

Michel Foucault e a questão do poder: o Judiciário como um produtor do discurso da verdade.

Michel Foucault and the matter of power: the Judiciary as a producer of the truth's discourse.

André Martins Brandão

Mestre em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia – UNAMA
Professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Belém – FABEL.

Sumário:

1. Michel Foucault: poder, verdade e direito;
2. O Judiciário como produtor do discurso da verdade;
3. Referências.

Resumo:

No presente artigo objetivamos investigar o sentido do poder no pensamento contemporâneo, e de que forma esse fenômeno influencia a construção da verdade e do direito no seio Estatal. Faremos o estudo com base no trabalho de um dos mais proeminentes pensadores do século XX, Michel Foucault, filósofo francês que via na desconstrução do pensamento ocidental a melhor forma de analisar seus verdadeiros sentidos e objetivos. Dessa forma, procuramos demonstrar que, mesmo no seio do Estado de Direito, o fenômeno jurídico é construído por emanções do poder e de discursos da verdade, e que, como resultado disso, o órgão Judiciário é um produtor de verdades jurídicas, que necessita de controle para não cometer arbitrariedades capazes de violar ferozmente os direitos fundamentais dos indivíduos.

Palavras-chave: Foucault, Poder, Direito, Verdade, Judiciário.

Abstract

This article aims to investigate the meaning of power in the contemporary thought, and how this phenomenon influences the construction of truth and law within the State. For this, the study is based on the work of one of the most prominent thinkers of the twentieth century, Michel Foucault, french philosopher who saw the deconstruction of western thought as the best way to analyze its true meaning and objectives. Thus, it intent to demonstrate that even within the Rule of Law, the legal phenomenon is built by emanations of power and discourses of truth, and as a result, the judiciary is a producer of legal truth, which needs control to avoid making arbitrary decisions capable of violating the fundamental rights of individuals.

Keywords: Foucault, Power, Law, Truth, Judiciary.

1. Michel Foucault: poder, verdade e direito.

Dentro de uma comunidade política, seja qual for, o poder é exercido de alguma forma. Digo até mais: em todas as relações sociais o poder é exercido de alguma forma.

É pelo poder que as relações sociais se determinam e é pelo poder que o Estado exerce suas atribuições sociais, mas também é pelo poder que surge a separação entre governantes e governados, entre oprimidos e opressores e é pelo existência de um poder descontrolado que grupos humanos inteiros reclamam direitos fundamentais.¹

O poder é um fenômeno central em nossa existência, pois ele existe e se distribui em todas as realidades sociais, tendo uma dupla face, podendo ser utilizado tanto como agente de mudanças sociais como forma de dominação e sujeição. Em ordem de entender o fenômeno jurídico como ele é, devemos estudar as formas de poder que o compõe, e como isso leva a construção institucional da verdade em um Estado de Direito.

Nessa linha utilizaremos os estudos de um grande filósofo francês do século XX: Michel Foucault [1926-1984], que apareceu como iminente pensador no meio da década de 1960. Segundo Mascaro “sua reflexão buscou compreender e apontar os nexos estruturais do poder e da dominação, nas suas múltiplas manifestações sociais.”² Foucault, como uma das vertentes de seu estudo do sujeito, busca analisar o fenômeno real do poder, e como ele funciona em um Estado na lógica ocidental.

Principalmente Gadamer³ defende que o ser humano é definido pela tradição na qual está imerso. Em seus estudos Foucault investiga a tradição ocidental, procurando as razões de constituição do sujeito nas mais diferentes épocas. Na mesma linha de Heidegger⁴, Foucault é um grande opositor de Descartes⁵ e seu homem extraível do mundo, que domina todo o conhecimento e a realidade. Não é a toa que o filósofo francês decretou que em uma de suas primeiras obras, chamada de *As palavras e as coisas*, que o homem está morto. Está morto o homem cartesiano centralizado, o *cogito ergo sum*, para abrir *espaço* para o sujeito dentro da

¹ ROCHA, Luiz Alberto G. S. . A Escola Francesa e as Definições de Poder: Georges Burdeau e Michel Foucault. Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO. Impresso), v. 10, p. 97-113, 2010, p. 97.

² MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p.429.

³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10 ed, Petrópolis: Vozes, 2008.

⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

⁵ DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. Porto Alegre: L&PM, 2009.

estrutura, para abrir espaço ao sujeito temporal. Nesse esteio, assim como Heidegger, Foucault buscou fugir do sujeito como ponto de partida epistemológico, e passou a se preocupar com as estruturas, colocando os sujeitos dentro dessa estrutura.⁶

Geralmente a obra de Foucault é dividida em dois momentos de construção⁷, a arqueologia⁸ e a genealogia⁹. Em cada uma delas o filósofo francês investigou o fenômeno do poder de forma diferente, tentando com isso demonstrar que nem sempre a intenção primária do discurso dominante é aquela que se aplica factualmente. Vejamos as intenções de Foucault nessas duas épocas quanto à pesquisa do poder:

Na arqueologia o poder aparece na discussão saber/poder e sobre verdade científica na qual Foucault se posiciona, afirmando que aquilo que é tomado como verdadeiro em uma época está ligado ao sistema de poder. Ou seja, a validação do conhecimento científico é uma questão de poder. (...) Na fase genealógica a ênfase recai sobre as práticas de poder e seus efeitos na construção da subjetividade. O poder passa a ser analisado a partir de suas práticas, das tecnologias de produção de poder desenvolvidas pela sociedade. Não mais o poder circunscrito ao Estado ou aos seus aparelhos, (...) explicar seu funcionamento comparando-o a uma rede que se estende ao corpo social, produzindo seus efeitos. O poder não mais localizável, mas multidirecional, espalhado como micro-poderes – grãos de podres na mesa social.¹⁰

Portanto, na arqueologia Foucault tentou escavar (como um arqueólogo) as máscaras de determinadas instituições, buscando modos históricos de certas formas discursivas e objetos (como a relação entre a loucura, o manicômio e o saber psiquiátrico). Por outro lado, a partir dos anos de 1970 (já na fase genealógica), Foucault define que procurou investigar o como do poder, ou seja, como funciona o poder em uma sociedade de direito. Essa pergunta vinha de seu objetivo principal na genealogia: procurar uma linha de desenvolvimento que indique de onde viemos. Para o francês não é somente importante contar a história, porém

⁶ FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, P. 366. “(...) o fim do homem é o retorno do começo da filosofia (...)”.

⁷ Atualmente fala-se em uma terceira fase de Foucault, chamada de fase ética. A essa fase pertencem os dois últimos volumes de sua obra *A história da sexualidade*.

⁸ Principalmente nas obras *História da loucura na idade clássica*; *As palavras e as coisas*; *O nascimento da clínica*; e *Arqueologia do saber*.

⁹ A esse período pertencem os livros *Vigiar e punir*; *O que é um autor?*; *A ordem do discurso*; e *A vontade do saber*.

¹⁰ SILVA, Francisco Paulo da. *Articulações entre poder e discurso em Michel Foucault*. In: SARGENTINI, Vanice; NAVARRO-BARBOSA, Pedro (org.). *Foucault e os domínios da linguagem: discurso, poder, subjetividade*. São Carlos: Claraluz, 2004, p. 160.

estudar uma ontologia histórica, na tentativa de descobrir porque os sujeitos são moldados da forma que são a cada tempo, ou seja, uma ontologia do sujeito.

Essa indagação foucaultiana sobre o sujeito tem consequência em duas áreas de nossa pesquisa: tanto na verdade quanto no poder. No campo da verdade a pesquisa foucaultiana procurou investigar como os sujeitos se tornam sujeitos de conhecimento em dada época. Heidegger¹¹ faz o mesmo ao analisar o cartesianismo, e mostra que o homem como sujeito cartesiano persegue a posse de bens materiais, confundindo o valor do ter com o valor do ser, em um mundo arraigado pela metafísica da subjetividade. No campo do poder, por sua vez, a investigação de Foucault diz respeito a como nos transformamos no sujeito de ação que controla e é controlado por outros.

Nessa construção, o filósofo francês fez seu estudo sobre poder a partir de dois pontos de referência, “dois limites: por um lado as regras do direito que delimitam formalmente o poder e, por outro, os efeitos de verdade que esse poder produz, transmite e que por sua vez reproduzem-no.” A partir desses limites Foucault define o trinômio que fundamenta sua investigação na genealogia: poder, direito e verdade.¹²

Devemos, porém, fazer uma ressalva. O que Foucault busca não é uma teoria de conceituação do poder, ele não procura um conceito fechado desse fenômeno. O autor investiga, sim, uma forma de analisá-lo nas sociedades contemporâneas.

A análise de Foucault sobre o poder não pretende se uma teoria. Isto é, não se trata de uma descrição acontextual, a-histórica, objetiva. Nem se aplica como uma generalização para toda a história. Antes, Foucault propõe aquilo que ele chama de uma analítica do poder à qual ele opõe a teoria.¹³

No mesmo sentido Rocha disserta:

Não que haja propriamente uma teoria geral do poder em Foucault, mas ele o percebe como uma prática social historicamente constituída (*episteme*) que precisa ser entendida em sua dinâmica de desenvolvimento na realidade crua das relações humanas. Pois, a genealogia de poder de Foucault vai além do costumeiramente trabalhado em direito que é o Estado como produtor, institucionalizador e mantenedor do poder. Há formas de exercício do poder

¹¹ HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte I. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

¹² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 2009, p. 179.

¹³ RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault: Uma trajetória filosófica*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 202.

diferentes do Estado, a ele articuladas de maneiras variadas e que são indispensáveis inclusive pra sua sustentação e atuação eficaz¹⁴.

Nas suas reflexões sobre o poder, Foucault tenta pensá-lo de forma inovadora, não somente dentro do campo estatal. A partir dessa idéia o autor francês pensa o poder sem necessitar da figura do soberano. Para ele o poder não é apenas aquele exercido formalmente pelo governante soberano, ou pela nação, ou pelo povo, ou até pelo Estado, mas uma imbricada rede de relacionamentos inerente a sociedade, formado por práticas sociais, da qual ninguém está alheio.

Nessa acepção, as relações de poder utilizam o direito para criar discursos de verdade¹⁵. Segundo Foucault “somos submetidos pelo poder à produção da verdade e só podemos exercê-lo através da produção da verdade. (...) O poder não para de nos interrogar, indagar, registrar e institucionalizar a busca da verdade.” Por ser o direito o discurso da verdade, e a verdade criadora do direito, Foucault busca demonstrar que o direito, em sua capilaridade, fomenta relações de sujeição.¹⁶

O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida. Para mim, o problema é evitar a questão da soberania e da obediência dos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição.¹⁷

Em ordem de entender o fenômeno do direito, do poder e da verdade devemos deixar aquele véu de fantasia insculpido na legislação. Devemos parar de olhar o dever-ser legal como uma realidade posta, ou que deve ser posta a qualquer custo. A realidade do direito por muitas vezes é cruel e opressora, baseada nas relações de poder que dominam a feitura do discurso de verdade, o que por sua vez gera mais poder.

Para estudar o fenômeno do direito a partir dessa característica factual, Foucault constrói cinco precauções metodológicas, que servem como guia para o seu estudo. A partir de cada uma delas teceremos comentários sobre a tese de Foucault a respeito do poder, e como a suas análises afetam o discurso do direito.

¹⁴ ROCHA, Luiz Alberto G. S. . A Escola Francesa e as Definições de Poder: Georges Burdeau e Michel Foucault. Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO. Impresso), v. 10, p. 97-113, 2010, p. 105.

¹⁵ “Foucault demonstra que o discurso de verdade não traduz a essência última das coisas, há entre as coisas e as palavras, a mediação de um modo de apropriação da realidade que lhe confere certo sentido. Esse sentido é a relação entre os saberes e o poder, entre o poder e as relações de poder. E é a desconstrução de tais relações de poder, de ‘verdade’ que se constitui a verdadeira tarefa política” ROCHA. op. cit, p. 107.

¹⁶ FOUCAULT, op. cit. p. 180.

¹⁷ FOUCAULT, op. cit., p. 182.

A primeira precaução é captar o poder nas suas extremidades, no momento que ele é menos jurídico. “Não se trata de analisar as formas regulamentares e legítimas do poder em seu centro (...). Trata-se, ao contrário, de captar o poder em suas extremidades, em suas ramificações, lá onde se torna capilar.”¹⁸ Um exemplo disso está em sua obra *Vigiar e Punir*. Ao invés de investigar os fundamentos da pena, ou o discurso legitimador da punição, Foucault vai atrás das práticas concretas do punir, dos encarceramentos, dos suplícios. Vai atrás da realidade do poder como é exercido nos presídios e prisões, demonstrando que nessa veia capilar o poder é exercido muito longe do que é juridicamente proposto nas normas estatais.¹⁹ “Nesse livro, Foucault entenderá que o direito não pode ser compreendido dentro do campo das normas jurídicas estatais. A verdade do direito penal, por exemplo, está muito mais nas práticas concretas do cárcere do que no Código Penal.”²⁰

Nesse sentido, o poder se apresenta a partir de uma concepção microfísica. A microfísica do poder foucaultinana não se trata de avaliar o discurso legal sobre o exercício do poder, se trata de investigar as reais práticas exercidas em nome do poder, ou seja, o como do poder nas relações sociais.

A segunda precaução metodológica do autor é abordar o poder “onde sua intenção (...) está completamente investida em práticas reais e efetivas (...) onde ele se relaciona com aquilo que podemos chamar de objeto.” Dessa maneira, não se trata mais de investigar o direito e o poder a partir daquele que detêm o poder e suas intenções, porém no espaço que esse poder emana seus efeitos, “onde ele se implanta e produz efeitos reais (...). Em vez de estudar a alma central, seria preciso procurar estudar (...) os corpos constituídos como sujeitos pelos efeitos do poder.”²¹

Dessa forma, o poder não é uma coisa que pertence a uma pessoa, não é uma propriedade. Segundo Rocha, a partir da análise foucaultiana, “o poder não é um objeto natural, do qual se detenha posse efetiva, mas se constitui em práticas sociais, práticas de saber que determinam a constituição dos objetos naquilo que se quer e dos indivíduos em seres amoldados e socializados (...)”²²

¹⁸ FOUCAULT, op. cit. p. 182.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 33 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

²⁰ MASCARO, op. cit., p. 431.

²¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 2009, p. 182-183

²² ROCHA, op. cit., p. 107.

Nessa acepção as características políticas e econômicas de dado Estado, as quais contêm regras de circulação de poder, não são um véu que desvelado mostra as reais características do sujeito. Elas são formadoras do sujeito do conhecimento. Na linguagem gadameriana são partes da tradição no qual estamos imersos. Para Foucault “a constituição histórica de um sujeito de conhecimento” se dá “através de um discurso tomado como um conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais.” Assim, as relações de poder em dada sociedade moldam o indivíduo, que tem sua constituição a partir da tradição que está imerso, aceitando os discursos de verdade por ela produzidos.²³

A partir dessa perspectiva, é impossível sair totalmente da tradição que estamos imersos. Fomos constituídos por ela, e pelas relações de poder nela contidas. Não há uma preexistência do sujeito do conhecimento. Porém quando temos consciência dessa relação de constituição, podemos ter lampejos para fora dela. Nossa tese é que esses lampejos são facilitados por outras formas de linguagem, por outras formas de tratar de certos problemas. A linguagem, para Heidegger²⁴, é a morada do ser. Vivemos nela e por ela. Para analisar certos problemas devemos fugir da linguagem usual por qual são tratados, vez que carregada de certos preconceitos, e descobrir novas formas lingüísticas de analisá-los, permitindo olhar, mesmo que de relance, para outras características da tradição, abrindo, com isso, novas possibilidades críticas para o diálogo.

Como terceira precaução consta um entendimento inovador a respeito do poder. Não se pode entendê-lo como fenômeno estanque, parado, que não se movimenta. As relações de poder são circulares, algo que só funciona em cadeia. Não existe uma imagem reducionista na qual um sujeito sempre é o opressor e outro o oprimido, pois o poder circula na sociedade. “O poder (...) não é algo que se possa dividir entre aqueles que possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que lhe são submetidos (...). O poder funciona e se exerce em rede.” O poder é como uma rede entendida pela sociedade. Assim não existe, por exemplo, a figura daquele trabalhador que é sempre o oprimido, e o empregador que é sempre o opressor (na linha de pensamento marxista). Na relação de trabalho isso pode ocorrer, porém quando o mesmo trabalhador chega em casa e bate em sua mulher, o poder já circulou, e o trabalhador

²³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 10-11.

²⁴ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 4 ed. Petrópolis: Vozes: 2008.

que era o oprimido na relação de trabalho passa a ser o opressor na relação conjugal. O poder se movimenta, e essa é uma de suas grandes características.²⁵

Dentro dessa construção a palavra sujeito tem duplo significado: ao mesmo tempo que é aquele ser consciente de si mesmo e propulsor de seus atos; e também aquele sujeitado as relações de poder. Assim todo o sujeito é autor e receptor das relações de poder.

Por essa razão devemos deixar de lado certas construções jurídicas que falam sobre a unicidade do poder, ou como esse só é exercido no seio do Estado. O poder não é somente aquele soberano que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, CF)²⁶, ele é constituído por práticas sociais concretas, “é a operação de tecnologias políticas sobre o corpo social”²⁷. A idealização constitucional é somente isso: uma idealização, uma mitologia. O poder circula em rede por todo o meio social, agindo sobre o corpo e construindo subjetividades, tendo característica ao mesmo de tempo de um poder disciplinar, que age sobre a individualidade, e de um biopoder que age sobre a vida e sobre a coletividade. Voltaremos a essas acepções foucaultianas do poder mais adiante.

A quarta precaução tem por objeto a forma de investigação do poder. Para Foucault não se deve partir do centro de poder se prolongando até as pontas, buscando os elementos moleculares da sociedade. O autor crê que “deva ser analisada a maneira como os fenômenos, as técnicas e os procedimentos de poder atuam nos níveis mais baixos”, fazendo uma análise ascendente para se chegar ao centro do problema, vendo como essas práticas de poder são utilizadas para manter o controle social.²⁸

O poder não tem uma única direção. Não existe somente de cima para baixo. Para Foucault, ele circula e é exercido em todas as direções. O governante precisa do governado, pois sem esse não seria eleito, precisa de sua base política, pois sem esses não teria capacidade de organizar os níveis inferiores das instituições estatais e da sociedade. Assim, não se deve observar somente aquele que nominalmente possui o poder no mais alto escalão para entender como o poder funciona na sociedade, porém analisar de baixo para cima, como funciona nos níveis inferiores, para depois subir, em ordem de entender as reais relações do poder.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 2009, p. 183.

²⁶ Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²⁷ RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault: Uma trajetória filosófica*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 203.

²⁸ FOUCAULT, op. cit. p. 184.

O poder não está restrito às instituições políticas. O poder representa um papel diretamente produtivo, ele vem de baixo, é multidirecional, funcionando de cima para baixo e também de baixo para cima. Vimos que as tecnologias políticas não podem ser identificadas com instituições particulares. Porém, também vimos que é exatamente quando estas tecnologias encontram uma localização em instituições específicas (escolas, hospitais, prisões), quando investem nestas instituições, que o biopoder começa, de fato, a funcionar.²⁹

A quinta e última precaução diz respeito ao saber como instrumento do poder. Foucault não acredita que o que se forma na base do poder são ideologias. Para o autor é muito menos e muito mais do que isso. “São instrumentos reais de formação e acumulação de saber.” Isso quer dizer que o poder gera saber, em ordem de gerar e manter o próprio poder. Assim como a verdade, que é produzida por esse saber fruto do poder. “O poder, para exercer-se nesses mecanismos sutis, é obrigado a formar, organizar e por em circulação um saber, ou melhor, aparelhos de saber que não são construções ideológicas.”³⁰

Nesse sentido, para Foucault, em ordem de estudar o fenômeno do poder devemos sair daquelas construções puramente dogmáticas, sair daquele campo puramente normativo de realidade legal. Em ordem de conhecer o poder devemos investigar suas práticas reais. De acordo com Rocha:

O resultado desse processo metodológico é analisar o poder como uma estrutura capilar que se ramifica em diversificados pontos das relações sociais por meio de formas e instituições mais regionais e locais em que muitas vezes as regras de direito não chegam a organizar e delimitar a ação dos indivíduos. É a *episteme* do racionalismo moderno que centraliza na idéia do Estado como órgão central e único de poder que ao negar analisar suas outras relações encobre os jogos de poder que se espalham dentro da sociedade e que compõe relações de dominação não desprezáveis. Relações, que raramente percebidas, mas que atuam na determinação e constituição do sujeito.³¹

Esse tipo de poder, presente em nossa sociedade contemporânea, age sobre os corpos e seus atos, sendo exercido continuamente a partir de esquemas de vigilância. É o que Foucault chama poder disciplinar, invenção burguesa essencial para a constituição do capitalismo industrial.

²⁹ RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert, op. cit., p. 203.

³⁰ FOUCAULT, op. cit., p. 186.

³¹ ROCHA, op cit., p. 117.

As sociedades modernas utilizam de instrumentos de disciplina e normalização para aumentar a eficiência e produtividade da sociedade. Fazem isso por meio de escolas, presídios, hospitais, etc. O modelo disciplinar, por meio de tecnologias de controle e constituição de identidades, permite a construção de sujeitos mais dóceis e aptos dentro da sociedade baseada no consumo.

Desse modo a disciplina (...) é considerada uma técnica utilizada pelas sociedades modernas para adestrar os indivíduos e torná-los produtivos. Ela incide sobre o corpo dos indivíduos, exercendo sobre eles uma coerção, mantendo-os ao nível da mecânica. (...) A disciplina é um instrumento de poder que trabalha os corpos dos homens, manipula seus elementos, produz seu comportamento, fabricando um tipo de homem necessário ao funcionamento e a manutenção da sociedade industrial, capitalista. E é assim, quando trabalhado pelo sistema político de dominação, característico do poder disciplinar, que o corpo se torna força de trabalho. (...) Visto desse modo o indivíduo é uma produção do poder, ou seja, o poder, na concepção foucaultiana, é formador de verdade sobre o sujeito.³²

Três aspectos explicam o poder disciplinar, poder que é transmitido, mesmo que de forma dissimulada, pelas normas de direito postas. O primeiro deles é a vigilância hierárquica: “graças as técnicas de vigilância, a ‘física’ do poder, o domínio sobre o corpo se efetuam segundo as leis da ótica e da mecânica, segundo um jogo de espaços, de linhas, de feixes de graus, e sem recurso (...) ao excesso, a força”³³ Assim, em instituições sociais como a escola somos constantemente vigiados como forma de continuarmos as práticas de disciplina. O medo de ser pego fazendo algo considerado errado oprime os sujeitos, que estão em constante vigilância, fazendo seu comportamento ser normalizado de acordo com os ditames engendrados nas relações de poder.

O segundo aspecto é chamado de sanção normalizadora. Aqueles que se comportam de forma desviante passam a ser objeto das sanções com objetivo de normalização a partir de suplícios físicos e psicológicos. De acordo com Rocha “daí surgir o castigo disciplinar que, por meio da punição, implementa uma série de sanções positivas de forma a corrigir e disciplinar o indivíduo à média da sociedade.”³⁴

³² SILVA, Francisco Paulo da. *Articulações entre poder e discurso em Michel Foucault*. In: SARGENTINI, Vanice; NAVARRO-BARBOSA, Pedro (org.). *Foucault e os domínios da linguagem: discurso, poder, subjetividade*. São Carlos: Claraluz, 2004, p. 172.

³³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 33 ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 148.

³⁴ ROCHA, op. cit., p. 108.

O terceiro e último aspecto relativo ao poder disciplinar se encontra na tecnologia do exame. O pensamento quantitativo da sociedade moderna transforma o sujeito em números, em um objeto quantificável que terá sua história e verdade analisada por meio de documentos juntados durante sua vida. O exame “é o sistema de registro e acumulação de documentos que individualiza os indivíduos para que sejam mecanismos do exercício do poder.”³⁵

Heidegger já avisava que a metafísica da subjetividade aliada ao humanismo e calcada no pensamento cartesiano e na lógica sujeito-objeto tem a capacidade de transformar o sujeito em objeto manipulável por outros sujeitos. É isso que Foucault explica a partir do poder disciplinar: como os sujeitos se tornam objetos construídos e normalizados pelas relações de poder, a partir das tecnologias sociais baseadas em saberes. Nesse diapasão, o sujeito se torna cego aos elementos de dominação presentes na sociedade, inviabilizando um pensamento crítico a respeito das instituições, aceitando as verdades postas pelos mecanismos de poder como o correto espelho da natureza³⁶.

A amplitude de tais elementos converge para uma posição de mobilização contra o exercício do poder que normaliza e absorve o homem nas suas teias fazendo-o imóvel a seus elementos de dominação porque ele fica adstrito a *episteme* de sua própria época. Lutar, dentro do caráter relacional do poder em sociedade, é resistir a posições pré-concebidas como resposta única e que evitam, por discursos monológicos e algumas vezes até racionais, um posicionamento crítico e desmistificador de nossas heranças sociais.³⁷

O biopoder, por sua vez, é aquele que age diretamente sobre o corpo social, tentando não só regular o corpo individual, mas a própria vida em sociedade. “A força do biopoder repousa na definição da realidade assim como na sua produção”, uma vez que usa de seus esquemas de disciplina e vigilância para a construção de subjetividades e normalização da sociedade de forma coletiva. A biologia e estatística são ciências que auxiliam a perpetuação do biopoder, com políticas de vacinação em massa, controle populacional e quantificação da sociedade mediante pesquisas como o CENSO, por exemplo.³⁸

O poder disciplinar e o biopoder, para Foucault, deveriam ter acabado com a soberania e o edifício jurídico que é trazido com ela, deveriam ter esgotado o discurso de normatividade, em ordem de perpetuar uma sociedade voltada para a disciplina normalizadora. Porém não foi

³⁵ ROCHA, op. cit., p. 108.

³⁶ É nesse momento que ocorre a falência da crítica.

³⁷ ROCHA, op. cit., p. 108.

³⁸ RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert, p. 222.

isso que ocorreu (afinal o mundo é do ser e não do dever-ser). O poder disciplinar continuou fazendo seus efeitos por fora da legalidade, enquanto dentro dessa se manteve o discurso de Estado de Direito.

Temos, portanto, nas sociedades modernas, a partir do século XIX até hoje, por um lado uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulados em torno do princípio do corpo social e da delegação de poder; e por outro, um sistema minucioso de coerções disciplinares que garanta a efetivamente a coesão deste mesmo corpo social. (...). Um direito de soberania e um mecanismo de disciplina: é dentro desses limites que se dá o exercício do poder.³⁹

2. O Judiciário como produtor do discurso da verdade.

Dentro dessa construção de poder disciplinar fático dentro da sociedade, funcionando como uma rede, e tendo como fundamento o saber e a verdade, temos no ramo do direito (sem dúvida um saber que gera poder) figuras que personificam o poder e a construção de verdade por meio do saber: esses são os juízes. Apesar da tese de que somos todos intérpretes legítimos do direito, pois essa é nossa forma de ser-no-mundo jurídico, quem dá a palavra final dentro da construção jurídica da verdade (processo) é o magistrado. Todo o saber gera poder, e com o saber jurídico não é diferente. O processo é um diálogo no qual as partes apresentam a sua versão da verdade, embasada em fatos e fundamentos jurídicos, e cabe ao juiz, dentro desse universo dialógico, por meio de seu poder advindo do saber jurídico, exarar decisão que deve ser vista como verdade jurídica. O Judiciário, portanto, é um produtor de verdade⁴⁰.

As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar na história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipo de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade.⁴¹

³⁹ FOUCAULT, op. cit., p. 189.

⁴⁰ Há diversas formas de conceber a verdade. O poder, nessa concepção, se mostra como a capacidade de determinado grupo impor sua verdade como se fosse a verdade de todos.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 11

O que acaba ocorrendo, por vezes, é a falta de controle do poder exercido pelos agentes do Estado, e o abuso dele na realidade, oprimindo todo um povo, ou uma grande parcela dele. Por vezes no século fomos aturridos por emanções do poder dentro da legalidade que iam radicalmente de encontro a qualquer direito humano e fundamental que possa ser reivindicado. Citar a Alemanha nazista e o Brasil durante a ditadura militar são exemplos mais que suficientes. Por essa razão o direito não pode ter como norte uma viés meramente tecnicista de aplicação das normas postas. A justiça deve ser o norte do direito, porém não uma justiça idealizada e impossível, mas uma justiça pragmática, dentro das possibilidades fáticas de realização.

O Estado, nesse sentido e a partir da visão foucaultiana, não pode mais ser visto como ente legítimo para dominar simplesmente porque visa o bem comum. Essa é uma visão teratológica do poder, que não faz jus a um viés pragmático de entendimento da realidade. Se esse é o discurso nas intenções, a prática pode ser totalmente diferente: o poder se faz por suas práticas concretas, e não por suas intenções presentes em textos normativos ou qualquer espécie de documento oficial.

Nosso objetivo, por meio dessa análise foucaultiana, não é liberar a verdade do poder, e sim demonstrar outras formas de enxergar os fenômenos do poder que estão presentes na nossa sociedade, procurando novos meios lingüísticos de dialogar sobre eles, buscando novos enfoques e perspectivas.

Nessa conjectura o estudo da obra de Foucault é deveras importante para o direito, pois possibilita um novo olhar sobre o fenômeno jurídico. O direito não pode ser visto apenas como aquele dever-ser normativo, deve se pautar também na realidade e seus fenômenos concretos, como o poder. Segundo Mascaro:

A grande importância de Foucault para a filosofia do direito é justamente a sua nova compreensão fenomênica do poder, do Estado, das instituições e do direito. Atravessados por redes de disciplinas, tais fenômenos não podem ser pensados apenas como dados formais. O jurista, ao entender o direito a partir de Foucault, não se limita mais ao mundo institucional oferecido pelas normas estatais. O direito é mais e menos que isso, mas nunca só isso.⁴²

Entendendo o direito como saber-poder, que pode levar a opressão e dominação, o pensamento técnico deve ser superado, pois ele, aliado ao humanismo, pode levar a

⁴² MASCARO, Alysson. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p.442-443.

coisificação ou confusão de sujeito com objeto, logo abuso do ser humano. Como o direito é um saber-poder, é necessário para o aplicador não só uma análise do dever ser, porém também do ser, em busca de uma melhor verdade, de uma melhor realidade, dentro das possibilidades fáticas apresentadas. A análise da dimensão ética e da facticidade é essencial para uma melhor aplicação do direito, como forma de concebê-lo mirando a justiça e a limitação do poder desarrazoado, pois abre possibilidades críticas ao discurso dominante.

Como vimos no presente a hermenêutica jurídica e o exercício do poder constroem a verdade jurídica. Por meio de um diálogo chamado processo as partes definem suas versões da verdade, advindas da experiência, embasados nas normas postas e em fatos, e cabe ao magistrado, quando chegado o fim do processo, produzir a verdade que mais se adéque ao caso concreto, decidindo-o e resolvendo o problema da vida. Não se trata de uma livre construção dialógica intersubjetiva da verdade, vez que ainda cabe aquele que tem o poder decisório dar a última palavra sobre a situação (talvez uma solução para isso seriam meios de controle democrático da decisão judicial).

O direito, como vimos, é um saber-poder, que garante aqueles que têm o conhecimento jurídico exercer o poder sobre a construção da verdade jurídica, por meio da sua interpretação do direito. Dessa forma, o próprio sistema de interpretação/aplicação do direito se torna um problema, pois vez que, se amoral ou imoral pode conduzir a interpretações e decisões injustas, ou que pelo menos não tenham uma pretensão de justiça. A resposta da filosofia do direito aos problemas oriundos do poder e da interpretação jurídica é dada com uma virada ética do positivismo, que tem o condão de superar a lógica formal que permeia o sistema de aplicação do direito, e substituí-la por uma de interpretação e aplicação sistêmica que leve em conta uma dimensão ética.

Um novo sistema de ética representa uma virada no pensamento juspositivista (altamente influenciado pelo viés tecnicista cartesiano), buscando formas dentro da teoria do direito de um maior controle sobre o poder e a interpretação/aplicação do direito estatal, advindos da vinculação entre direito e moral. A virada ética do direito se dá motivada pela perseguição de uma justiça, que não é aquela ideal, porém a melhor dentro das possibilidades concretas.

Defende-se, nesse campo, que o norte do direito deve ser a busca por justiça, e não por uma mera técnica de aplicação. Deve-se exigir uma interpretação e aplicação do direito pautada no ser, na realidade social e seus problemas, uma interpretação e aplicação ética,

possibilitando o diálogo democrático para fusão de horizontes em ordem de construir um lugar melhor para se viver, dando margem para o controle do poder arbitrário e desarrazoado.

Para deixar claro: não pretendemos que esse trabalho seja o espelho da verdade. O estudo na contemporaneidade não pode ter essa intenção. Essa é uma interpretação, uma tentativa de diálogo à espera de uma resposta. A função do jurista não é se acomodar com as teses postas, mas sempre questioná-las, fomentando diálogo em busca de uma melhor interpretação do direito. Essa busca se faz no dia-a-dia, dentro das possibilidades que se apresentam no mundo, dentro do possível. A busca não é por uma interpretação última e verdadeira do direito, e sim por uma melhor que a anterior, que poderá ser substituída por outra e assim sucessivamente, desde que dentro das possibilidades dadas traga mais justiça ao caso concreto.

REFERÊNCIAS:

DESCARTES, René. Discurso sobre o método. Porto Alegre: L&PM, 2009.

FOUCAULT, Michel. As palavras e as coisas. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002

_____. *Vigiar e Punir*. 33 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10 ed, Petrópolis: Vozes, 2008.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte I. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *A caminho da linguagem*. 4 ed. Petrópolis: Vozes: 2008.

MASCARO, Alysson. Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2010.

RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault: Uma trajetória filosófica*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. . A Escola Francesa e as Definições de Poder: Georges Burdeau e Michel Foucault. *Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO. Impresso)*, v. 10, p. 97-113, 2010.

SILVA, Francisco Paulo da. *Articulações entre poder e discurso em Michel Foucault*. In: SARGENTINI, Vanice; NAVARRO-BARBOSA, Pedro (org.). *Foucault e os domínios da linguagem: discurso, poder, subjetividade*. São Carlos: Claraluz, 2004