantir a existência de um determinado grupo humano em determinado território, garantindo, inclusive, a distribuição dos indivíduos em classes sociais com o que se protege o sistema de produção de bens. Esta estrutura e todos os meios e instrumentos desenvolvidos ao longo da história para assegurá-la revestem-se de um forte grau significativo; em outras palavras, diversas pessoas ou grupos de pessoas, situações, fatos e atos, simplesmente significam Estado. Por meio tal conjunto de tecnologias políticas específicas dos indivíduos, que estes são levados a se reconhecerem como sociedade, como uma parte da entidade social, da Nação, do Estado.

Poderíamos, dizer que muitos dos estereótipos, sentidos comuns, do meio jurídico derivam do tipo de racionalidade da qual a teoria política de nossos dias é derivada. Ou seja, da antiga concepção contratualista da sociedade, presentes na formação dos estados modernos do século XVII e XVIII, baseada numa teoria da soberania ora já defasada. O Direito, se por definição, é algo que sempre se refere a sistema administrativo, e a ordem sempre se refere a um sistema administrativo a uma ordem estatal específica. Assim, podemos entender o porquê da racionalidade política ser tolerada como antinomia entre o direito e a ordem. A ordem é apenas forma de integração do direito no interior da forma do Estado, e a racionalidade e a emergência das ciências sociais resultam do uso dos saberes formados em torno dessa tecnologia política dos indivíduos. Mas, afinal, o Direito como um saber científico pode ter sido edificado sobre teorias que acabam por camuflar as investigações acerca de sua característica política? Em profundidade, quais as relações entre o Direito e a produção de verdades?

³² Aqui se entende por padrão social o conjunto das relações humanas resultadas, baseadas na ambição, no desejo de poder, pessoal ou coletivo, na atitude hierárquica, nas ideologias, dogmas e crenças. Tal sociedade poderá crer, e de fato em geral professa crer, no amor e na bondade; mas está sempre pronta a matar, a guerrear. A identificar um inimigo dentro de seus próprios muros. Dentro desse padrão, nenhuma modificação, por mais revolucionária que pareça, não é uma transformação significativa por demais.

Vimos que a linguagem não pode ser compreendida como um sistema significativo fechado, sem relação com o exterior, ela deve ser compreendida a partir do contexto histórico-ideológico dos sujeitos que a produzem e que a interpretam. Pois, todo enunciado é intrinsecamente suscetível de tornar-se outro, diferente de si mesmo, se deslocar discursivamente para derivar para um outro, pois o sentido não é compreendido como uma unidade fixa, já que é histórico e, por isso, pode deslizar-se para outro. Entretanto, no campo do saber jurídico, como em outros discursos científicos, existe uma íntima relação entre verdades enunciadas e os comportamentos dos indivíduos devido às proposições, ao alto grau de imperatividade das normas jurídicas. Dentro de um ambiente acadêmico, ou mesmo no dia a dia de juristas ou dos operadores do direito, poderíamos detectar diversas formas de poder simbólico. Poder este que ao ser utilizado a níveis de padrão de comportamento coletivo toma fôlego, e é prolongado, veiculado, alimentado pelos discursos de verdade, determinando assim, normas de conduta, tabus, costumes e leis. Tais aparatos, estruturas podem estar impregnados de ideologias políticas quanto à teorização e aplicação do Direito. Algo que somente seria possível através da manipulação da linguagem do direito; ou seja, do “poder simbólico, que é aquele que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força física ou econômica, e só se exerce se for “reconhecido”, quer dizer, ignorado como arbitrário” (BOURDIEU, 1998, p. 11). Obtido através de seu status de “verdade”:

O que é a verdade, portanto? Um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões, das quais se esqueceu, das quais se esqueceu que o são, metáforas que se tornaram gastas e sem força sensível, moedas que sua efígie agora só entram em consideração como metal não mais como moedas. (NIETZSCHE, 1983, p.48)

No mesmo sentido, Foucault com desconfiança análoga a de Nietzsche, procura discernir os procedimentos inerentes às relações entre saber e poder, estudando como o poder domina e faz obedecer. Ou seja, o problema não é de ordem teórica, mas de caráter histórico e metodológico sobre as técnicas e tecnologias do poder. Primeiramente, constata que, após os séculos XVII, as tecnologias do poder desenvolveram-se enormemente. Após 1970, Foucault começa a estudar a analítica do poder, levando a sério a perspectiva nietzscheana de que o poder está disseminado por todas as partes do social, numa trama complexa e heterogênea de

relações. Relatou quanto às práticas divisórias, quanto aos procedimentos estratégicos postos em jogo pelos poderes hegemônicos; descreveu técnicas de dominação e dos discursos a elas agenciados. Idéias que eclodiram em *Vigiar e Punir*, que consiste numa descrição das metamorfoses que ocorreram nos últimos séculos nas formas de punir e de controlar as pessoas, num processo que vai do controle e disciplinarização em espaços fechados até o controle, na atualidade, do comportamento e das ações até mesmo em espaços abertos.

2.2 Formas de saber/poder: o inquérito e o exame.

Em a *Verdade e as Formas Jurídicas*, Foucault fala da passagem das formas de prova do direito Germânico antigo e da alta idade média para a forma de inquérito. Nesta forma, passam a não ser mais colocadas em voga o pecado, a culpabilidade moral, e o acaso da vontade divina e sim atos investigativos sobre os indivíduos. No século XII chega-se, ao procedimento do inquérito como um sistema racional de estabelecimento da verdade. Já que antes, na Alta Idade Média, após um certo esquecimento/desuso das práticas do Direito Romano, eram dominantes, as famosas provas de ordálio³³ creditavam a verdade aos deuses, e suas escolhas. No entanto, o procedimento de inquérito não foi simplesmente o resultado de uma espécie de progresso da racionalidade. Não foi porque foram se racionalizando os procedimentos judiciários, que na Idade Média se chegou ao procedimento do inquérito. Foi toda uma transformação política, uma nova estrutura política que tornou não só possível, mas necessária utilização desse procedimento no domínio judiciário. O inquérito na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada função do poder se exercer³⁴.

Nenhuma história é feita em termos de progresso da razão, de refinamento do conhecimento, pode dar conta da aquisição da racionalidade do inquérito. Para Foucault, seu apare-

³³ As provas de ordálio consistiam de testes miraculosos que iam: desde colocar a mão em óleo fervente e ter que sair ileso; tanto de ser amarrado num saco com um lobo e uma serpente e ser jogado num rio e tentar sair vivo, quanto dois nobres cavaleiros portando lanças de montaria corriam com seus cavalos em ofensivamente ao outro; tais testes serviam para então se verificar de que lado os deuses estavam. No mais, acreditamos que tenha uma origem política anterior. Principalmente basta nos lembrarmos da figura do Censor Romano e suas atribuições na vida da república, a de obter diversas informações sobre o histórico político-econômico dos demais cidadãos, como o conhecimento das posses, sobre a família, sobre as condutas, etc.

cimento é um fenômeno político completo. É na análise das transformações políticas da sociedade medieval que ele explica como, por que e em que momento aparece este tipo de estabelecimento da verdade e isso: a partir de procedimentos jurídicos completamente diferentes. Nenhuma referência a um sujeito de conhecimento e sua história interna daria conta deste fenômeno. Somente a análise dos jogos de força política, das relações de poder, pode explicar o surgimento do inquérito.

Para ele, o inquérito deriva de um certo tipo de relações de poder, de uma maneira de exercer o poder. Ele se introduz no Direito a partir da Igreja³⁵ e, conseqüentemente, é impregnado de categorias religiosas. Na concepção da alta idade média o essencial era o dano o que tinha se passado entre dois indivíduos; não havia falta nem infração. A falta, o pecado, a culpabilidade moral absolutamente não intervinham. O problema era de se saber se houve ofensa, quem a praticou, e se aquele que pretende ter sofrido a ofensa é capaz de suportar a prova que ele propõe a seu adversário. Não há erro, culpabilidade, nem relação com o pecado. Ao contrário; a partir do momento em que o inquérito se introduz na prática judiciária, trás consigo a importante noção de infração. Quando um indivíduo, causa dano a um outro, há sempre, a *fortiori*, dano à soberania, à lei, ao poder do Rei. Por outro lado, devido a todas as implicações e conotações religiosas do inquérito, o dano será uma falta moral, quase religiosa ou com conotação religiosa. Tem-se assim por volta do século XII uma curiosa conjunção entre a lesão, à lei e a falta religiosa.

A partir daí, lesar o soberano e cometer um pecado são duas coisas que começam a se reunir. O cristianismo é a única religião a se organizar em uma Igreja. E como tal, postula o princípio de que certos indivíduos podem, por sua qualidade religiosa, servir a outros não como príncipes, magistrados, profetas, adivinhos, benfeitores e educadores, mas como pastores. Contudo, esta palavra designa uma forma muito específica de poder. É uma forma de poder cujo objetivo final é assegurar a salvação individual no outro mundo. O poder pastoral não é apenas uma forma de poder que comanda; deve também estar preparada para se sacrificar pela vida e pela salvação do rebanho. Portanto, é diferente do poder real que exige um sacrifício de

³⁴ Que inicia-se com as atribuições do procurador do rei e seu inquérito sobre a vida na paróquia de sua competência. Pois as relações pessoais, apoio político, no feudalismo precisavam ser firmadas, centralizadas para o fins militares e de atribuições de privilégios.

³⁵ Não se é de se estranhar que práticas rudimentares como o confessionário persistem até os dias de hoje. A busca do clero pelas verdades mundanas é também uma forma de saber/poder.

seus súditos para salvar o trono. É uma forma de poder que não cuida apenas da comunidade como um todo, mas de cada indivíduo em particular, durante toda a sua vida. Finalmente, esta forma de poder não pode ser exercida sem o conhecimento das mentes das pessoas, sem explorar suas almas, sem fazer-lhes revelar seus segredos mais íntimos. Implica um saber da consciência e a capacidade de dirigi-la. Esta forma de poder é orientada para a salvação (por oposição ao poder político). É oblativa (por oposição ao princípio da soberania); é individualizante (por oposição ao poder jurídico); é co-extensiva à vida e constitui seu prolongamento; está ligada à produção da verdade – a verdade do próprio indivíduo. (DREYFUS & RABINOW, 1995, p.237) O poder pastoral exercido na cultura judaico-cristã, é de grande importância pelo seu enfoque na subjetividade. A pressuposição de uma dimensão subjetiva, de uma alma que pode ser salva, é imprescindível para o poder pastoral e será mais tarde na modernidade. O poder pastoral diz menos respeito à administração de um território, como no caso da soberania, do que a uma relação de governança. A função do pastor é inteiramente voltada à vida das ovelhas. Sua relação com elas é menos da ordem do enfrentamento do que do cuidado. Trata-se de uma condução de condutas. Este tipo de poder irá perdurar durante os tempos.

Já outra instância do saber/poder é o inquérito que aparece no século XII em consequência da transformação das estruturas políticas e fez com que as relações de poder se reorganizassem inteiramente (ou em sua volta se reorganizaram). Todas as práticas judiciárias da Idade Média, da época clássica e até da época moderna. De maneira mais geral, este inquérito judiciário se difundiu em muitos outros domínios e práticas – sociais, econômicas – e em muitos domínios do saber. Foi a partir desses inquéritos judiciários conduzidos pelos procuradores do rei que a partir do século XIII se difundiu uma série de procedimentos de inquérito.

A partir do século XIV e XV aparecem tipos de inquérito que procuraram estabelecer a verdade a partir de um certo número de testemunhos cuidadosamente recolhidos em domínios como o da Geografia, da Astronomia, do conhecimento dos climas, etc. [...] Todos os grande inquéritos que dominaram o fim da Idade Média são, no fundo, a explosão e a dispersão dessa primeira forma, desta matriz que nasceu no século XII. Até mesmo domínios como o da medicina da botânica, da Zoologia a partir dos séculos XVI e XVII, são irradiações desse processo. Todo o grande movimento cultural que, depois do século XII começa a preparar o renascimento, pode ser definido em grande parte como desenvolvimento, o florescimento do inquérito como forma geral de saber.

Enquanto o inquérito se desenvolve como forma geral do saber no interior do qual o renascimento eclodirá, a prova tende a desaparecer. Dela só encontraremos os elementos, os restos, na forma da famosa tortura, mas já mescla-

da com a preocupação de obter uma confissão, prova de verificação. Pode se fazer toda uma história da tortura, situando-a entre os procedimentos da prova e do inquérito. A prova tende a desaparecer na prática judiciária; ela desaparece também nos domínios do saber. (FOUCAULT, 1999a, p.75)

Aqui, o inquérito não é absolutamente um conteúdo, mas a forma de saber. Forma de saber situada da junção de um tipo de saber e de um certo número de conteúdos de conhecimento. Aqueles que querem estabelecer uma relação entre o que é conhecido e as formas políticas, sociais ou econômicas que servem de contexto a esse conhecimento, costumam estabelecer essa relação por intermédio da consciência ou do sujeito de conhecimento. Parece-nos que a verdadeira junção entre processos econômicos-políticos e conflitos de saber poderá ser encontrado nessas formas que são ao mesmo tempo modalidade do 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 transmiti-las. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e as determinações econômico-políticas. Assim, o inquérito tem papel³⁶ crucial na formação da “sociedade disciplinar”, que para ele, aparece no final do século XVIII e início do século XIX principalmente, em duas fases contraditórias: na reforma, a reorganização do sistema judiciário e penal nos diferentes países da Europa e do mundo.

Ao traçar um campo de forças, Foucault intenta localizar as estratégias adotadas pelo poder. Como a soberania tem como princípio preservar ela própria, as ilegalidades e os crimes eram uma ameaça ao domínio do monarca sobre o território. O poder, no caso, se encerra na figura da pessoa do Rei. O que está em jogo é sua presença física, a soberania que só acaba com a morte. Há no poder soberano uma batalha entre o corpo do rei e do súdito. Quando o rei ganhava, a punição recebida era também uma exibição, uma marca. O objetivo era demonstrar o quanto a força do soberano era superior a força dos súditos. Entretanto, mais tarde a sociedade disciplinar trará consigo uma nova concepção do homem e da utilização de suas forças. Na questão das punições, o que se buscará defender agora é o corpo social. O infrator passa a ser agora o inimigo social e a pena também terá uma função menos de castigar do que

de “recuperar”. A razão punitiva irá se modificar com a racionalidade moderna. A partir daí que o as tecnologias do poder passou a ter um desenvolvimento ímpar sobre o ser humano: o poder se exerce sobre cada indivíduo, do mesmo modo que é exercido sobre as massas e converte-se num controle que os fabrica, impondo a todos e a cada um uma individualidade, uma identidade. Foucault sustenta que a individualidade está sendo crescentemente controlada pelo poder, que somos individualizados, no fundo pelo próprio poder. A individualização, portanto, não se opõe a isso; pelo contrário, a identidade obrigatória de cada um de nós é efeito e instrumento do poder.

Segundo Foucault (1996, p 14), é com o advento do capitalismo industrial no final do século XVIII e o início do XIX, que as “grandes fogueiras e a melancólicas festas” das punições vão se extinguindo. Os suplícios saem do campo de percepção quase cotidiana entram na “consciência abstrata” e a era da “sociedade punitiva”, quando não é mais para o corpo que se dirige a punição, mas para a alma, devendo atuar “profundamente sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições”. Assim, a premissa básica dos tempos modernos é : “que o castigo fira mais a alma que o corpo” (FOUCAULT, 1998, p. 21). Ou seja, não só os atos praticados serão objetos de punição, mas também aqueles que poderão vir a ser efetuados, dependendo da “alma” do sujeito: se ex- escravo, negro, mestiço, migrante, pobre. Inaugura-se a era da periculosidade, quando determinados segmento, por sua “alma”, sua essência, na natureza, deverão ser constantemente vigiados, disciplinados, normatizados. Entramos, segundo Foucault nas sociedades disciplinares, onde as instituições exercerão vigilância intensa, produzindo corpos dóceis, adestrando não só o físico , mas fundamentalmente os espíritos.

Foucault assim pergunta: Em que consistem essas transformações dos sistemas penais? Por um lado em uma reelaboração teórica da lei penal. Ela pode ser encontrada em Beccaria, Bentham, Brissot e em demais legisladores da época revolucionária. O princípio fundamental do sistema teórico da lei penal definido por esses autores é que o crime, no sentido penal do termo, ou, mais tecnicamente, a infração não deve ter mais nenhuma relação com a falta moral ou religiosa. A falta é uma infração à uma lei natural, à lei religiosa, à lei moral. O crime ou infração penal é a ruptura com a lei, lei civil explicitamente estabelecida no interior de uma sociedade pelo poder político. Para que haja infração é preciso haver um poder político, uma lei e que essa lei tenha sido efetivamente formulada. Antes da lei existir não pode

³⁶ Principalmente após as experiências apreendidas dentro do processo inquisitivo do Santo Ofício.

haver infração. Segundo esses teóricos, só podem sofrer penalidade as condutas efetivamente definidas como repreensíveis pela lei.

Um segundo princípio é que estas leis positivas formuladas pelo poder político no interior de uma sociedade, para serem boas leis não devem retranscrever em termos positivos a lei natural, a lei religiosa ou a lei moral. Uma lei penal deve simplesmente representar o que é útil para a sociedade. A lei define como repreensível o que é nocivo à sociedade, definindo assim negativamente o que é útil. O crime não é algo aparentado com o pecado e com a falta; é algo que danifica a sociedade; é um dano social, uma perturbação, um incômodo para toda a sociedade. O criminoso é aquele que danifica, perturba a sociedade. O criminoso é o inimigo social (há identidade entre o crime e a ruptura do pacto social). Em relação a este criminoso, a lei penal deve apenas permitir a reparação da perturbação causada à sociedade. Assim, Foucault enfatiza que para tais teóricos do Direito penal moderno, a lei penal deve reparar o mal ou impedir que males semelhantes possam ser cometidos contra o corpo social, através de quatro tipos de punição: “É a idéia encontrada frequentemente nesses autores – Beccaria, Bentham, etc. – de que no fundo a punição ideal seria simplesmente seria expulsar as pessoas, exilá-las, bani-las, ou deportá-las”. (FOUCAULT, 1999a, p.82) Como segunda possibilidade, mecanismos para provocar vergonha e humilhação. Mostrando a pessoa em público, publicando-se a sua falta suscitando no público uma reação da aversão, de desprezo, de condenação; já a terceira pena seria como reparação do dano social através do trabalho forçado. E por fim, uma “pena que consiste em fazer com que o dano não possa ser novamente cometido; em fazer que o indivíduo em questão ou os demais não possam mais ter vontade de causar à sociedade o dano anteriormente causado; em fazê-los repugnar para sempre o crime que cometeram³⁷. E para obter esse resultado, a pena ideal que se ajusta na medida exata, é a pena de talião”. (FOUCAULT, 1999a, p. 83).

Esses projetos bem precisos de penalidade foram substituídos por uma pena bem curiosa de que Beccaria havia falado ligeiramente e que Bissot mencionava de forma bem marginal: trata-se do aprisionamento, da prisão. Ou seja, a prisão não pertence ao projeto teórico

³⁷ A deportação desapareceu bem rapidamente; o trabalho forçado foi geralmente uma pena simplesmente simbólica, em sua função de reparação; os mecanismos de escândalo nunca chegaram a ser postos em prática; a pena de talião desapareceu rapidamente, tendo sido denunciada como arcaica para uma sociedade suficientemente desenvolvida.

da reformada penalidade do século XVIII. Surge no início do século XIX, como uma instituição de fato, quase sem justificação teórica. Dentre as idéias dos mais importantes teóricos como Bentham, Beccaria, etc. que enfatizavam a necessidade da lei penal ser diretamente ligada a utilidade social, a legislação penal desde o início do século XIX, de forma cada vez mais rápida e acelerada, vai se desviar de tal pensamento; ela não procurará mais visar ao que é socialmente útil, mas, pelo contrário, procurará ajustar-se ao indivíduo. A penalidade no século XIX, de maneira cada vez mais insistente, tem em vista menos a defesa geral da sociedade que o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos. Diferente do princípio penal para Beccaria, toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle, não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei, mas ao nível do que podem fazer, do que são capazes de fazer, do que estão sujeitos a fazer, do que estão na iminência de fazer (dentro de suas virtualidades)³⁸.

Ou seja, as técnicas disciplinares, iniciadas no século XVII, têm como foco o corpo, sua regulação, adestramento e a ampliação de suas forças, tendo sido, a partir daí, objeto de investimentos nas fábricas, nas casernas, nas escolas. Ora também as técnicas normalizadoras (oriundas do poder pastoral praticado pela Igreja Católica), iniciadas no século XVIII, e que têm por objeto a constituição de comportamentos adequados a normas de conduta e a padrões morais, tendo como foco de investimento, as famílias, as escolas, os hospitais e os indivíduos no exercício da cidadania.

A instituição penal não pode mais estar inteiramente em mãos de um poder autônomo: o poder judiciário. Ela passa a ser controlada, a fazer parte dos outros poderes, tanto pelo executivo, quanto pelo legislativo. O controle dos indivíduos, essa espécie de controle penal punitivo dos indivíduos ao nível de suas virtualidades não pode ser efetuado pela própria justiça, mas por uma série de outros poderes laterais, à margem da justiça, como a polícia e toda uma rede de instituição de vigilância e de correção – a polícia para vigilância, as instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas, pedagógicas para a correção. Esse tipo

³⁸ Assim, a grande noção da criminologia e da penalidade em fins do século XIX foi a escandalosa noção, em termos de teoria penal, de periculosidade. A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam. O último ponto capital que a teoria penal coloca em questão ainda mais fortemente que Beccaria é que, para assegurar o controle dos indivíduos – que não é mais reação penal ao que eles fizeram, mas controle do seu comportamento no momento mesmo em que ele se esboça. (FOUCAULT, 1999a, p.85)

de poder, Foucault chama de panoptismo³⁹, que é uma forma de poder que repousa não mais sobre um inquirido, mas sobre algo totalmente diferente, que ele chama de exame. O inquirido era um procedimento pelo qual, na prática judiciária se procurava saber o que havia ocorrido. Não há mais inquirido, e sim, exame, vigilância efetuada sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder – mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão – ou seja, diversos tipos de poder, e que, enquanto os exerce, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir sobre aqueles que são vigiados um saber. Um saber que tem agora por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou não, etc. Esse novo saber não se organiza mais em torno das questões “isto foi feito? quem o fez?”; não se ordena em termos de presença ou ausência, de existência ou não existência. Ele se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer.

Na sociedade disciplinar, o sistema penal procurou seus suportes ou sua justificação, primeiro, é certo, em uma teoria do direito, depois, a partir do século XIX, em um saber sociológico, psicológico, médico, psiquiátrico: como se a própria palavra da lei não pudesse ser mais autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade. Enfim, hoje podemos crer que esse panoptismo toma outra forma, principalmente como uso crescente de câmeras de vigilância em praças públicas, cadeias, ruas, em escolas, etc. Ele toma dimensões monstruosas. A vontade de saber e a vontade de verdade, assim apoiadas sobre um suporte e uma distribuição institucional tende a exercer sobre os outros, normalizações provenientes dos discursos; produzindo assim subjetividades. Eis a sociedade normalizadora.

³⁹ Primeiramente descrito por Bentham, o Panopticon “é uma forma arquitetônica amplamente usada em edifícios ocidentais ao longo da história. Possuía 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. E, 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”. (FOUCAULT, 1999a, p.87)

2.3. As estratégias de poder e os discursos.

Agora seria preciso reconhecer também no que se denomina, não as ciências, mas as “*disciplinas*”. Para Foucault, uma disciplina se define por um domínio de objetos, um conjunto de métodos, um *corpus* de proposições consideradas verdadeiras, um jogo de regras e de definições, de técnicas e de instrumentos: tudo isto constitui uma espécie de sistema anônimo à disposição de quem quer ou pode servir-se dele, sem que seu sentido ou sua validade estejam ligados a quem sucedeu ser seu inventor. Para que haja disciplina é preciso, pois, que haja possibilidade de formular, e de formular indefinidamente proposições novas⁴⁰. Uma disciplina não é a soma de tudo que pode ser dito de verdadeiro sobre alguma coisa; não é nem mesmo o conjunto de tudo o que pode ser aceito, há propósito de um mesmo dado, em virtude de um princípio de coerência ou de sistematicidade. “A medicina não é constituída de tudo o que se pode dizer de verdadeiro sobre a doença, a botânica não pode ser definida pela soma de todas as verdades que concernem às plantas”. Há, para isso, duas razões: primeiro, a botânica ou a medicina como qualquer outra disciplina, “são feitas tanto de erros como de verdades, erros que não são resíduos ou corpos estranhos, mas que tem funções positivas, uma eficácia histórica, um papel muitas vezes indissociável daquele das verdades. Mas, além disso, para que uma proposição pertença à botânica ou à patologia, é preciso que ela responda a condições, em um sentido mais estritas e mais complexas, do que a pura e simples verdade: em todo o caso há condições diferentes”. (FOUCAULT, 1996, p. 31)

Dentro de um determinado campo do saber, dentro de uma disciplina, poderíamos supor que a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que tem por função conjurar seus poderes e perigos. Em todas as sociedades, pode-se dominar tais discursos a ponto de poder manipulá-los. E o lugar mais efetivo para isso é o ensino. Sabe-se que a educação, embora seja, de direito, um instrumento graças ao qual todo indivíduo, em uma sociedade como a nossa, pode

⁴⁰ Para isso é necessário haver um balanço entre os três princípios limitadores dos discursos: do autor, do comentário e das disciplinas. Princípio este também relativo e móvel. Princípio que permite construir, mas com um jogo restrito. Mas, o princípio da disciplina se opõe também ao do comentário: em uma disciplina, diferentemente do comentário, o que é suposto no ponto de partida, não é um sentido que precisa ser redescoberto, nem uma identidade que deve ser repetida; é aquilo que é requerido para a construção de novos enunciados. (FOUCAULT, 1996, p. 31)

ter acesso a qualquer tipo de discurso, segue, em sua distribuição, no que permite e no que impede, as linhas que estão marcadas pela distância, pelas oposições e lutas sociais. Todo sistema de educação é uma maneira política de manter ou modificar a apropriação dos discursos, como os saberes e os poderes que eles trazem consigo⁴¹.

Toda essa maneira política denota as estratégias que dominam as práticas sociais. A palavra estratégia é correntemente empregada em três sentidos. Primeiramente, para designar a escolha de meios empregados para se chegar a um fim; trata-se da racionalidade empregada para se atingir um *objetivo*. Para designar a maneira pela qual um parceiro, num jogo dado, age em função daquilo que ele pensa dever ser a ação dos outros, e daquilo que ele acredita que os outros pensarão ser dele; em suma, amaneira pela qual tentamos ter uma *vantagem sobre o outro*. Enfim, para designar o conjunto dos procedimentos utilizados num confronto dos procedimentos utilizados em confronto para privar o adversário dos seus meios de combate e reduzi-lo a renunciar à luta; trata-se, então, dos meios destinados a obter a *vitória*. Estas três significações se reúnem nas situações de confronto – guerra ou jogo – onde o objetivo é agir sobre um adversário de tal modo que a luta lhe seja impossível. A estratégia se define então pela escolha das soluções “vencedoras”. Porém, é necessário ter em mente que se trata de um tipo bem particular de situação; e que há outros em que se devem manter distinção entre os diferentes sentidos da palavra estratégia.

Ao nos referirmos ao primeiro sentido indicado, podemos chamar “estratégia” de poder. Ao conjunto dos meios operados para fazer funcionar ou manter um dispositivo de poder. Podemos também falar de estratégia própria às relações de poder na medida em que estas constituem modos de ação sobre a ação possível, eventual, suposta dos outros. Podemos então decifrar em termos de “estratégia” os mecanismos utilizados nas relações de poder. Em suma toda estratégia de confronto sonha em tornar-se relação de poder; e toda relação de poder inclina-se, tanto ao seguir sua própria linha de desenvolvimento quanto ao se deparar com resistências frontais, tornar-se estratégia vencedora. Ambas leituras que fazem parecer os fenômenos fundamentais de “dominação” que é a história apresentada em grande parte das sociedades

⁴¹ Entretanto, para localizar práticas positivas de operação de poder não reconhecidas, para pensá-las ao nível de seu funcionamento efetivo, Foucault valeu-se de conceitos tais como “dispositivos”, eles mesmos produtores de “mais-valia” de poder. Ou seja, “dispositivo” é um conceito criado para dar conta do funcionamento positivo de um conjunto de mecanismos em si mesmos instáveis.

humanas. A dominação é uma estrutura global de poder cujas ramificações e conseqüências podemos, encontrar às vezes até na trama mais tênue da sociedade; porém é ao mesmo tempo uma situação estratégica mais ou menos adquirida e solidificada num conjunto histórico de longa data entre adversários.

Tais manifestações são canalizadas através de discursos que fazem parte de diversas dimensões do social, principalmente pode ser encontradas na forma de disciplinas provenientes dos sistemas de educação, das religiões, da ciência, etc. Estes são dispositivos que projetam poderes, cada dentro de seu microcosmo, de uma maneira capilar, de vários pontos particulares a ponto de direcionar as relações de poder. Aqui o poder não tem o mesmo sentido do que o poder do soberano decorrente das teorias clássicas, ora exercida somente de uma maneira vertical, de soberano para súdito, mas, parece funcionar numa relação horizontal, num poder de médico para paciente, professor para aluno, vizinho para vizinho, ou seja, de pessoa para pessoa. (FOUCAULT, 1996b, p.181) Trata-se de um poder disciplinar. Tomamos, por exemplo: hodiernamente, dúvidas triviais a respeito de nossa alimentação – seguiríamos, é claro, as orientações que fizessem mais sentido – seria mais sensato seguir a risca as opiniões de um leigo, ou as de um nutricionista? Precisaríamos conhecer tal nutricionista para aceitar tal informação, ou só basta saber que tal dado visto em qualquer local – numa revista ou jornal – advém de um especialista em alimentação para tal informação ser assimilada? Podemos ver aqui já uma relação de poder⁴² baseada na veracidade de um discurso científico.

Dessa maneira, podemos supor que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que tem por função conjurar determinados poderes, determinados perigos. Mas, o que há enfim, de tão perigoso no fato de as pessoas falarem e de seus discursos proliferarem indefinidamente? Onde, afinal, está o perigo? “Tais procedimentos tentam dominar os acontecimentos aleatórios proveniente dos discursos; tentam esquivar, canalizar essa pesada e terrível materialidade” (FOUCAULT, 1996, p.30).

⁴² Antes mesmo desta opinião especializada, há pouco tempo levaríamos a sério tabus advindos de opiniões tradicionais como aqueles “ditames da avó”: para não se tomar banho após as refeições, ou não misturar manga com leite por seu perigo de morte eminente, etc.

Tais poderes podem criar certos perigos que criam certos procedimentos de exclusão⁴³. O mais evidente, o mais familiar deles é a interdição da palavra, pois, sabemos bem, que “apesar de que haja em nossa sociedade a idéia de liberdade de expressão como direito fundamental, não podemos dizer tudo; não podemos falar de tudo em qualquer circunstância, de qualquer um, enfim, não podemos falar de qualquer coisa”. (FOUCAULT, 1996, p.14)

A interdição⁴⁴, do que é dito ou do que é feito pode ser facilmente identificada dentro dos discursos da política e/ou da sexualidade, mesmo que cada vez mais esses dois tipos de discursos se tornem cada vez mais toleráveis do que em outras épocas eles continuam terrivelmente poderosos em seus interditos. A sexualidade ainda determina, o que é considerado normal ou não, de como é constituída uma família para o Direito Oficial, até como poderia ser medida a índole de uma pessoa. Já na política (que com certeza sofre profundas influências da sexualidade), como dissemos anteriormente, há a determinação de diversos fatores da vida social. Até mesmo, quando lemos na Constituição Federal que um cidadão possui direitos políticos, não quer dizer que de imediato ele obterá competência ou reconhecimento da comunidade para tanto. Dependerá de sua posição, de seu papel social, de sua identidade, de sua imagem suas faculdades e possibilidades no interior da própria sociedade, limitando-se nas idéias correntes nela ou não (padrão cultural/epistemes) e do que é esperado das ações dele. Dependerá do conjunto de relações de poder (ações possíveis) que envolvem sua pessoa, tanto valores estéticos, quanto econômicos, quanto simbólicos que lhe é disponível. Se não for disponível passa a acontecer o perigo de uma exclusão. Uma interdição, que pode ser uma interrupção, ou uma suspensão na potência do sujeito. Cessando determinado grau de liberdade. Dessa maneira, as interdições que atingem a política e a sexualidade revelam logo sua ligação com o desejo e o poder:

o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é também, aquilo que é o objeto do desejo e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduza as lutas ou sistemas de dominação, mas a-

⁴³ Um procedimento de exclusão que se encontra no jogo entre interdição, separação/rejeição e a oposição entre verdadeiro e falso.

⁴⁴ E é através de um tabu do objeto da fala, ou por causa de um ritual da circunstância, ou do direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala que encontramos o jogo de três tipos de interdições que se cruzam, se reforçam e se compensam, formando uma grade complexa que não cessa de se modificar. (FOUCAULT, 1996, p.9)

quilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos nos apoderar. (FOUCAULT, 1996, p.10)

Nos apoderamos de discursos por causa de uma vontade de verdade, algo que coletivamente tem como resultado as práticas ligadas a uma determinada *vontade de saber* da sociedade que em sua sistematicidade têm-se a concentração, controle e circulação de saberes. Numa textualidade condicionada por uma ordem de pensamento característica de uma semiose comum de uma determinada época e local produzem-se subjetividades; e dentre estas, aquelas que não se encaixam em tal *episteme* tem a sua “loucura” reconhecida, pelo discurso médico jurídico já que é através de suas palavras que se enxerga a loucura de um louco. E nas medidas tomadas a respeito de rejeitar e separar este “louco”, anormal da sociedade é onde se encontra a segunda forma de exclusão da ordem dos discursos. Tal indivíduo passa a ser separado, e após investigações feitas por um médico, à sua mente, ele passa a ser considerado alienado e então suas palavras param de ser consideradas. Tal “louco” encontra-se rejeitado, condenado ao silêncio do manicômio. Numa estrutura “semi-jurídica”, num microcosmo judiciário, o louco dentro do asilo passa por procedimentos de inquérito, por castigos e por julgamento onde lhe é negada a sua autonomia de responder por si só passa a ser desconsiderado seus atos da vida civil, tanto como fazer atos ou negócios jurídicos (incapacidade jurídica), até a perda de valor das palavras de seu testemunho. Pois é sempre na manutenção da censura que a escuta se exerce. Assim, normas e anomalias passam a ser percebidas, discutidas, hierarquizadas, surge um amplo conjunto de teorias para regulamentar a vida sexual das pessoas e das populações.

Diretamente: essa implantação das perversões múltiplas não é zombaria da sexualidade, a vingança contra um poder que lhe imponha uma lei por demais repressiva. Também não se trata de formas paradoxais de prazer que se voltem para o poder, investindo sobre ele na forma de outro “prazer a experimentar” A implantação das perversões é um efeito instrumento: é através do isolamento, da intensificação e da consolidação das sexualidades periféricas que as relações do poder com o sexo e o prazer se ramificam e multiplicam, medem o corpo e penetram nas condutas. E nesse avanço dos poderes, fixam sexualidades disseminadas, rotuladas segundo uma idade, um lugar um gosto, um tipo de prática. Proliferação das sexualidades por extensão do poder: majoração do poder ao qual cada uma dessas sexualidades regionais dá um campo de intervenção: essa conexão, sobretudo a partir do século XIX é garantida, e relançada pelos inumeráveis lucros econômicos que, por intermédio da medicina, da psiquiatria, da prostituição e da pornografia, vinculam-se o tempo ao mesmo tempo a essa concentração analítica do poder e a essa majoração do poder que o controla. Prazer e poder não se anulam; não

se voltam um contra o outro; seguem-se, entrelaçam-se e se reúnem. Encaixam-se através de mecanismos complexos e positivos, de excitação e de incitação. (FOUCAULT, 1988, p. 48)

Já como terceiro sistema de exclusão Foucault, a par dos outros tipos, considera que seja arriscado considerar a oposição do verdadeiro e do falso como tal. Como é que se pode razoavelmente comparar o constrangimento da verdade com as partilhas referidas, partilhas que à partida são arbitrárias, ou que, quando muito, se organizam em torno de contingências históricas; que não são apenas modificáveis, mas estão em perpétuo deslocamento; que são sustentadas por todo um sistema de instituições que as impõem e as reconduzem; que, ao fim e ao cabo, não se exercem sem constrangimento, ou pelo menos sem um pouco de violência. Verdadeiro e falso aqui, deveríamos nos ater, nos lembrar de que: que uma mentira não é a mesma coisa que algo falso, pois, ela causa efeitos na realidade, na sociedade. Tanto que dentro de “verdades” criadas podemos encontrar abstrações. É claro que, colocando-nos, no interior de um discurso, ao nível de uma proposição, a partilha entre o verdadeiro e o falso não é nem arbitrária, nem modificável, nem institucional, nem violenta. Mas, numa outra escala, se nos pusermos à questão de *saber*, no interior dos nossos discursos, qual foi, qual é, constantemente, essa *vontade de verdade* que atravessou tantos séculos da nossa história, ou, na sua forma muito geral, qual o tipo de partilha que rege a nossa *vontade de saber*, então talvez vejamos desenhar-se qualquer coisa como um sistema de exclusão (sistema histórico, modificável, institucionalmente constrangedor).

No imediato, gostaria de deter-me no terceiro sistema de exclusão. Considerá-lo-ei de duas maneiras. Por um lado, gostaria de descobrir como é que foi feita esta escolha da verdade e também como é que ela foi repetida, reconduzida, deslocada — uma verdade no interior da qual nós estamos retidos, mas que é por nós incessantemente renovada ; deter-me-ei inicialmente na época da sofística e do seu início com Sócrates, ou pelo menos com a filosofia platónica, para ver como é que o discurso eficaz, o discurso ritual, o discurso que detém poderes e perigos, como é que ele se orientou pouco a pouco na direção de uma partilha entre discurso verdadeiro e discurso falso.[...]

Partilha historicamente constituída, por certo. Pois, ainda nos poetas gregos do século VI, o discurso verdadeiro — no sentido forte e valorizado da palavra —, o discurso verdadeiro pelo qual se tinha respeito e terror, ao qual era necessário submeter-se, porque reinava, era o discurso pronunciado por quem de direito e segundo o ritual requerido; era o discurso que dizia a justiça e atribuía a cada um a sua parte; era o discurso que, profetizando o futuro, não apenas anunciava o que haveria de passar-se, mas contribuía para a sua realização, obtinha a adesão dos homens e desse modo se entretecia com o destino. Ora, um século mais tarde, a maior das verdades já não estava naquilo que o discurso era ou naquilo que *fazia*, mas sim naquilo que o discurs-

so *dizia*: chegou porém o dia em que a verdade se deslocou do ato ritualizado de enunciação, eficaz e justo, para o próprio enunciado: para o seu sentido, a sua forma, o seu objeto, a sua relação à referência. Entre Hesíodo e Platão, uma certa partilha se estabeleceu, separando o discurso verdadeiro e o discurso falso; nova partilha, uma vez que daí em diante o discurso verdadeiro deixa de ser o discurso valioso e desejável, uma vez que o discurso verdadeiro já não é o discurso ligado ao exercício do poder. O sofista é encurralado. (FOUCAULT, 1996, p.15)

Tal vontade de saber, onde há a concentração de discursos sobre o mundo natural e principalmente sobre o homem, criando-se praticamente dispositivos de “escuta”; Foucault percebe que estamos na era da *Scientia Sexualis*, onde se guarda informações sobre as relações humanas de toda natureza, compreendendo toda a linguagem do corpo, sua sexualidade, tendo cada vez mais como objetivo entender a sua mente. (FOUCAULT, 1988, p. 51) Aqui, Foucault percebe que na modernidade não impera a repressão e que ao mesmo tempo não vivemos tempos de libertação. Na verdade, que saímos do silêncio e da indiferença para entrar num campo de “explosão discursiva”, através do qual passa a existir uma convocação geral à vida tanto corporal quanto espiritual, doravante sujeita a regulações, controles cálculos, apreciações de ordem moral, higiênicas, médicas, todas manifestações de poder do dispositivo da sexualidade.

Dessa maneira, há formas de emprego das linguagens, que implicam uma outra instância de poder, que permite aos demais indivíduos classificar e qualificar o sujeito enunciatador. O emissor, ainda que voluntariamente, é reconhecido pelo que representa (pelo estilo em que emprega as linguagens oral, comportamental, de vestuário, etc.), num processo que é, via de regra, imediato e inconsciente. Este “postar-se na ribalta” da realidade social, constrói um estranho fenômeno de “leitura dos indivíduos”: pode-se identificar sua posição no estrato social, bem como, por vezes, sua atividade profissional, etc. (MAMEDE, 1995, p. 47)

A troca e a comunicação são figuras positivas que atuam no interior de sistemas complexos de restrição; e sem dúvida não poderiam funcionar sem estes. A forma mais superficial e mais visível desses sistemas de restrição é constituída pelo que se pode agrupar sobre o nome de ritual; o ritual define a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam (e que, no jogo de um diálogo, da interrogação, da recitação, devem ocupar determinada posição e formular determinado tipo de enunciados); define os gestos, os comportamentos, as circunstâncias, e todos os conjuntos de signos que devem acompanhar o discurso; fixa, enfim, a eficácia suposta ou imposta das palavras, seu efeito sobre aqueles aos quais se dirigem, os limites de seu valor de coerção. Os discursos religiosos, judiciários, terapêuticos e, em parte tam-

bém, políticos não podem ser dissociados dessa prática de um ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis pré-estabelecidos. (FOUCAULT, 1996, p.39)

Para ele o autor é aquele que dá à linguagem seus nós de coerência, sua inserção no real. Principalmente na ordem do discurso científico as proposições recebem de seu autor seu valor científico. Mas este princípio não é constante, pois existem ao nosso redor, muitos discursos que circulam, sem receber seu sentido ou sua eficácia de um autor ao qual seriam atribuídos: conversas cotidianas, logo apagadas; decretos ou contratos que precisam de signatários, mas não de autor, receitas técnicas transmitidas no anonimato, frases prontas, sacadas publicitárias, etc. Da mesma maneira que seria absurdo negar, é claro, a existência do indivíduo que escreve e inventa. O legislador, e aquilo que ele escreve e o que não escreve, faz parte do jurídico, faz parte da forma, das conseqüências da estrutura que se faz do sistema jurídico. Além de tudo, o que é redigido por ele recebe sérias influências de sua individualidade, seus interesses, o interesse de seus aliados e suas inclinações políticas.

Os rituais da palavra, as sociedades do discurso, os grupos doutrinários e as apropriações sociais, na maior parte do tempo, se ligam uns aos outros e constituem espécies de grandes edifícios que garantem a distribuição dos sujeitos que falam nos diferentes tipos de discurso e apropriação dos discursos por certas categorias de sujeitos. Digamos, em uma palavra, que são esses os grandes procedimentos de sujeição do discurso. O que é afinal um sistema de ensino senão uma ritualização da palavra; senão uma qualificação e uma fixação dos papéis para os sujeitos que falam; senão a constituição de um grupo doutrinário ao menos difuso; senão uma distribuição e uma apropriação do discurso com seus poderes e seus saberes? Que é uma “escritura” (a dos “escritores”) senão um sistema semelhante de sujeição, que toma formas um pouco diferentes mas cujos grandes planos são análogos? Não constituiriam o sistema judiciário, o sistema institucional da medicina, eles também, sob certos aspectos, aos menos, tais sistemas de sujeição do discurso?

O discurso nada mais é do que a reverberação de uma verdade nascendo diante de seus próprios olhos; e, quando tudo pode, enfim, tomar a forma do discurso, quando tudo pode ser dito a propósito de tudo, isso se dá por que todas as coisas, tendo manifestada e intercambiada seu sentido, podem voltar à interioridade silenciosa da consciência de ser. O discurs-

so assim, nada mais é do que um jogo, de escritura, no primeiro caso, de leitura, no segundo, de troca, no terceiro,

Quando há um grupo que possui um domínio discursivo fechado estamos falando das “sociedades de discurso”, cuja função é conservar ou produzir discursos para fazê-los circular em um espaço fechado, os distribuindo somente segundo regras escritas, sem que seus detentores sejam despossuídos por essa distribuição. Lembremos as sociedades secretas, sociedades o segredo técnico ou científico, as formas de difusão e de circulação do discurso médico e os que se apropriam do discurso econômico ou político.

À primeira vista, as “doutrinas” (religiosas, jurídicas, políticas, filosóficas constituem o inverso de uma “sociedade de discurso”: nesta, o número dos indivíduos que falavam, mesmo se não fosse fixado, tendia a ser limitado; e só entre eles o discurso podia circular e ser transmitido. A doutrina, ao contrário, tende a difundir-se; e é pela partilha de um só e mesmo conjunto de discursos que indivíduos, tão numerosos quanto se queira imaginar, definem sua pertença recíproca. Aparentemente, a única condição requerida é o reconhecimento das mesmas verdades e a aceitação de certa regra – mais ou menos flexível – de conformidade com os discursos validados; se fossem apenas isto, as doutrinas não seriam tão diferentes das disciplinas científicas, e o controle discursivo trataria somente da forma ou do conteúdo do enunciado, não do sujeito que fala. Ora, a pertença doutrinária questiona ao mesmo tempo o enunciado e o sujeito que fala, e através do outro. Questiona o sujeito que fala através e a partir do enunciado, como provam os procedimentos de exclusão e os mecanismos de rejeição que entram em jogo quando um sujeito que fala formula um ou vários enunciados inassimiláveis; a heresia e a ortodoxia não derivam de um exagero fanático dos mecanismos doutrinários, elas lhes pertencem fundamentalmente. Mas, inversamente, a doutrina questiona os enunciados a partir dos sujeitos que falam na medida em que a doutrina vale sempre como o sinal, manifestação e o instrumento de uma pertença prévia – pertença de classe, de status social ou de raça, de nacionalidade ou de interesse, de luta, de revolta, de resistência ou de aceitação. A doutrina liga os indivíduos a certos tipos de enunciação e lhes proíbe, conseqüentemente, todos os outros; mas ela se serve de contrapartida, de certos tipos de enunciação para ligar indivíduos entre si e diferenciá-los, por isso mesmo, de todos os outros. A doutrina realiza uma dupla sujeição: dos sujeitos que falam aos discursos e dos discursos ou grupo, ao menos virtual, dos indivíduos que falam.

CAPÍTULO 3

A razão de Estado e o estado de exceção permanente.

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX “ainda” sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção da história da qual emana tal assombro é insustentável.

Walter Benjamin

O discurso jurídico tem o poder de fazer dever, isto é, impõe ao cidadão um dever, seja o dever de fazer (obrigação), seja o dever de não fazer alguma coisa (proibição). Dessa maneira, pode-se dizer que o discurso jurídico é aquele que institui socialmente, por meio de normas o conjunto das práticas obrigatórias e das práticas proibidas, bem como as punições para a transgressão dessas. Assim a estrutura modal do discurso jurídico é *poder fazer dever*. Especificamente, é um discurso social, cujo emissor e receptor são tidos como coletivos, pois o emissor-ator representa o papel (actante) de todo um segmento social ou mesmo de toda uma sociedade. O emissor-ator de uma lei ou decreto é o legislador (o parlamentar que redigiu o texto legal), mas o emissor-actante desse discurso é a própria Nação, representada pela instituição do Parlamento, em nome da qual o legislador legisla⁴⁵. Entretanto, para uma interpretação dos discursos, dogmas, idéias dentro do saber jurídico e a construção deste, a crítica mais pertinente que se pode fazer à história jurídica tradicional não é tanto a do seu *formalismo*,

⁴⁵ Por outro lado, ter um receptor coletivo significa que o destinatário desse discurso não é um indivíduo isolado, e sim, mas um grupo aberto e indeterminado de pessoas, que chamamos de público ou massa. Dessa forma, atividades culturais caracterizam-se por serem atividades produtoras de discursos dirigidos ao público ou à massa. Em muitos casos, o público alvo de um discurso social assume dimensões tais que se torna inviável o contato direto entre emissor e receptor, de modo que a veiculação desse tipo de discurso tem de ser feita pelos chamados meios de comunicação de massa, como os jornais, as revistas, o rádio, a televisão, etc. Assim um bom critério de

mas sobretudo a do seu *dogmatismo*. Enquanto que o primeiro pode mesmo constituir uma atitude positiva, no sentido de salvaguardar a autonomia do nível jurídico-institucional e de evitar cair em determinismos redutores, o segundo impede toda a contextualização histórica, pois as instituições ou os dogmas doutrinários aparecem como modelos necessários (e, logo, a-históricos) decorrentes da natureza das coisas ou da evidência racional. Em contrapartida, a orientação proposta, ao relativizar os modelos jurídicos-institucionais, convida a uma perspectiva histórica, a uma leitura no contexto da história das formas culturais e, naturalmente do enraizamento destas em contextos práticos. Pode-se acrescentar, ainda, que a história das idéias cultiva uma centralidade do sujeito (do “autor”) que está completamente ausente da perspectiva aqui proposta. Ao sujeito substitui-se o discurso, os contextos discursivos, a força dos textos como esquemas que modelam a percepção e a avaliação dos autores, os próprios dispositivos materiais de comunicação. Nada pode estar mais longe da concepção tradicional, aquela de que o autor era decisivo na compreensão da história dos saberes. Aqui se tem atenção aos discursos que circulam através de práticas, hábitos (*doxa*) dos juristas e do seu campo de luta semiótico. Os hábitos daqui poderiam ser identificados com “*Habitus* – tal como é conhecido por Pierre Bourdieu, por um lado, constituem uma realidade estruturada (pelas condições de uma prática discursiva embebida em dispositivos textuais, institucionais e sociais específicos), que incorpora esquemas intelectuais cuja adequação ao ambiente fora comprovada. Mas, por outro, constituem uma realidade estruturante que continua a operar para o futuro, inculcando esquemas de apreensão, avaliação e ação”. (HESPANHA, 2005, p. 77)

Entretanto, no discurso jurídico é comum a presença de cargas valorativas (emotivas) de linguagem. Através das cargas emotivas, pretende-se aproximar o receptor das mensagens no campo das referências valorativas do emissor, encobrando a atitude valorativa com roupagens descritivas (acentuando no processo de comunicação o peso denotativo do significado) para facilitar sua aceitação. Assim, os valores são apresentados como dados referenciais transformados em substância. Pois, sob aparência de definições empíricas, as definições persuasivas encobrem juízos de valor. Diferentes graus de calor e frieza, e com finos matizes quando se trata de mostrar aprovação ou desaprovação, elogio ou crítica, respeito ou desprezo, admiração ou ironia, amor ou ódio. Tais palavras são empregadas na persuasão e com frequência,

tipificação semiótica dos discursos culturais pode ser o papel por eles desempenhado nos meios de comunicação. (BIZZOCHI, 2003, p. 25).

são úteis porque sua função persuasiva está fundida na sua função descritiva. Aquele que escuta pode facilmente sem se dar conta que está sendo submetido a um processo de persuasão. Muitas vezes, as definições persuasivas possuem estereótipos, que são contextualmente construídos por meio de alguns conteúdos axiológicos e ideológicos. Quando o legislador introduz estereótipos nas normas gerais, como por exemplo, “abuso de direito”, “legítima defesa”, está autorizando os juízes a produzirem, em suas sentenças, definições persuasivas.

No âmbito do direito civil, a noção de “abuso de direito pode ser vista como uma definição persuasiva que expressa as crenças valorativas e ideológicas do juiz sobre o modo como os proprietários exercem seus privilégios. Nesta perspectiva, o juiz ao utilizar tais expressões em suas sentenças produz uma definição. O erro da doutrina clássica frente ao conceito de “abuso de direito” constitui em procurar uma definição abstrata do mesmo. Enormes bibliotecas testemunham a inutilidade de tal busca.

As definições abstratas dos estereótipos têm como inconveniente a esclerose de certos juízos valorativos como eternos e imutáveis. Desta forma *intenta-se a perpetuação da ordem existente*. Portanto, a análise das cargas valorativas dos termos constitui um elemento indispensável para a detecção das justificações e legitimações travestidas de explicações, quando se procura efetuar leituras ideológicas dos discursos jurídicos.[...]

A estereotipação de um conceito é produto de um longo processo de persuasão, de uma somatória de discursos e definições persuasivas que provocam a total dependência do termo estereotipado, a uma relação evocativa ideologicamente determinada. Ou seja, o estereótipo sempre transmite uma mensagem de dominação. (aceitação de uma ideologia).

Todo signo da linguagem contém uma instância ideológica da significação. A particularidade do estereótipo consiste no fato de haver tornado ausente ou esclerosada a significação de base. [...] (WARAT, 1995, p. 71-72).

Desta forma, por meio do processo de estereotipação são criadas as condições discursivas do senso comum teórico dos juristas. E em torno dos estereótipos, podemos afirmar que eles não se subscrevem aos signos; as sentenças, os discursos, as pessoas ou classe de pessoas podem ser objetos de processos de estereotipação. Aqui Warat nos descreve alguns estereótipos comuns no discurso jurídico:

Indicaremos, agora, algumas das opiniões jurídicas generalizadas provocadas pelos estereótipos jurídicos; 1) à idéia de que a ordem jurídica nos fornece segurança; 2) a noção de que o sistema de direito positivo é a garantia da paz social; 3) a necessidade adaptação ao modelo que os discursos jurídicos insinuam; 4) a idéia de que o direito circunscreve as tensões sociais dentro de um marco de pequenos conflitos; 5) a superação dos problemas sociais através de mecanismos equilibrados do sistema social; 6) o direito é o árbitro neutro das disputas entre os homens (neutralidade do direito e do Estado); 7) a transformação da força em legalidade e a dominação em dever; 8) a identificação do poder à lei; 9) identificação da obrigação de obedecer a certos

valores aceitos como “essencialmente justos”; 10) a idéia da finalidade ética da sanção. (WARAT, 1995, p. 73)

De outra maneira, dentro do próprio processo judicial encontramos maneiras de manipular os discursos jurídicos, de criar verdades. Aliás, é o trabalho prático dos juristas! Como a história é escrita, e como ela se fixa em documentos, poder-se-ia dizer como os romances, a história seleciona, simplifica, faz com que um século caiba numa página. Contudo características semelhantes podem ser encontradas nos processos judiciais. Enquanto fonte de pesquisa, estes apresentam ainda uma outra característica. Cada caso analisado é único, pois se constrói na individualidade dos envolvidos e em situações vivenciadas por eles. A noção de acontecimento possibilita compreender como os fatos se encadeiam e como se convertem em “acontecimento”. O acontecimento, não abarca a totalidade dos fatos. Ele é uma descrição e toda descrição é seletiva, implica numa escolha dos elementos que serão narrados. Eles não são um objeto concreto, eles não precisam seguir uma cronologia, aliás, prescindem dela. Cada acontecimento faz parte de uma trama, e só faz sentido dentro dela, pois ela incide como um corte que se faz da realidade, permitindo a visão de algum de seus aspectos.

Alf Ross, por sua vez sugere para o direito a existência de outro uso ou função da linguagem, denominado *fabulation*, que consiste na apresentação de termos ou enunciados com o único objetivo de fazer crer em determinadas situações inexistentes. Mais do que uma falsidade, deve-se falar agora de uma ficção.

Os atos fabuladores, segundo Ross, são comuns na vida social para dissimular transgressões voluntárias ou involuntárias dos tabus sociais. Os juristas, recorrendo aos atos fabuladores, “fazem crer” na “realidade substancial” de certas instituições e na “racionalidade intrínseca” do direito. Como exemplo, podemos citar o princípio que o juiz não modifica os sentidos da lei.

A fabulação sobre a racionalidade do direito encontra-se apoiada por uma ampla gama de recursos lingüísticos: falácias, tópicos, estereótipos, processos redefinitórios, etc. dos quais ocuparemos a seguir.

Um dos efeitos mais interessantes do uso fabulador é o que permite proclamar a defesa abstrata de certos valores, para logo violá-los ou empregá-los na consolidação de outros valores ou interesses topicamente identificados como os que defende. Assim, por vezes, através da condição fabuladora de sentido, pretende-se fazer acreditar que há uma proteção ao homem em abstrato, esquecendo-se suas condições reais de existência. Estamos desta maneira, diante da lei como garantia formal, o que, por sua vez, não deixa de ser uma engenhosa fórmula de fabulação.

Em suma, mediante os atos fabulatórios, é obtida a coisificação dos sujeitos sociais e a consolidação do poder do Estado, sob a ficção de que seus atos e discursos são realizados em nome de uma vontade geral – Em nome de todos os homens. (WARAT, 1995, p. 69)

Esse mesmo processo de construção da verdade jurídica pode ser ampliada também aos processos, tal *fábula*, pode ser uma ficção que vai sendo construída ao longo do processo a partir das provas e dos depoimentos tomados e que no final pouco ou nada nos permite recuperar da história original. É a leitura de discursos que expressam uma ordenação da realidade. A escolha da palavra *fábula* para designar essa ordenação enfatiza a idéia de que os fatos estão suspensos; de que não há mais a possibilidade de através do processo, revivê-los, fazer a caminhada inversa e chegar aos fatos reais, às relações concretas existentes por detrás de cada crime. Dá ênfase ainda no fato de que um processo é uma conjunção de múltiplas versões todas elas originadas pelo mesmo ato irrecuperável.

Essa possibilidade de múltiplas leituras sobre o mesmo fato, entendida como a leitura de “acontecimentos”, define a possibilidade de focalizar o fato de diferentes ângulos sem que, com isso, o fato original venha a ser alterado. Eis a coisificação dos indivíduos em nome da “vontade geral” que se traduz na razão de Estado.

3.1 A dogmática e a defesa da juris-dição.

Na nossa cultura jurídica, encontramos resquícios de ambas as formas. A lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis acaba produzindo a auto-referência das estruturas legais, confundindo neste conceito as estruturas simbólicas (o direito propriamente dito) e as instituições que o produzem; eleva a representação formal e abstrata, só tendo importância a validade e não a efetividade da norma.

1. A ideologia não exclui a cientificidade. Poucos discursos deram tanto lugar à ideologia quanto do discurso clínico ou da economia política: não é uma razão suficiente para apontar erro, contradição, ausência de objetividade no conjunto de seus enunciados.
2. As contradições, as lacunas, as falhas teóricas podem assinalar o funcionamento ideológico de uma ciência (ou de um discurso com pretensão científica); podem permitir determinar em que ponto do edifício esse funcionamento se dá. Mas, a análise de tal funcionamento deve ser feita no nível da positividade e das relações entre as regras de formação e as estruturas da cientificidade.
3. Corrigindo-se, retificando seus erros, condensando suas formalizações, um discurso não anula forçosamente sua relação com a ideologia. O papel da ideologia não diminui à medida que cresce o rigor e que se dissipa a realidade.

4. Estudar o funcionamento ideológico de uma ciência para fazê-lo aparecer e para modificá-lo não é revelar os pressupostos filosóficos que podem habitá-lo; não é retornar aos fundamentos que a tornaram possível e que a legitimam: é colocá-la novamente em questão como formação discursiva; é estudar não as contradições formais de suas proposições, mas o sistema de formação de seus objetos, tipos de enunciação, conceitos e escolhas teóricas. É retomá-la como prática entre outras práticas. (FOUCAULT, 2005, p. 208).

Por sua linguagem, o princípio de sua transformação só encontrado no interior das lutas ligadas aos interesses associados às diferentes posições. A hermenêutica jurídica, quer dizer, a prática teórica de interpretação de textos jurídicos não tem nela própria sua finalidade, ela é somente utilizada para fins práticos, procedimentais, assim, as divergências entre os “interpretes autorizados” são necessariamente limitados e a coexistência de uma pluralidade de normas jurídicas concorrentes está excluída por definição da própria ordem jurídica.

A ambição do positivismo jurídico é assumir uma atitude neutra diante do direito, para estudá-lo assim como é, e não como deveria ser, isto é, ser uma teoria e não uma ideologia. Pois bem, podemos dizer que ele não conseguiu ser integralmente fiel a esse propósito, pois na realidade ele parece não só um certo modo de entender o direito, como também um certo modo de querer o direito; parece, portanto, não somente uma teoria, mas também uma ideologia. (BOBBIO, 1995, p. 224)

Dada a impossibilidade de ser realidade o que Kelsen havia proposto (quanto à neutralidade política), não há uma autonomia absoluta em relação às pressões externas, por causa do desvio entre os veredictos armados do poder e as intuições ingênuas da equidade com seu cunho universal e abstrato. Encontramos ainda, relações de força dada a discrepância entre o direito positivo e a realidade social. E como resultado dessa luta, mesmo que lentamente, o direito social vai ganhando espaço em cada momento do estado de relação de forças no *corpus jurídico*, quando este sanciona as conquistas dos dominados, convertidas deste modo em saber adequado e reconhecido – essa ambigüidade acaba contribuindo para a eficácia simbólica do sistema, anestesiando a reivindicações da sociedade.

Podemos observar que o formalismo e o instrumentalismo, que na *práxis*, os agentes insistem a separar a prática da teoria⁴⁶, concebendo o direito sob uma perspectiva monista, ou

⁴⁶ Numa utilidade dogmática, a construção de uma reflexão sobre o direito, esforça-se por oferecer aos práticos uma espécie axiomática de referência que permite organizar racionalmente as soluções. O direito disperso nas suas práticas, encontra o ideal da sua unidade na doutrina que dá consistência à idéia de que o direito existe efetivamente como sistema dedutivo. A teoria desempenha, assim, um papel orgânico na economia de um sistema jurídico; ela permite, em particular satisfazer a necessidade de segurança jurídica. No momento que se tem atos

seja, à maneira de uma “Teoria Pura do Direito”, acaba, através do processo histórico, sendo um reflexo e utensílio a serviço dos dominantes no momento em que se nega, ignora, a íntima relação do direito e a política. Eis de anotar aqui já uma ressalva, de que a Teoria Pura de Kelsen desempenhou um papel crítico na conjuntura da primeira metade do século XX, pois mostrou que um direito como um sistema era apesar de tudo, possível, e em ter descrito as suas condições de possibilidade. Como uma filosofia do direito deve ser. O problema é que a partir de uma determinada conjuntura histórica, a reivindicação de justiça tem se tornado ameaçadora para o próprio Direito posto.

Há tempos muitos estudiosos do direito dizem em seus trabalhos que passamos por uma “crise no direito”. Essa designação é devida à questão do modelo hoje imperante de pesquisa jurídica no Brasil e suas características notáveis. Acusam que o direito como disciplina acadêmica não tem conseguido acompanhar o vigoroso crescimento qualitativo da pesquisa científica das outras ciências humanas nos últimos cinquenta anos, mesmo com o vertiginoso aumento das faculdades de direito no país. Que tal relativo atraso deveu-se, sobretudo, a uma combinação de dois fatores fundamentais: o isolamento em relação às outras disciplinas das ciências humanas (psicognosis) e uma peculiar confusão entre prática profissional e pesquisa científica.

Tais bloqueios somente começam a se modificar na década de 90, decorrente do crescente interesse internacional pelo direito devido à globalização (novas preocupações mundiais), os efeitos sociais da Constituição Federal que se tornou referência central no debate político. Por fim a abertura das faculdades de direito ao conhecimento interdisciplinar, que amplia em especial a dogmática e, portanto, seu campo de aplicação de modo que os pontos de vista da sociologia, da história, da antropologia, da filosofia ou da ciência política não sejam exteriores, tampouco “auxiliares”, mas se incorporem à investigação como momento constitutivos.

Todavia, entre os teóricos do direito, vigendo o dogma da autoridade (como autoridade também se exige para poder legislar, e por conseguinte, poder reformar a legislação),

de inflação normativa (devido ao grande fluxo de normas jurídicas criadas em nossa época: de medidas provisórias, súmulas vinculantes, entre outros instrumentos de legislação) com o intuito de fazer pequenos reparos no sistema com o intuito/resultado de criar certa segurança jurídica para a camada mais influente da população, cria-se um obstáculo à transformação do sistema jurídico.

uma visão do real (uma tradução jurídica do social) só será revista por autor que goze de maior aceitabilidade (ou no mínimo, semelhante), constituindo um grande entrave para a atualização do discurso jurídico. Esta “maior aceitabilidade” é ditada pelos aspectos mercadológicos, dentro da própria lógica da “Indústria Cultural do Direito” que determina a circulação de sentido dentro do próprio campo jurídico. Aqui poderíamos nos ater a obras que expressam o senso comum teórico dos juristas, que são vendidas por se dirigir às técnicas, práticas, à jurisprudência, e por serem menos complicadas como sinopses, resumos, etc.

Dessa maneira, há certo subdesenvolvimento cultural que eclode na banalização do curso de direito. No entanto, os juristas e a maioria dos historiadores do direito concebem a história do direito como a história do desenvolvimento interno de seus conceitos, apreendendo o direito como sistema fechado e autônomo cujo desenvolvimento só pode ser comprometido segundo a sua dinâmica interna. Assim, o direito está “profundamente imbricado na própria base das relações produtivas: a preocupação de situar o direito no lugar profundo das forças históricas impede mais uma vez que se apreenda na sua especificidade o universo social em que ele se produz e se exerce”. (BOURDIEU, 1998, p. 211)

A doutrina reflete as práticas jurídicas no quadro e no sentido da manutenção de uma “juris-dição” determinada. Não lhe pertence discuti-la, menos ainda avaliá-la. “A doutrina é naturalmente conservadora, não lho se não pode censurar. Um outro trabalho reflexivo é necessário. Todo o sistema jurídico está imerso na história, *faz-se, desfazendo-se.*” (EWALD, 2000, p.65, grifo nosso).

Por não se distinguirem a ordem propriamente simbólica das normas e das doutrinas, ou seja, o campo das tomadas de posição ou espaço dos possíveis reproduz uma ordem de relações objetivas entre os agentes e as instituições em concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito encerrando potencialidades objetivas de desenvolvimento e até mesmo direções de mudança, quando, além do mais, combinados com a produção acadêmica que reitera um conhecimento cíclico baseando-se nos limites da doutrina como, por exemplo: no campo da produção dogmática nosso direito penal pátrio.

Aqui com oportunismo nos apoderamos do conceito de ordem dogmática, que é um conceito valorizado na teoria jurídica por Pierre Legendre, para quem “o direito não é uma simples gestão instrumental da sociedade, mas a modelagem dos sujeitos sociais pela ‘técnica

do *faire-croire* (ilusão) e pela lógica da submissão’, que estipula uma ordem dogmática⁴⁷, e das instituições próprias para garantir perenidade e reprodução. (ARNAUD, 1999, p. 284) Auxiliado pela psicanálise, o autor quer compreender este modo de “fechamento da sociedade”, esta “domesticação” dos sujeitos que postulam o amor pela subordinação no coração do povo através do amor pela lei e da interiorização da censura e do proibido, que constituem os dois pilares sobre os quais repousa a ordem dogmática.

A ordem jurídica dogmática na sociedade burguesa é uma ordem religiosa, tornada laica, revisada; o momento histórico de sua gênese desponta na Idade Média. Sistematizando a análise de Michel Foucault, Legendre se interessa pelo não dito no sistema jurídico, desnudando a lógica que leva à “maquiagem” sob a forma de atualização, incluindo o respeito pela ordem dogmática, incluindo o respeito pela ordem dogmática e pelo amor do censor. A lei encontra seu fundamento através da ameaça do desejo do sujeito, e o jurista está lá para “anular o desejo, ao mesmo tempo, que desvia a infelicidade da abstinência”, para recompensar e se responsabilizar pelo sujeito de uma maneira sistemática e autoritária, chegando até a codificar a regulamentação da rebelião. Ele está ali para fazer com que o censor seja amado. Compreende-se então a importância do discurso jurídico, que “se organiza para peneirar a verdade” O projeto de Legendre é de mostrar que, em uma civilização ocidental – considerada como um sistema unitário – existe um isomorfismo entre a estrutura da ordem canônica medieval (caracterizada pelo enunciado da ciência pela autoridade) e da burocracia atual que o processo de submissão ao censor não destruiu⁴⁸. (ARNAUD, 1999, p. 284)

Ewald nos explica; que as *regras de juízo*, presentes no trabalhos de Foucault, podem ser comparadas com a *norma fundamental* em Kelsen. Tal como a norma fundamental ela é a condição de possibilidade de uma ordem jurídica: reside no princípio de distinção entre fato e direito Ou seja, ela é suposta, não como princípio, mas como uma instância reflexiva, uma referência exigida. Mas ao contrário da norma fundamental que lhe resiste, a regra de juízo é atravessada pela história, não estando na base da “pirâmide”, trata-se antes de uma maneira de pensar, ao mesmo tempo transcendentais e históricas, bastando que um juízo derive de uma fonte reconhecida do direito para que leve o carimbo de jurídico. A idéia de regra de juízo pode exprimir-se pela fórmula de que não existe direito positivo (positivo) sem um direito do direito (o tipo de racionalidade através do qual se refletem as práticas do direito positivo) Pois, para uma ordem jurídica dada, o “direito” encontra-se menos nos enunciados normativos que nas regras que os constituem como jurídicos. (EWALD, 2000, p.65)

⁴⁷ Ordem que a sociedade estipula e que é fundamentada na interiorização da censura e do proibido.

Não se trata de denunciar a constitutiva inadequação do direito ao fato, o direito como instrumento de dominação de uma classe sobre outra, mas sim, a questão crítica não se põe ao direito por referência à sociedade, mas por referência à história, ao fato da historicidade do direito. Pois, as práticas jurídicas tendem constantemente a modificar e a escapar ao tipo de jurisdição do qual dependem e que constitui sua juridicidade; a conjuntura histórica, social, econômica, e epistemológica em cujo seio se inscrevem as práticas do direito muda ela também. Se bem que, a todo o momento, estas práticas do juízo chamadas direito corram o risco de já não serem mais do que práticas do poder, da legalidade, da coerção ou da regulamentação.

O fenômeno jurídico como um sistema simbólico pode ser visto com características ora predominantemente estruturais, ora com características predominantemente funcionais. E o discurso jurídico aplicado no campo dos acontecimentos sociais, nos dois casos como sistema simbólico ele assume fortes conotações ideológicas, ao passo de ser considerado como mecanismo de dominação social. Pois, entre as perspectivas estruturais e funcionais é onde se oscila a luta pela hegemonia simbólica de dizer o direito num processo contínuo de contradição. E é esta contradição, que a idéia de campo jurídico⁴⁹ procura superar:

As práticas e discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de forças específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, desse modo, o universo das soluções propriamente jurídicas. (BOURDIEU, 1998, p. 211)

Estando relacionadas sincronicamente, estas forças simbólicas que especificam a estrutura do campo jurídico podem ser, com ressalvas, de natureza, científica, ideológica e filosófica. Pois, o jurídico só se torna possível pelo reconhecimento ideológico da homologia existente entre as estruturas e funções, ou seja, entre seus esquemas lógicos e suas funções sociais. Ou seja, os dilemas que envolvem a explicitação do campo jurídico referem-se ao

⁴⁸ Tal isomorfismo nos remonta a questão da *auctoritas*, que deriva diretamente da condição de *pater auctoritas* desde o antigo Direito Romano. (AGAMBEN, 2003, p. 119)

⁴⁹ Para Bourdieu, entretanto, o campo jurídico é “un espacio social específico em el que um conjunto de relaciones o um sistema de posiciones sociales se definen de acuerdo a um tipo especial de poder o capital específico, detentado por los agentes que entran en lucha o en competencia, que ‘juegan’ em esse espacio social”. (BOURDIEU, 2000, p.14).

monopólio de dizer o direito⁵⁰, em que se defrontam, de um lado, o jurista analítico e dogmático e, do outro, o pragmático e hermenêutico. O primeiro, preocupado com a construção doutrinária é analítico (Teoria Pura do Direito) e tenta mascarar os paradoxos ou pretende purificá-los das influências políticas. Já o segundo, pragmático-hermenêutico, assimila os paradoxos, mas não consegue solucioná-los. Ora a noção de campo jurídico através de tal lógica paradoxal, superar essa dicotomia, onde agentes e instituições envolvidos passam a reconhecer previamente a lógica positiva da ciência em correspondência com a lógica normativa da moral.

Contudo, as contradições simbólicas dentro do campo jurídico adquirem conotações diferentes, quando entra em pauta a discussão sobre o “teórico” e o “prático” dentro da experiência social, pois em ambos os casos, os aspectos interpretativos assumem diferentes feições do capital simbólico, pois enquanto os teóricos se preocupam com a sintaxe estrutural dos diferentes institutos, juízes e advogados ficam restritos aos aspectos pragmáticos das leis.⁵¹

Tal paradoxo é freqüente no discurso jurídico, a separação entre a teoria e a prática, entre “o que é” e “o que deve ser”. Habitualmente tal contraposição, é utilizada como desculpa, principalmente através do dizer corrente “a teoria na prática é outra”, onde a prática seria uma aplicação da teoria e mostra que há uma distância entre dizer “como as coisas são” e utilizar essa elaboração para manipular objetos e eventos no mundo. Além de indicar que essa distância tem de ser superada para que se possa “colocar em prática” a teoria. Entretanto, não podemos nos furtar em citar em poucas palavras quando Marcos Nobre fala sobre a necessidade de uma teoria crítica⁵², explicando dialeticamente que:

[...] se fazemos teoria para demonstrar como as coisas devem ser, não conseguimos mostrar como de fato são; se dizemos que as coisas devem ser como

⁵⁰ A idéia jurídica não pode mudar por si só, em cada transformação deve estar sempre uma “*auctoritatis interpositio*”. A decisão não se constitui além ou contra o direito, mas é um aspecto específico da própria norma jurídica, de onde advém sua concretude.

⁵¹ Como resultante, surgem os dois grandes modelos de jurisprudência, a do civil law e do common law, a primeira mais sistemática, e a segunda mais casuística (jurisprudência dos casos). Contudo, ambas sofrendo limitações, na medida em que os processos de racionalização sistêmica das leis ficam a mercê do arbítrio dos legisladores; enquanto que no que se refere ao segundo modelo, comum nos países de tradição anglo-saxônica, colocam-se os magistrados num pedestal de autonomia supostamente privilegiada.

⁵² “o sentido fundamental é o de que não é possível mostrar ‘como as coisas são’ *senão* a partir da perspectiva de ‘como deveriam ser’: ‘crítica’ significa, antes de mais nada, dizer o que é em vista do que *ainda* não é mas *pode* ser. Note-se portanto, que não se trata de um ponto de vista utópico, no sentido de irrealizável ou inalcançável, mas de enxergar no mundo real as suas potencialidades melhores, de compreender o que é tendo em vista o melhor que ele trás embutido em si. Nesse primeiro sentido, o ponto de vista crítico é aquele que vê o que existe da perspectiva do novo que ainda não nasceu, mas que se encontra em germe no próprio existente. [...] o segundo sentido fundamental da crítica: um ponto de vista capaz de apontar e analisar os obstáculos a serem superados para que as potencialidades melhores presentes no existente possam se realizar”. (NOBRE, 2004, p. 10)

de fato são, eliminamos a possibilidade de que possam ser outra coisa que não o que são. Com isso, estabelece-se um fosso entre a teoria e a prática que não pode ser transposto senão ao preço de eliminar do horizonte da reflexão a lógica própria de uma das duas dimensões fundamentais da vida humana: o “conhecer” e o “agir”. [...] aquele que separa rigidamente “como as coisas são” de “como devem ser” só consegue dizer como elas são *parcialmente*, porque não é capaz de ver que “as coisas como devem ser” é também uma parte de como as coisas são; porque não consegue enxergar na realidade presente aqueles elementos que *impedem* a realização plena de todas as suas potencialidades. [...]

Do ponto de vista crítico, portanto, a análise do existente a partir da realização do novo – que se insinua no existente, mas ainda não o é – permite a apresentação de “como as coisas são” enquanto obstáculos à realização das suas potencialidades melhores: apresenta o existente do ponto de vista das oportunidades de *emancipação* relativamente à dominação vigente. [...]

Sendo assim, a teoria crítica não pode se confirmar senão na *prática* transformadora das relações sociais vigentes. [...] Nesse sentido, o curso histórico dos acontecimentos – como resultado das ações empreendidas contra a estrutura de dominação vigente – dá a medida para a confirmação ou refutação dos prognósticos da teoria. Note-se que a prática não significa aqui uma mera aplicação da teoria, mas envolve *embates* e *conflitos* que se costuma caracterizar como “políticos” ou “sociais”. A prática é um momento da teoria, e os resultados das ações empreendidas a partir de prognósticos teóricos tornam-se, por sua vez, um novo material a ser elaborado pela teoria, que é, assim, também um momento necessário da prática. (NOBRE, 2004, p. 8 – 12)

Como podemos ver, voltamos à problemática da linguagem que no caso reside principalmente no liame entre o ser e dever ser, dizer e o fazer; o discurso e a verdade da autoridade.

3.2. O paradoxo da soberania e a biopolítica.

Na guerra, na política, ou seja, no direito posto há predominância não só dos interesses dos governantes, mas, na realidade, uma relação de poder muito mais complexa, de poderes que envolvem a todos. No mais, Foucault baseando-se em Clausewitz, autor clássico que enfatizava que “a guerra é o exercício da política por outros meios”; acrescenta que “a política é a continuação da guerra por outros meios” (FOUCAULT, 1999b, p. 17). Ora, se a política é a continuação da guerra por outros meios. É bastante ilustrativo quanto aos Estados-Nação, segundo Foucault o que Boulainvilliers havia notado: a guerra como analisador geral da sociedade. Ele a faz passar a três generalizações; a primeira é a generalização da guerra com relação ao direito e aos fundamentos do direito. A segunda ele a generaliza em relação à forma da batalha. E em terceiro lugar, ele a generaliza em relação ao fato da invasão. Ao contrário das

antigas concepções iluministas, da guerra ser uma espécie de episódio que suspende o direito e o subverte ou da guerra ser o barqueiro que permite ir de um sistema de direito ao outro. Para ele, a guerra não desempenha esse papel, a guerra não interrompe o direito:

A guerra, na verdade, envolve inteiramente o direito, envolve mesmo, inteiramente, o direito natural, a tal ponto de deixá-lo irreal, abstrato e de certo modo fictício. De que a guerra tenha envolvido inteiramente o direito natural, a tal ponto que esse direito não seja mais que uma abstração inutilizável, Boulainvilliers dá três provas; dá andamento a essa idéia de três formas. Primeiro, no modo histórico, ele diz isto: pode-se percorrer a história tanto quanto se quiser, em todos os sentidos, pois como quer que seja, nunca se encontrarão direitos naturais. O que os historiadores acreditavam descobrir, por exemplo entre os saxões ou entre os celtas, isto é, um tipo de pequena praia, de pequena ilha de direito natural, tudo isso está inteiramente errado. Em toda parte só se encontra algo que é, quer a própria guerra sob os franceses, houve a invasão dos francos, sob os galo-romanos houve a invasão dos germanos), quer ainda desigualdades que traduzem guerras e violências. Assim, é que os gauleses, por exemplo, já estavam divididos entre aristocratas e não-aristocratas. Entre os medas e os persas, vocês encontram igualmente uma aristocracia e o povo. Isso prova com evidência que houve por trás disso, lutas, violências e guerras. E aliás, todas as que se vêem as diferenças entre aristocracia e povo atenuar-se numa sociedade ou num Estado, pode-se ter certeza de que o Estado vai entrar em decadência. Grécia e Roma perderam seus estatutos e desapareceram mesmo como Estados, desde que sua aristocracia entrou em decadência. Logo, em toda parte desigualdades, em toda parte violências que fundamentam desigualdades, em toda parte guerras. Não há sociedades que possam perdurar sem essa espécie de tensão belicosa entre uma aristocracia e uma massa de povo. (FOUCAULT, 1999b, p.187)

Para Foucault há um fato histórico maciço: é o da teoria jurídico-política da soberania data da Idade Média; data da reativação do direito romano; ela constituiu-se em torno do problema da monarquia e do monarca. Ela possuiu quatro papéis na história da construção filosófica da identidade do sujeito de direito na época: primeiramente, ela se referiu a um mecanismo de poder efetivo que era da monarquia feudal. Segundo, ela serviu de instrumento e também de justificação, para a constituição das grandes monarquias administrativas. Depois do século XVI, sobretudo do século XVII, já foi no momento das guerras de Religião, a teoria da soberania foi uma arma que circulou num campo e num outro, que foi utilizada num sentido ou no outro, que foi utilizada, num sentido ou no outro seja para limitar, seja ao contrário, para fortalecer o poder régio. “Vocês a encontram do lado dos católicos monarquistas ou dos protestantes antimonarquistas; vocês a encontram do lado dos protestantes monarquistas e mais ou menos liberais; vocês a encontram também do lado dos católicos partidários do regi-

cídio ou da mudança de dinastia. Essa teoria da soberania pode ser encontrada que atua entre as mãos dos aristocratas ou entre as mãos dos parlamentares, do lado dos representantes do poder régio, ou do lado dos últimos senhores feudais, em resumo ela foi o grande instrumento da luta política e teórica em torno dos sistemas de poder dos séculos XVI e XVII”. (FOUCAULT, 1999b, p.43) Enfim, no século XVIII, é sempre essa mesma teoria da soberania, reativada do Direito Romano que podemos encontrar em Rousseau e em seus contemporâneos com um quarto papel: trata-se naquele momento de construir contra as monarquias administrativas autoritárias absolutas um modelo alternativo, o das democracias parlamentares. É este o papel que ele ainda representa no momento da Revolução.

Já, a teoria da soberania é vinculada a uma antiga forma de poder, que se exerce sobre a terra e os produtos da terra, muito mais sobre os corpos e o que eles fazem. Diz respeito ao deslocamento e à apropriação pelo poder, não do tempo e do trabalho, mas dos bens e da riqueza. É ela que permite transcrever em termos jurídicos obrigações descontínuas e crônicas de tributo, e não codificar uma vigilância contínua; é uma teoria que permite fundamentar o poder em torno e a partir da existência física do soberano, e não dos sistemas contínuos e permanentes de vigilância. A teoria da soberania é o que permite fundamentar o poder absoluto no dispêndio absoluto do poder, e não calcular o poder com o mínimo de dispêndio e o máximo de eficácia. Para Foucault esse novo tipo de poder com o mínimo de dispêndio e máximo de eficácia é uma das grandes invenções da sociedade burguesa. Esse poder não soberano, alheio portanto à forma da soberania, é o poder “disciplinar”, ele foi um dos instrumentos fundamentais da implantação do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que lhe é correlativo. Um poder indescritível, injustificável, nos termos da teoria soberania, radicalmente heterogêneo, e que para ele, deveria ter levado normalmente ao próprio desaparecimento desse grande edifício jurídico da teoria da soberania. De fato, a teoria da soberania não só continuou existir como ideologia do direito, mas também continua a organizar os códigos jurídicos desde os tempos dos códigos napoleônicos. Pois, traziam no seu bojo um direito público articulado a partir de uma soberania coletiva, no mesmo momento, na medida em que o porque essa democratização da soberania se encontravam lastrada em profundidade pelos mecanismos de coerção disciplinar⁵³.

⁵³ Uma vez que as coerções disciplinares deviam ao mesmo tempo exercer-se como mecanismo de dominação e ser escondidas como exercício efetivo do poder, era preciso que fosse apresentada no aparelho jurídico e reativa-

Nos séculos XVII e XVIII ocorrera um fenômeno importante: o aparecimento – a invenção – de uma nova mecânica de poder, que tem procedimentos bem particulares, instrumentos totalmente novos, uma aparelhagem muito diferente e que para ele são absolutamente incompatíveis com as relações de soberania. O que ocorrera foi a inversão da antiga soberania e seu direito de “fazer morrer e deixar morrer”, para o direito de “fazer viver e deixar morrer”. Ambos são contraditórios, mas não se excluem, eles se complementam. Essa nova mecânica do poder incide primeiro sobre os corpos e sobre o que eles fazem, mais do que sobre a terra e sobre o seu produto. É um mecanismo de poder que permite extrair dos corpos tempo e trabalho, mais do que bens e riqueza. É um tipo de poder que se exerce continuamente por vigilância e não de forma descontínua, por sistema de tributos e de obrigações crônicas. É um tipo de poder muito mais uma trama cerrada de coerções materiais do que a existência física de um soberano, e define como uma nova economia de poder cujo princípio é o de que se deve ao mesmo tempo fazer que cresçam as forças sujeitadas e a força e a eficácia daquilo que as sujeita. Enquanto o sujeito de direito era forjado às luzes pela teoria da soberania, ele era moldado às sombras pelas disciplinas. Pois assim sendo, as disciplinas não são tão perceptíveis para a maioria da população por sua mecânica polimorfa. De fato, as disciplinas tem seu discurso próprio. Elas são extraordinariamente inventivas na ordem desses aparelhos de formar saber e conhecimentos, e são portadoras de um discurso, mas de um discurso que não pode ser o discurso do direito, o discurso jurídico. O discurso da disciplina é alheio ao da lei; é alheio ao da regra como é feito da vontade soberana. Portanto as disciplinas vão trazendo um discurso que será o da regra; não a da regra jurídica derivada da soberania, mas o da regra natural, isto é, da norma. Elas definirão um código que será aquele não da lei, mas da normalização, e ela se referirão necessariamente a um horizonte teórico que não será o edifício do direito, mas o campo das ciências humanas⁵⁴. E sua jurisprudência, para essas disciplinas será de um saber

do, concluída pelos códigos judiciais, a teoria da soberania. Tem-se de um lado, um sistema de direito tagarela e explícito, que chamaria toda atenção pra ele, que seria da soberania, e depois disciplinas obscuras e mudas que trabalhavam em profundidade, na sombra, e que constituiriam o subsolo silencioso da grande mecânica do poder.

⁵⁴ Em *A Vontade de Saber*, Foucault mostrará como o Ocidente inventou “o” sexo como elemento especulativo, como dispositivo de poder inseparável de uma *scientia sexualis* que o articula no “ponto de junção” entre o corpo e as populações, constituindo-o como um dos principais focos estratégicos de poder nas sociedades modernas, como o resultado de relações de força que se dão na junção entre uma anátomo-política do corpo e uma biopolítica das populações, como produto histórico das transformações dos grandes modos rituais de funcionamento e manifestação do poder, inseparáveis da lenta substituição de uma “teoria aristocrática do sangue” por uma “analítica burguesa da sexualidade”, em que os códigos de poder e reconhecimento não se articulam mais exclusiva-

clínico. Assim, foi possível o progresso das ciências humanas, de um lado, organização do direito em torno da soberania, do outro, a mecânica das coerções exercidas pelas disciplinas.

Devemos reconhecer o fato de que nossas sociedades, desde o século XVII, vem inventando inúmeras tecnologias de poder que escapam à forma do direito, aproximando-se muito mais do tipo histórico do “pestífero” que do “leprosário”⁵⁵ enquadrando exaustivamente, minuciosamente, permanentemente os corpos, os gestos, os comportamentos, as atitudes, as “necessidades”, as formas de vida no interior de relações complexas e infinitesimais de normalização, em que os sujeitos se vêm atravessados por dispositivos de ortopedia social de suas próprias subjetividades. Enfim, porque é um poder cujo modelo seria essencialmente jurídico, centrado exclusivamente no enunciado da lei e no funcionamento da interdição, todos os modos de dominação, submissão, sujeição se reduziriam, finalmente, ao efeito de obediência. Por que, pergunta-se Foucault, “se aceita tão facilmente essa concepção jurídica do poder? (...) Numa sociedade como a nossa, onde os aparelhos do poder são tão numerosos, seus rituais tão visíveis, e seus instrumentos tão seguros, afinal, nessa sociedade que, sem dúvida, foi mais inventiva do que qualquer outra em mecanismos de poder sutis e delicados, por que essa tendência a só reconhecê-lo sob a forma negativa e desencarnada da interdição?” Nesse ponto Foucault é incisivo: (...) “é somente mascarando uma parte importante de si mesmo que o poder é tolerável. Seu sucesso está na proporção daquilo que consegue ocultar dentre seus mecanismos. (...) O poder, como puro limite traçado à liberdade, pelo menos em nossa sociedade, é a forma geral de sua aceitabilidade”. (FOUCAULT, 1988, p. 83)

Já Nietzsche, desde o século XIX, profetiza que:

Crítica da Modernidade. – nossas instituições não prestam mais pra nada: quanto a isto se é unânime. Isto não reside contudo nelas mesmas, mas em nós. Depois de todos os instintos, a partir dos quais as instituições crescem, desaparecem de nosso horizonte, desaparecem de nosso horizonte as instituições em geral, porque não valem mais nada pra elas. Democratismo

mente sob as leis da aliança e do sangue. Foucault situa Sade como um ponto de referência para entendermos os mecanismos dessa transformação. (FOUCAULT, 1988, p.139)

⁵⁵ No curso proferido em 1974, *Os Anormais*, comparando os diagramas da peste e da lepra, conclui: “Afinal de contas, parece-me que o modelo ‘exclusão dos leprosos’, o modelo do indivíduo expulso para purificar a comunidade, acabou desaparecendo, grosso modo, em fins do século XVII – início do século XVIII. Em compensação, outra coisa, outro modelo foi não estabelecido, mas reativado. Esse modelo é quase tão antigo quanto o da exclusão do leproso. É o problema da peste e do policiamento da cidade empestada. Parece-me que, no fundo, no que diz respeito ao controle dos indivíduos, o Ocidente só teve dois grandes modelos: um é o da exclusão do leproso; o outro é o modelo da inclusão do pestífero. E creio que a substituição, como modelo de controle, da exclusão do leproso pela inclusão do pestífero é um dos grandes fenômenos ocorridos no século XVIII”. (FOUCAULT, 2001, p. 55).

foi em todos os tempos a forma decadente da força organizadora: Já caracterizei em *Humano Demasiado Humano I*, 318 a democracia moderna junto com suas derivações medianas, tal como o “império alemão” como uma *forma declinante do Estado*[...]. Para que haja instituições, é preciso que haja uma espécie de vontade, de instinto, de imperativo, anti-liberal até as raias da maldade: a vontade de tradição, de autoridade, de responsabilidade por séculos além, de *solidariedade* pelas correntes das gerações tanto para adiante quanto para trás *in infinitum*. Esta vontade está presente?! Então funda-se algo como *imperium Romanun* [...] Todo o ocidente não possui mais aqueles instintos, a partir dos quais crescem as instituições, a partir dos quais cresce o *futuro*: nada talvez seja mais incongruente com o “espírito moderno” do que estes instintos. Se vive em função do hoje, se vive muito rapidamente – se vive de maneira muito irresponsável: isto justamente denomina-se como “liberdade”. O que *faz* das instituições instituições é desprezado, odiado, recusado: se acredita estar diante do risco de uma nova escravidão, onde a palavra “autoridade” ganha apenas voz. Tão profundamente se estabeleceu a *décadence* nos instintos valorativos de nossos políticos, de nossos partidos políticos: *eles privilegiam instintivamente* o que dissipa, o que acelera o acontecimento do fim... (NIETZSCHE, 2000, p. 108)

Nietzsche aqui quis dizer que a racionalidade política moderna nega a natureza das instituições, sua parte instintiva, a negação da *vontade de potência* humana.

Entretanto, isso coincide com o que Giorgio Agamben queria dizer sobre o “enigma” encontrado no fragmento 169 de Píndaro⁵⁶; sobre a dimensão obscura e ambígua da qual a soberania da lei se situa. Que se seria na oposição entre *Bía* e *Dike*, a violência e justiça para os antigos Gregos. “*Nómos* é o poder que opera ‘com mão mais forte’ a união paradoxal destes dois opostos (neste sentido se entende por enigma, segundo a definição aristotélica, a ‘conjunção de opostos’, o fragmento contém verdadeiramente um enigma)” (AGAMBEN, 2002, p. 37). Ou seja, o *bando* como relação política originária (sendo o estado de exceção como zona de indistinção entre externo e interno, exclusão e inclusão).

No entanto, não se encontra em sociedade alguma a inteira permissão para matar, assim como não há o expresso impedimento para tal. Entre esses dois extremos, encontra-se uma série de ramificações possíveis: a que permite matar dentro da coletividade, segundo normas particulares – no caso de uma vingança ou no regulamento de certos conflitos; dentro de uma lógica segmentária, a permissão de matar no próprio seio da família, critérios que envolvem um direito fundado na hierarquia. Por exemplo, direito de vida ou de morte do pai

⁵⁶ O *nómos* de todo soberano, dos mortais e dos imortais, conduz com mão mais forte, justificando o mais violento, Julgo-o das obras de Heracle.

sobre os filhos, no direito romano (*patria potestas*), ou do irmão sobre a irmã em certa prática mulçumana, em caso de ofensa relativa à honra, estado de necessidade, etc. Conforme a identidade individual ou coletiva e a definição da vida, sua origem e seu fim, própria a cada cultura, encontraremos variadas atitudes em relação à pena de morte, ao aborto, ao infanticídio ou à eutanásia. Para Hérítier, “não se trata de moral, ainda que a moral seja acrescentada como disfarce, ou como justificativa, mas de simples opções lógicas que entrelaçam o conjunto da cultura. Constatemos que não se trata do conjunto dos possíveis situados entre dois imperativos contraditórios (não matarás absolutamente/ podes matar a teu critério) reunidos na rubrica: podes ter o direito de matar, desde que regido pela lei”. (HÉRITIER, 2000, p.26)

Contudo, para Giorgio Agamben:

O sistema jurídico do Ocidente apresenta-se como uma estrutura dupla, formada por dois elementos heterogêneos e, no entanto, coordenados: um elemento normativo e jurídico em sentido estrito – que podemos inscrever aqui, por comodidade, sobre a rubrica de *potestas* – e um elemento anômico e metajurídico – que podemos designar pelo nome de *autoritas*.

O elemento normativo necessita do elemento anômico para poder ser aplicado, mas, por outro lado, a *autoritas* só pode se afirmar numa relação de validação ou suspensão de potestas. (AGAMBEN, 2004, p. 130)

A norma pode ser aplicada ao caso normal e pode ser suspensa sem anular inteiramente a ordem jurídica porque, sob a forma de *autoritas* ou da decisão soberana, ela se refere imediatamente à vida e dela deriva. Enquanto resulta da dialética entre esses dois elementos em certa medida antagônicos, mas funcionalmente ligados, o direito é frágil, pois o que articula, mantém junto esses dois aspectos da máquina jurídico-política, desde os primórdios do que poderíamos chamar de Ocidente, em última instância é o chamado estado de exceção. A partir da idéia de decisão como essência do jurídico e do político, ele institui um limiar de indecidibilidade entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, entre *autoritas* e *potestas*. Ele se baseia na ficção essencial pela qual a anomia – sob a forma de *autoritas*, da lei viva, ou força de lei – ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato com a vida. Ou seja, o caráter original do poder deriva da suspensão ou da neutralização da ordem jurídica, isto é, em última instância, do estado de exceção. E quando o estado de exceção em que o *potestas* e o *autoritas* se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico político se torna uma máquina letal. “A vida nua [...] não é porém, um fato extrapolítico natural, que o direito deve limitar-se a constatar ou reconhecer; ela é antes [...], um

limiar em que o direito transmuta-se a todo momento em fato e o fato em direito, e no qual os dois planos tendem a tornar-se indiscerníveis” (AGAMBEN, 2002, p.178) Antes de assumir a forma moderna de uma decisão sobre a emergência, a relação entre soberania e estado de exceção apresenta-se sob a forma de uma identidade entre soberano e anomia. O soberano, enquanto lei viva é intimamente *anomos*. Também aqui o estado de exceção é a vida – secreta e mais verdadeira – da lei. (AGAMBEN, 2004, p.107) Aqui o campo de concentração começa a apresentar-se como paradigma biopolítico da modernidade. Ora, podemos acrescentar que praticamente não há mais os antigos Estados-Nação, mas o assunto da guerra continua atual. Aqui, se pudéssemos examinar em concordância com as idéias de Foucault, o Brasil é o resultado de algo grandioso, uma história de fascismo social. Ao observar exemplos como o nosso, poderíamos lembrar que Agamben exclama que “o campo (de concentração) é o paradigma da modernidade”, ou seja, o campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se regra, ou seja, através da suspensão dos direitos fundamentais, onde a matabilidade torna-se regra. (AGAMBEN, 2002, p. 115) Tais locais são formados pela exclusão social tão presente em toda a história das práticas jurídicas no Brasil, fortemente marcada por antinômias, leis ineficazes e abusos das autoridades. Por tudo isso, ora também pela própria geografia do país (por ser tão extenso), pode-se deduzir, e até identificar zonas francas de despotismo, verdadeiros estados de exceção onde milhares de brasileiros são executados extrajudicialmente.

Para se pensar no poder estudado por Foucault, não se deve pensar nele apenas como algo negativo, que age de cima sobre o corpo social. A soberania não é exercida somente de uma maneira vertical, de governantes para governados, como era no estado absolutista, mas, funciona numa relação horizontal, num poder de médico para paciente, professor para aluno, vizinho para vizinho, ou seja, de indivíduo para indivíduo. (FOUCAULT, 1996, p. 181) Poder este que é prolongado e produzido pelos discursos de verdade. Mas, o curioso é que através de tal exame, do controle e a vigilância⁵⁷ dos corpos e das populações, não são impostos pela

⁵⁷ O poder não pára de questionar, de nos questionar; não parar de inquirir, de registrar; ele institucionaliza a busca da verdade, ele a profissionaliza, ele a recompensa. Temos de produzir a verdade como, afinal de contas, temos de produzir riquezas e temos de produzir a verdade para poder produzir riquezas. E, de outro lado, somos igualmente submetidos à verdade, no sentido de que a verdade é a norma; é o discurso verdadeiro que ao menos em parte, decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder. Afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados à tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros, que trazem consigo efeitos específicos de poder. Portanto: regras de

vontade de saber da governamentalidade baseando-se tão somente na proibição ou negação, mas sim enredados em um discurso de otimização da vida, onde é aconselhada a população às formas mais “apropriadas” de se fazer isto ou aquilo (a norma). Estes processos de normalização instauram a biopolítica, que é a regulação do poder sobre a vida das populações.

Foucault chamou aos mecanismos dessa soberania de biopolítica, sendo o homem moderno um animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente, e o soberano é aquele que administra a vida biológica da população. Tal constatação advém do aumento da importância da vida biológica e da saúde da nação como problema do poder soberano (fazer viver), possibilitando proteger a vida e ao mesmo tempo, autorizar o seu holocausto. (AGAMBEN, 2002, p. 11)

A biopolítica se refere a uma dimensão do político que diz respeito à inteireza da vida da população, de sua reprodução, é o conceito de um tecido donde as populações, as subjetividades e as individualidades se encontram em conflito.

Estes processos deram margens para o desenvolvimento capitalista⁵⁸, na medida que insere os corpos dentro desta economia, proliferando, então, investimentos sobre a saúde, sobre as condições de vida e de todo espaço de existência. Primeiramente, o controle dos corpos através da norma foi legitimado por um discurso científico, que procurava compreender o “eu” através do entendimento e da regulação do comportamento sexual. Quaisquer que sejam as possibilidades dos corpos, estas serão atravessadas pela ferramenta analítica a que Foucault vem chamar de *dispositivo da sexualidade*, da prática de captura e normalização dos corpos que visa detalhá-los e controlá-los na sua totalidade. Tal dispositivo seria o “conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosó-

direito, mecanismos de poder, efeitos de verdade. Ou ainda: regras de poder e poder dos discursos verdadeiros. (FOUCAULT, 1999b, p.29)

⁵⁸ Os mecanismo de exclusão da loucura, os mecanismos de vigilância da sexualidade infantil, a partir de um certo momento, produziram um certo lucro econômico, certa utilidade política e, por essa razão se viram naturalmente colonizados e sustentados por mecanismos globais e, finalmente, pelo sistema do estado inteiro. É fixando-se nessas técnicas de poder, partindo delas, e mostrando lucro econômico ou as utilidades políticas que elas derivam, em certo contexto e por certas razões, que se pode compreender como, efetivamente esses mecanismo acabam por fazer parte do conjunto. A burguesia não se interessa pelos loucos, mas pelo poder que incide sobre os loucos; a burguesia não se interessa pela sexualidade da criança, mas pelo sistema de poder que controla a sexualidade da criança. A burguesia não dá a menor importância aos delinquentes, à punição ou à reinserção deles, que não tem economicamente muito interesse. Em compensação do conjunto dos mecanismos pelos quais o delinquente é controlado, seguido, punido, reformado, resulta, para a burguesia, um interesse que funciona no interior do sistema econômico político geral. (FOUCAULT, 1999b, p. 39)

ficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode manter entre esses elementos”. (FOUCAULT, 1996b, p.244)

A analogia estrutural entre linguagem e direito é aqui esclarecedora. Assim como os elementos lingüísticos existem na *língua* sem nenhuma denotação real, que só adquirem no discurso em ato, também no estado de exceção a norma vige sem nenhuma referência à realidade. Porém, assim como a atividade lingüística concreta torna-se inteligível pela pressuposição de algo como uma língua, a norma pode referir-se à situação normal pela suspensão da aplicação do estado de exceção.

De modo geral, pode-se dizer que não só a língua e o direito, mas também todas as instituições sociais, se formaram por um processo dessemantização e suspensão da prática concreta em sua referência imediata em sua referência imediata ao real. Do mesmo modo que a gramática, produzindo um falar sem denotação, isolou do discurso algo como a língua, e o direito, suspendendo os usos e os hábitos concretos dos indivíduos, pôde isolar algo como uma norma, assim também, em todos os campos, o trabalho paciente da civilização procede separando a prática humana de seu exercício concreto e criando, dessa forma, o excedente de significação sobre a denotação que Lévi-Strauss foi o primeiro a reconhecer. O significante excedente – conceito chave das ciências humanas do século XX – corresponde nesse sentido, ao estado de exceção em que a norma está em vigor sem ser aplicada. (AGAMBEN, 2004, p.59)

O “significante excedente” citado por Agamben, o mecanismo de entendimento e coordenação de ações através da linguagem não é parte da solução, senão parte – às vezes grande parte – do problema.

Nestes termos, a bio-política é o modo de exercício do poder soberano, que disciplina a vida das populações, eliminando aqueles que são indesejáveis através do racismo de Estado. Pois, através deste, que se pode existir ao mesmo tempo os dois tipos de soberania, enquanto se faz viver, se escolhe quem deve morrer. Ou seja, soberana é a autoridade que escolhe a vida digna de ser vivida e a vida indigna de ser vivida. “Em vez de orientar a pesquisa sobre o poder no sentido do edifício jurídico da soberania, dos aparelhos de Estado e das epistemes que o acompanham, deve-se orientá-la para a dominação, os operadores materiais, as formas de sujeição, os usos e as conexões da sujeição pelos sistemas e os dispositivos estratégicos. É preciso estudar o poder colocando-se fora do modelo do Leviatã, fora do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição estatal” (FOUCAULT, 1995, p. 186).

Paradoxalmente, contra as usurpações da mecânica disciplinar, contra essa ascensão de um poder que é vinculado ao saber científico, para Foucault o único recurso é escapar desse direito organizado em torno da soberania.

De fato, soberania e disciplina, legislação, direito da soberania e mecânicas disciplinares são duas peças absolutamente constitutivas dos mecanismos gerais de poder em nossa sociedade. Para dizer a verdade, para lutar contra as disciplinas, ou melhor, contra o poder disciplinar, na busca de um poder não disciplinar, não é na direção do antigo direito da soberania que se deveria ir; seria antes na direção de um direito novo, que seria antidisciplinar, mas que estaria ao mesmo tempo liberto do princípio da soberania. (FOUCAULT, 1999b, p. 47)

A tarefa essencial de uma teoria não é apenas esclarecer a natureza jurídica ou não do estado de exceção, mas, principalmente, definir o sentido, o lugar e as formas de sua relação com o direito.

3.3. A lei como composição de ilegalismos: Direito oficial x Inoficial.

Devido às ambigüidades da linguagem do discurso jurídico corrente e da enorme variedade de atributos que a ele se relacionam e aderem como fatos sociais, instituições, valores, leis, procedimentos, etc., temos a dificuldade de explicar o que é direito. No entanto, qual seria o significado próprio do qualificativo "jurídico"? A princípio, poderíamos dizer que é comum distinguirem nele um sentido genérico e um sentido específico. O sentido genérico é aquele confundido com o próprio direito em todas as suas implicações, sociais, dogmáticas ou político-ideológicas. Assim, por exemplo, a expressão “campo jurídico” ou “domínio discursivo jurídico” se referem à ampla interdisciplinaridade e alcance da experiência jurídica. Outro exemplo marcante disso é a concepção “jurídica” das instituições sociais. Tal sentido genérico sempre faz alusão a um pluralismo das fontes do direito, tanto as formais quanto as informais. O sentido específico diria respeito à idéia de um Direito, estatal, positivado pela existência do Estado, pelas constituições normativas formalizadas através dos atos políticos das autoridades investidas do poder legiferante e do monopólio da decisão.

Para Kelsen a identificação do Direito com o Estado é essencial para a ciência jurídica: “A identificação do Estado com o Direito, o conhecimento de que o Estado é uma ordem jurídica é o pressuposto de uma genuína ciência jurídica”. (KELSEN, 2000, p. 352). Seria certo constatar que o Estado é uma ordem jurídica, mas não podemos dizer o mesmo da identificação do Estado com o direito. No entanto, Bourdieu explica que a tentativa de Kelsen para criar a teoria pura do direito na sua época “não passa do limite ultra-consequente do esforço

de todo o corpo dos juristas para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo seu próprio fundamento.” (BOURDIEU, 1998, p. 209)

No entanto. Em uma passagem de sua obra *O que é justiça?* Kelsen nos explica:

Devemos obedecer às decisões de um juiz ou administrador, porque devemos obedecer à Constituição. Se perguntarmos por que devemos obedecer às normas da Constituição existente; dessa maneira, chegamos à primeira Constituição histórica. A questão de porque devemos obedecer as suas cláusulas, uma ciência do Direito só pode responder: A norma de que devemos obedecer às estipulações da primeira Constituição histórica só deve ser pressuposta como hipótese se a ordem coercitiva, estabelecida com fundamento nela e efetivamente aplicada por aqueles cuja conduta regulamenta, foi considerada uma ordem válida, obrigatória para esses indivíduos, *se as relações entre esses indivíduos forem interpretadas como deveres, direitos e responsabilidades legais, não como meras relações de poder*; e se for possível distinguir o que é legalmente certo e legalmente errado, em especial o uso legítimo e ilegítimo da força. *Essa é a norma fundamental de uma ordem jurídica positiva*, a razão final para a sua validade, vista do prisma de uma ciência do Direito positivo. (KELSEN, 1997, p. 256, grifo nosso)

Quando se descreve o direito, como comando estabelecido pelo soberano, tem-se a impressão de que ele não se limita à simples observação de uma realidade, mas formula implicitamente um juízo de valor, considerando positivo o fato de o direito ser um comando de autoridade e não uma regra consuetudinária.

Por meio de tais idéias é onde se toma corpo a discussão acerca do pluralismo jurídico, que nasce da concepção de que "toda instituição que surge como um "ente" ou "corpo social" bem estruturado e firmado em relações estáveis e permanentes transforma-se num ordenamento jurídico" (WOLKMER, 1997, p. 172) Ora, a consequência imediata de tais idéias é o reconhecimento de que, além da ordem jurídica estatal, seria possível a existência de outros ordenamentos "jurídicos", ao lado ou em conflito com aquele. É a velha questão de um direito "puro" (monista) em confronto com ordenamentos provindo de outras fontes, agora não-estatais.

Podemos perceber, então, que o conceito de pluralismo jurídico apresenta dois problemas básicos: um relacionado com as fontes do direito, acolhendo uma perspectiva maior ou menor de reconhecimento daquelas fontes. O outro problema diz respeito se as instituições nascidas de fontes para-estatais que ainda podem ser caracterizadas como jurídicas.

Quanto ao primeiro problema, lógico é que a complexidade da experiência jurídica apresenta aos jusfilósofos algumas dificuldades quanto a sua sistematização, mas entre a maioria dos doutrinadores se reconhecem as seguintes fontes: dogmáticas, provindas das leis (im)postas; as costumeiras, quando resultantes dos costumes sociais; e as hermenêuticas, quando provindas do labor judiciário e negociais, quando resultantes dos contratos, lides, etc.

Contudo, fica posto o problema de se estabelecer uma hierarquia entre as fontes, o que só será possível a partir de *perspectivas histórico-culturais*, criando-se então um modelo de direito próprio para cada país (países da common law ou da civil law). Não obstante, sob perspectiva político-ideológica, nada impede que a experiência jurídica possa ser estruturada a partir de um leque mais ou menos amplo de condicionamentos. Já o segundo problema relacionado ao conceito de pluralismo jurídico diz respeito a se considerar qualquer ordenamento normativo social ainda como jurídico.

Podemos chamar de direitos “não-jurídicos” todas as pretensões normativas que esperam o acolhimento da lei (estatal). São todas aquelas reivindicações sociais que aparentemente possuem a característica de jurídicas, mas não o são, enquanto não forem inseridas no ordenamento legal, que é reconhecidamente apenas um (monismo positivista). É que o uso indiscriminado do atributo “jurídico”, aplicando-o a qualquer contexto normativo não nos parece correto, pois, “jurídico” se refere apenas ao dizer o direito sob a perspectiva restrita do Poder Público Oficial, pois é o único que tem o monopólio simbólico de dizer o direito.

O mesmo ocorre com a expressão “pluralismo jurídico”, que reconhece a existência de diversas ordens jurídicas ao lado do Estado. Dentro da lógica do monismo jurídico seria melhor igualmente dizer-se “pluralismo normativo”, pois há muitas normas sociais que não são jurídicas, pelo simples fato de não possuírem origem nos poderes oficiais. Da mesma forma, a expressão direito alternativo não teria cabimento, pois, havendo um só direito vigente, seria melhor usarmos a expressão “uso alternativo do direito”, dentro das hipóteses de flexibilidade que o próprio ordenamento reconhece.⁵⁹

Segundo Deleuze, uma das maiores originalidades da concepção de Foucault sobre o direito está na necessidade de não mais ordenarmos idealmente o direito segundo uma dico-

⁵⁹ Na Lei de Introdução ao Código Civil, Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia os costumes e os princípios gerais de direito.

tomia primária entre o lícito e o ilícito, entre o permitido e o proibido. As leis, os decretos, os ordenamentos, as práticas jurídicas normativas não devem ser reportadas ao contingente puro da licitude ou da legalidade/ilegalidade, em que o ilícito é definido negativamente, ou seja, por exclusão. Para Deleuze, “um dos temas mais profundos dos estudos de Foucault consiste em substituir a oposição, por demais grosseira, lei-ilegalidade por uma correlação final *ilegalismos-lei* (grifo do autor). A lei é sempre uma composição de ilegalismos, que ela diferencia ao formalizar”.⁶⁰

Nesse sentido, o direito não passa de uma gestão das ilegalidades, o que equivale a dizer que o poder não pode funcionar sem uma certa economia das ilegalidades, em que cada estrato ou camada social usufrui de uma certa margem de ilicitude tolerada, como condição do próprio funcionamento do poder⁶¹. Tal é o caso, por exemplo, do que se chama comumente, numa linguagem de sociologia do direito, de “direito paralelo”, uma espécie de direito “para-estatal” vigente nas favelas que seria o negativo, a inversão do direito estatal, o substituto precário e brutal existente lá onde o Estado e o direito não chegam, ocupando o vácuo jurídico-político por eles deixados. Na verdade, não se trata de uma anomia de leis, esse tipo de “direito” não se dá de forma exterior ao ordenamento jurídico oficial, mas compõe, juntamente com este, uma economia de ilegalismos necessária à própria sobrevivência daquele. Ou seja, ao mesmo tempo que se encontra fora de certa forma pertence ao conjunto: trata-se de da “exclusão includente” ou uma “inclusão excludente” que Agamben se referia.

A oposição viqueana entre direito positivo (*ius theticum*) e exceção exprime bem o estatuto do particular da exceção. Esta é, no direito um elemento que transcende o direito positivo, na forma de sua suspensão. Ela está para o direito positivo como a teologia negativa está para a teologia positiva. Enquanto está na verdade, predica e afirma de Deus determinadas qualidades, a teologia negativa (ou mística) com seu nem... nem... nega. A suspender atribuição de qualquer predicação ela não está todavia, fora da teologia, mas funciona, observando-se bem, como principal que fundamenta a possibilidade em geral de algo como uma teologia. Somente porque a divindade foi presuposta negativamente como aquilo que subsiste fora de qualquer predicado possível, ela ode tornar-se sujeito de uma predicação de modo analógico,

⁶⁰ Deleuze prossegue dizendo que “Basta considerarmos o Direito das sociedades comerciais para vermos que as leis não se opõem globalmente à ilegalidade, mas que umas organizam explicitamente o meio de não cumprir as outras. A lei é uma gestão dos ilegalismos, permitindo uns, tornando-os possíveis ou inventando-os como privilégio da classe dominante, tolerando outros como compensação às classes dominadas, (...)”. (DELEUZE, 1998, p. 39.)

⁶¹ Aqui podemos encontrar práticas sociais como o jogo do bicho, a prostituição o uso de entorpecentes considerados ilícitos, etc.

somente porque a validade do direito positivo é suspensa no estado de exceção, ele pode definir o caso normal como âmbito da própria validade. (A-GAMBEN, 2002, p. 25)

Exemplificando essa correlação final entre lei-ilegalismos, Foucault explica o movimento humanista da reforma penal no final do século XVIII da seguinte maneira:

A conjuntura que viu nascer a reforma não é portanto a de uma nova sensibilidade; mas a de uma outra política em relação às ilegalidades. Podemos dizer, esquematicamente que, no Antigo regime, os diferentes estratos sociais tinham cada um sua margem de ilegalidade tolerada: a não aplicação da regra, a inobservância de inúmeros editos ou ordenações eram condição do funcionamento político e econômico da sociedade. Traço que não é particular ao Antigo Regime? Sem dúvida. Mas essa ilegalidade era tão profundamente enraizada e tão necessária à vida de cada camada social, que tinha de certo modo sua coerência e economia próprias. Ora se revestia de uma forma absolutamente estatutária – que fazia dela não tanto uma ilegalidade quanto uma isenção regular: eram os privilégios concedidos aos indivíduos e às comunidades. Ora tinha a forma de uma inobservância maciça e geral que fazia com que durante dezenas de anos, séculos às vezes, ordenações podiam ser publicadas e renovadas constantemente sem nunca chegar à aplicação. Ora se tratava de desuso progressivo que dava lugar às vezes a súbitas reativações. (...) As camadas mais desfavorecidas da população não tinham privilégios, em princípio: mas gozavam, no que lhes impunham as leis e os costumes, de margens de tolerância, conquistadas pela força ou pela obstinação; e essas margens eram para elas condições tão indispensável de existência que muitas vezes estavam prontas a se sublevar para defendê-las; as tentativas feitas periodicamente para reduzi-las, alegando velhas regras ou subutilizando os processos de repressão, provocavam sempre agitações populares, do mesmo modo que as tentativas para reduzir certos privilégios agitavam a nobreza, o clero e a burguesia (FOUCAULT, 1996, pp. 76-77).

Talvez aí podemos encontrar a resposta para as questões concernentes as calorosas discussões sobre Direito Oficial e o Direito Inoficial tão presente na academia jurídica que não conseguem chegar a um consenso, porque ambas são pertencentes ao mesmo grupo, face da mesma moeda. Aqui falamos da exceção como essência do jurídico e do político:

A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular que é excluído da norma geral, mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário esta se mantém relação com aquela na forma de suspensão. A norma se aplica a exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto o caos que prescende a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Nesse sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (*ex capere*) e não excluída. O que o ordenamento jurídico-político tenha a estrutura de uma inclusão daquilo que é, ao mesmo tempo, expulso, tem sido frequentemente observado.

Deleuze, pôde assim escrever “a soberania não reina a não ser sobre aquilo que é capaz de interiorizar” (AGAMBEN, 2002, p.25).

O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação. (isto é, aplica-se desaplicando-se). Isto significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real. Um mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa. O estado de exceção é o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e *práxis* se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real. (AGAMBEN, 2004, p.63)

A exceção que define a estrutura da soberania é, porém, ainda mais complexa. Aquilo que está fora vem aqui incluído não simplesmente através de uma interdição ou um internamento, mas suspendendo a validade do ordenamento, deixando, portanto, que ele se retire da exceção, a abandone. Não é a exceção que se subtrai a regra, mas a regra que, suspendendo-se dá lugar a exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela. O particular “vigor” da Lei consiste nesta capacidade de manter-se em relação com uma exterioridade. Chamemos de relação de exceção e esta forma extrema de relação que inclui alguma coisa unicamente através de sua exclusão.

A situação que vem a ser criada na exceção, possui, portanto, este particular, o de não poder ser definida nem como uma situação de fato nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal liminar de indiferença. Não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei. Assim, Agamben explica: “É este o sentido último do paradoxo formulado por Carl Schmitt, quando escreve que “a decisão soberana demonstra não ter necessidade do direito para criar o direito”. Na exceção soberana trata-se, na verdade, não tanto de controlar ou neutralizar o excesso, quanto, antes de tudo, de criar e de definir o próprio espaço no qual a ordem jurídico-política pode ter valor” (AGAMBEN, 2002, p.26).

O soberano mantém a ordem fora da ordem jurídica, ele a preserva suspendendo-a. Por outro lado, há a dogmática e técnica que manifestam a necessidade de se ter um sentido preciso do “jurídico”, exige que seja dada prioridade a uma concepção restrita da atividade jurídica (*ius + dicere* dizer o direito), como ocorre com a vigência das leis e os tribunais. Trata-se aqui de um positivismo legal, visto como um contexto emanado do Estado, cuja sistemática e validade devem ser resguardados. Neste caso faz-se alusão a um monismo jurídico. Dessa forma, sendo o Direito produto da vida social, tal expressão devemos prestar atenção, analisar esta dupla perspectiva (genérica ou específica) como algo historicamente construído. Pois, o discurso jurídico sofre condicionamentos, seja a partir da espontaneidade da vida social, seja como resultado da atividade própria do Estado.

Hegel foi o primeiro a compreender em profundidade esta estrutura pressupponente da linguagem, graças à qual ela está, ao mesmo tempo, fora e dentro de si mesma, é o imediato (o não lingüístico) se revela como nada além de um pressuposto linguagem. “o elemento perfeito” – ele escreveu na *Fenomenologia do espírito* – “em que a interioridade é tão exterior quanto a exterioridade, é interna, é a linguagem”. Como somente a decisão soberana sobre o estado de exceção abre o espaço no qual podem ser traçados confins entre o interno e o externo, e determinadas normas podem ser atribuídas e determinado território, assim somente a língua como pura potência de significar retirando-se de toda concreta instância de discurso, divide o lingüístico do não lingüístico e permite a abertura de âmbitos de discursos significantes nos quais há certos termos corresponde certos denotados. A linguagem é o soberano que, em permanente estado de exceção não existe um fora da língua, que ela está sempre além de si mesma. A estrutura particular do direito tem seu fundamento nesta estrutura pressupponente da linguagem humana. Ela exprime o vínculo de exclusão inclusiva ao qual está sujeita uma coisa pelo fato de encontra-se na linguagem de ser nominada. Dizer, neste sentido, é sempre *ius dicere*. (AGAMBEN, 2002, p.28)

No entanto, há inúmeras discussões sobre os limites e os critérios do jurídico. Joga-se o jogo da separação entre o jurídico e o social. Ora, nem todos os fenômenos sociais são jurídicos, mas todos os fenômenos jurídicos são sociais. Mesmo havendo leis positivas que advêm de uma autoridade soberana, entre o direito ou/e as formas jurídicas e as regras da vida social não se pode conceber diferença irreduzível, mas uma permanente “*economia de conversão* que se faz em torno de um corte abstrato. O caráter flutuante da área jurídica pode impregnar assim, com toda a naturalidade, as condições de sua observação e de seu estudo: o sociólogo verá nele apenas hermetismo e tática de poder, o jurista verá nele o absoluto de uma análise que permite pensar todo o social como direito em devir”. (ASSIER-ANDRIEU, 2000,

p. 9). Então se conclui que entre a luta pelos discursos na política, a linguagem, direito e vida se encontram inseparáveis.

Foi a vida, muito mais do que o direito, que se tornou objeto das lutas políticas, ainda que estas últimas se formulem através das afirmações de direito. O “direito” à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, “o direito”, acima de todas as opressões e “alienações”, de encontrar o que se é e tudo o que se pode ser esse “direito” tão incompreensivo para o sistema jurídico clássico, foi a réplica política a todos esses novos procedimentos de poder que, por sua vez também não fazem parte do direito tradicional da soberania. (FOUCAULT, 1988, p. 136)

Dentro de tal lógica, é que a idéia de pluralismo jurídico se fortalece e se mantém como fruto dos direitos de resistência frente à falta de reconhecimento pelos intérpretes autorizados do direito oficial:

Direito, é, antes de tudo, liberdade militante, a firmar-se evolutivamente, nos padrões conscientizados de justiça histórica, dentro da convivência social de indivíduos, grupos, classes e povos – e isto quer dizer que o direito é então, em substância, processo e modelo de liberdade conscientizada ou conscientização libertadora, na/para práxis transformativa do mundo; e não ordem social (que procure encerrá-lo e detê-lo), nem norma (quem bem ou mal pretenda veicular), nem princípio abstrato (que o desvincule das lutas sociais e concretas), nem apenas luta social e concreta (que desconhece os limites jurídicos de uma práxis transformativa do mundo e reinvidicadora de direitos sonegados.) (LYRA FILHO, 2002, p. 90)

E já que quando se falam em direitos se fala em dever-ser, poderíamos enfatizar a distinção de que o dever ser não é aquilo que já é, e sim, deve ser aquilo que não é. O direito é o direito à não exploração. É a negação da negação. Por exemplo, em âmbito de direito internacional deve ser a desmilitarização, quando é a indústria bélica a que puxa o trem das economias desenvolvidas. Deve ser a dignidade daqueles cuja condição é indigna.

De fato, a dificuldade de conceituar o direito em si não é simplesmente técnica e sim ideológica, porque os juristas se colocam de modos diferentes perante os conflitos e dão o nome de direito ora à exploração, ora à libertação. Se pudermos notar certos acontecimentos históricos, o direito sempre foi liberdade militante. E aqui a utopia⁶² e a justiça não são idéias, são práticas. A justiça é uma ação.

⁶² Não o seu significado pejorativo, mas sim, a utopia necessária para colocar um horizonte de sentido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos ao longo do trabalho diferentes formas de atuação de poder. Que, as relações de poder não possuem, portanto, uma natureza determinada, essencial e estável, mas estão sempre em relação com práticas estabelecidas entre os seres humanos.

Podemos ver que na nossa história, temos toda a construção do que podemos chamar de “sujeito de direitos” alicerçada através de ideais considerados vicários; discursos que combinam tanto as antigas idéias de direito natural quanto as primeiras idéias contratualistas donde se alicerçaram a teoria da soberania e o individualismo-liberal, como pilares do Estado de Direito Moderno. Entretanto, dizer que o direito em torno da soberania é o problema central do direito nas sociedades ocidentais significa que o discurso e a técnica do direito tiveram essencialmente como função de dissolver, de mascarar, de um lado, as disciplinas e do outro, a obrigação legal da obediência (sujeição jurídica).

Vimos que a luta pelo direito é no mais a luta pelos discursos, é a luta pela vida. Os saberes e os poderes se debruçam sobre a vida humana, otimizando processos de objetivação do sujeito que vão desde uma conversa entre vizinhos até com um juiz, ou do confessionário até a psicanálise. Mas que o sujeito se constitui não somente por práticas de sujeição, mas também através de práticas de libertação⁶³. Em sua relação consigo mesmo, com os poderes presentes na sociedade e no mundo natural e sobre as outras pessoas.

Contudo, mais do que afirmar que o poder é isso ou aquilo, Foucault nos ofereceu ferramentas eficazes para pensarmos um mundo em constante transformação. Que, não adianta discutir se estamos na modernidade ou na pós-modernidade, e sim, o que aconteceu e o que está acontecendo ao nosso redor. Todavia, não podemos resumir a tecnologia aos artifícios do poder. A análise do poder na atualidade não deve corresponder a uma posição tecnofóbica. A rede mundial de computadores, ao mesmo tempo em que pode resultar em novas formas de “alienação”, podem também – por seu alto fluxo de informação –, conter formas de resistên-

⁶³ Sujeito crítico, para Foucault, não é aquele que é capaz de erguer pretensões de validade diante de situações pragmático-comunicativas, mas sim aquele que é capaz de “dobrar” as relações de saber e de poder, sendo capaz de constituir a si mesmo como sujeito autônomo de uma dada experiência moral, sexual, intelectual, afetiva, etc. Afinal de contas, o problema filosófico da crítica moderna sempre foi o da luta contra as formas instituídas de heteronomia.

cia e criação de novas formas de subjetividade. Poderíamos, a princípio, imaginar o caos proveniente das diferenças de opinião e as conseqüências da liberdade dada aos usuários. Desse processo emerge algo como uma difusão, uma certa “desregulamentação”, ou mudança de estratégias, da sociedade disciplinar. Pois a normalização que acontecia em lugares fechados abre lugar para existência de uma vigilância em lugares abertos, virtuais, e sem fronteiras.

Mas, ao mesmo tempo em que podemos constatar isso, também pensamos naqueles que não participam da inclusão digital e que são “capturados fora” por nossas instituições de seqüestro, que cada vez mais estão tendo suas ações intensificadas por outros meios. Pois enquanto o indivíduo fica trancafiado em sua vida virtual, seu corpo está dentro um espaço com grades de ferro, e sua força de trabalho mesmo assim é recolhida, pois cada vez mais os trabalhos braçais estão cada vez mais sendo substituídos por braços mecanizados autômatos e inumanos. O indivíduo se encontra encurralado, enquanto lá fora aumenta a campanha do “terrorismo de Estado”, que consiste na propaganda da insegurança individual, através das pesquisas sobre aumento de criminalidade e barbáries exibidas no noticiário, fazendo o sujeito crer na necessidade do aumento dos gastos públicos com o aparato repressivo do Estado: na descoberta de novas medidas de controle social⁶⁴, como a volta de discussão sobre a pena de morte e diminuição da menoridade penal e políticas de extermínio⁶⁵.

Assim a lógica da exceção atinge a todos, dentro e fora das prisões, ricos e pobres, tudo sobre a rubrica da democracia e do Estado de Direito. Ao mesmo tempo em que se disseminam estes belos discursos há o fortalecimento das organizações criminosas dentro e fora das prisões; a sobrecarga do sistema penitenciário; o distanciamento da polícia e do Judiciário da sociedade civil; a expansão dos serviços de segurança privada, freqüentemente ilegais ou irregulares; e o fortalecimento da lógica de exceção na segurança pública.

Da mesma forma, a globalização (em termos espaciais) e a superabundância e frenética sucessão de sentidos (em termos temporais) criou a partir da diferença de valores uma indiferença sobre os valores. No plano da normalização social, a ilusão da livre escolha fez

⁶⁴ Como Foucault se pergunta, em “Vigiar e Punir”, de como a prisão se manteve como forma primordial de punição na modernidade se para aquilo que ela se propõe, não funciona (ressocialização), já que sua reforma é um tema contemporâneo de seu próprio nascimento. A resposta é simples: a delinqüência que ela produz é útil. Além da exploração econômica ilícita, do controle das ilegalidades e da maneira como se utiliza dela contra ela própria, a delinqüência também faz ser tolerável a vigilância da polícia. Intensificando-se assim a tecnologia política.

com que a sedução e a tentação se tendam substituir à um novo tipo de disciplina, para que nos demarquemos de algum “liberalismo totalitário” que quer à força educar todas as pessoas a serem liberais – que a violentação das consciências não provem apenas do Estado, através da lei; pode prover também da sociedade, através da imposição de cânones opressivos de comportamento (regras “de pensar” e de “atuar politicamente”, regras “de decência”, regras “de trato”, “de vestir”, “de falar”, etc.). Nos tempos de hoje, até o “possível” foi capturado: em nossa sociedade, decretou-se o fim da história. Criamos laços profundos com o mundo idílico dos anúncios publicitários, embora todos nós saibamos que nada é assim na vida real. Após a “morte de Deus”, e de sua retirada da explicação da ordem do mundo, com a dissolução do corporativismo e o advento do paradigma individualista, todos operados pelos nominalistas e pelos humanistas, tudo fica como se a sociedade deixasse de notar a regulação social deixando-a para “a mão invisível”, tudo ficando entregue a uma anárquica, fugaz, abundante e irrefletida profusão de valores. Niilismo ao passo de num *zapping* de valores com uma certa similitude com o *zapping* dos canais de televisão – que se troca tão rápido que não se acaba vendo nenhum. A produção de subjetividade está ainda mais intensa e multiforme na atualidade: uma modulação da vida em torno do pertencimento, da aceitação, do acolhimento social e no mais pessoal a determinada identidade. Somos objetivados enquanto “consumidores”, “profissionais”, “cidadãos”, “seres vivos”...

Já que estamos num país “emergente”, “periférico”, de “modernidade tardia” é necessário um ensino jurídico voltado para nossos dilemas, que abandone aquele binarismo entre lícito e ilícito. Que pelo menos leve em consideração; que estude as microrrelações sociais, as disciplinas, os discursos, os “poderes oficiais” e os “poderes paralelos”. Com o intuito de se buscar uma solução pra problemas causados pela própria ordem interna e global que corrompem a nossa sociedade, que são praticamente impossíveis de serem combatidos por fazerem parte da própria ordem jurídica e econômica: como, por exemplo, a regulamentação da prostituição e outra postura quanto ao tráfico de drogas (mesmo que talvez causem problemas externos), canalizando recursos comumente despendidos para extermínio para práticas inclusivas como o ensino e a democratização dos meios de comunicação.

⁶⁵ Como por exemplo as ações do B.O.P.E., que foram consagradas pelo cinema, obtendo altos graus de aceitabilidade social.

Ou seja, a saída para os problemas acerca da emancipação está na idéia de novas maneiras de contestação dos sistemas hegemônicos de poder, de que é possível modificá-los. Pois, onde há o poder há resistência. Sendo as resistências ao poder aquelas que visam a defesa da liberdade. Agora que o poder organiza a vida como um todo, será que a resistência considerará a vida da mesma forma que o poder? O campo da liberdade se faz de atitudes e comportamentos, decorre da maneira pela qual indivíduos em suas lutas, em seus projetos, recusam as práticas que lhe são propostas, ou muito além disto, constituem-se como sujeitos autônomos de suas práticas. Tais lutas de resistência, constituem uma nova economia das relações de poder. Enfim, cada tempo tem campos de libertação possíveis que estão diretamente ligados a práticas e à estratégias que são por sua vez, móveis e flexíveis. A criatividade das estratégias e das lutas decorrem, portanto, das artimanhas da liberdade. E as principais resistências são aquelas que nascem na subjetividade, na identidade de resistência sem que nenhuma época tenha caráter exemplar e possa servir de guia às nossas reflexões do presente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano sobre a vida nua**. Vol. I. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- _____, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência e Subjetividade**. In: *Clínica e política: subjetividade e violação dos direitos humanos*. Cristina Rauter, Eduardo Passos, Regina Benevides (Orgs.) Equipe Clínico-Grupal, Grupo Tortura Nunca Mais –RJ. Rio de Janeiro: TeCorá, 2002.
- ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault e a crítica do sujeito**. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BENJAMIM, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre a literatura e história da cultura**. In: **Obras escolhidas**. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BIZZOCCHI, Aldo. **Anatomia da Cultura: Uma nova visão sobre ciência, arte, religião, esportes e técnica**. São Paulo: Palas Athena, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- _____, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- _____, Pierre. **Poder, derecho y clases sociales**. Espanha: Desclee de Brouwer: 2000.
- _____, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Campinas: Papius, 1996.
- CARDOSO, Ciro Flamarion. **História e paradigmas rivais**. In: **Domínios da História: Ensaios de teoria e metodologia**. CARDOSO, Ciro Flamarion e outro (org). Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- CHARAUDEAU, Patrick. MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de Análise do Discurso**. São Paulo: Contexto, 2004.

- CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 1980.
- CORREAS, Oscar. **Crítica da Ideologia Jurídica: ensaio sócio-semiológico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.
- DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo, ed. Brasiliense, 1998.
- DREYFUS, Hubert. RABINOW, Paul. **Michel Foucault - uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1986.
- EWALD, François, **Foucault, A Norma e o Direito**. 2º ed. Tradução de Antônio Fernando Cascais. Alpiarça: Vega, 2000.
- FARIA, José Eduardo. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: Editora da USP, 1988.
- FONSECA, Márcio Alves da. **As imagens do direito em Michel Foucault**. In: *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Tereza Cristina B. Calomeni. (Org.). Campos-RJ: Faculdade de Direito de Campos, 2004.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo, LTr, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- _____, Michel. **O que são as Luzes?** In: *Ditos e Escritos. V.II: Arqueologia das ciências e histórias dos sistemas de pensamento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____, Michel. **O Nascimento da Clínica**. Rio de Janeiro: ed. Forense Universitária, 1998.
- _____, Michel. **A história da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1997.
- _____, Michel. **A ordem do discurso**. 3º ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996a.
- _____, Michel. **Arqueologia das ciências e histórias dos sistemas de pensamento**. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 2000.
- _____, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1999a.
- _____, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.
- _____, Michel. **Microfísica do Poder**. Edições Graal. Rio de Janeiro, 1996b.
- _____, Michel. **Os Anormais**. São Paulo, ed. Martins Fontes, 2001.

- _____, Michel. **O sujeito e o poder.** In: DREYFUS, Hubert. RABINOW, Paul. *Michel Foucault - uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- _____, Michel. **Vigiar e Punir.** Petrópolis, ed. Vozes, 1996.
- GIACÓIA JR, Oswaldo. **Nietzsche & para Além de Bem e Mal.** Jorge Zahar. Campinas. 2003.
- GUARESCHI, Massimiliano. **Do modelo institucional-jurídico à analítica do poder: Michel Foucault.** In: **O poder: história da filosofia política moderna.** GIUSEPPE DUSO (org.). Petrópolis: Vozes, 2005.
- KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LIMA FILHO, ACACIO VAZ. **O poder na antiguidade: aspectos históricos e jurídicos.** São Paulo, Ícone, 1999.
- LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o barão de Münchhausen - marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento.** São Paulo: Cortez, 1998.
- LYRA FILHO, Roberto. **A nova filosofia jurídica.** In: *Introdução crítica ao Direito Agrário* Mônica C. Molina; José Geraldo de Souza Júnior; Fernando Tourinho Neto (Org.) *O Direito achado na rua.* Vol. 3. São Paulo: UN, 2002.
- _____, Roberto. **O que é direito.** São Paulo: Brasiliense, 1999.
- MAMEDE, Gladston. **Semiologia e Direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura.** Belo Horizonte: Editorial 786, 1995.
- MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas.** In: **Sociologia e antropologia.** Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003a.
- _____, Marcel. **Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a de “eu”.** In: **Sociologia e antropologia.** Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003b.
- NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.
- NIETZSCHE, Friedrich Willhelm. **Crepúsculo dos ídolos, ou, como filosofar com o martelo.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- _____, Friedrich Willhelm. **Humano, demasiado humano: um livro pra espíritos livres.** Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____, Friedrich Willhelm. **Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral.** (Os Pensadores), São Paulo: Abril Cultural, 1983.

NOBRE, Marcos. **Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil.** Novos Estudos Cebrap nº 66, julho de 2003.

_____, Marcos. **A Teoria crítica.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: definições e fins do direito. Os meios do direito.** São Paulo, Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico.** São Paulo: Alfa Omega, 1997.