

# FOUCAULT E OS LIMITES DA LEGITIMIDADE NORMATIVA

Rodolfo de Freitas JACARANDÁ<sup>1</sup>

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar alguns aspectos da crítica de Michel Foucault ao problema da eficiência dos sistemas de legitimidade normativa, sobretudo no que diz respeito à questão da liberdade de ação no direito. Serão abordadas questões que envolvem a discussão do autor sobre a possibilidade de tomar a guerra como modelo analítico das relações de poder na sociedade, em contrapartida com alguns posicionamentos de padrões normativos liberais, principalmente das escolas sistêmicas do direito e da proposta habermasiana de um direito procedimental baseado na democracia e no dogma da autonomia individual.

**Palavras-Chave:** Legitimidade - Norma - Direito.

Para Michel Foucault uma prática é indissociável do tipo de racionalidade através da qual ela se reflete, se ordena e finaliza<sup>2</sup>. A

---

<sup>(1)</sup> Mestrando em Filosofia Social – PUC-Campinas.

<sup>(2)</sup> EWALD, F. **Foucault, a norma e o direito**. Tradução de Antônio Fernando Cascais. Lisboa: Editora Vega, 2000., **A norma e o direito**. op. cit. p. 61.

pergunta pelos tipos de racionalidade em que estão assentadas determinadas práticas sociais é a pergunta pelos fundamentos através dos quais elas se organizam na sociedade. De fato, enquanto se tem em perspectiva a relevância política, práticas sociais que demandam atribuições e justificativas no exercício do poder político devem ser fundamentadas por estatutos de legitimidade. Ao iniciar o curso “Em defesa da sociedade”<sup>3</sup> Foucault opta por abandonar o estudo das relações de poder a partir do problema da legitimidade, apresentando para tanto algumas precauções de método que por si mesmas funcionam como contestação do fato de que a legitimidade preside a todos os fenômenos de poder dentro de uma sociedade organizada. Tais preocupações representam um complexo sistema que possui o objetivo de pontuar operações de poder não alcançadas por estatutos de legitimidade referentes à legitimidade fundamental que, ligada a uma unidade de poderes e aos indivíduos, fomenta a idéia de soberania.

Tal abandono equivaleria a dizer que existem relações de poder que se processam à revelia de uma legitimidade geral acordada, ou seja, tomada a partir do modelo de um pacto social exarado – atualmente – nas Constituições fundadoras. Seria preciso então elaborar um modelo de análise das relações de poder que permitisse encontrar no tecido social os pontos de intersecção das práticas sociais que escapam à legitimidade fundamental. Foucault pensará então na guerra, já que sobrevivendo na sociedade relações de poder não amparadas pela Lei Maior isso significaria que elas subsistem sem significado, ou sem direcionamento dos fundamentos políticos do Estado. Imaginou-se que o aperfeiçoamento das estruturas estatais pudesse pôr fim à marginalidade com relação à lei. A sobrevivência de

---

<sup>(3)</sup> FOUCAULT, M. “Il faut défendre la société”. Cours au Collège de France – 1976-1976. Paris: Hautes Études, Éditions Gallimard, Seuil, 1997. Esse curso abordou o problema específico de se analisar como surgiu o discurso na sociedade de que uma guerra perpassaria as relações sociais, de tal modo que todas as relações seriam desdobramentos de um conflito constante entre forças que nunca se ajustam, como se a *política fosse uma guerra continuada por outros meios*.

conflitos intra-estatais indicava então que grupos inteiros não eram assumidos pelo Estado.

Ao se concentrar nos modelos de organização governamentais a partir da criação de instrumentos aperfeiçoados de assunção da vida dos indivíduos – a biopolítica e a governamentalidade – Foucault verifica que tais relações continuam a existir, agora não em termos explícitos de guerra, já que a assunção da vida pelo poder político garante a todos a participação em conflitos investidos da presença do Estado. É o caso das lutas civis que se processam segundo o modelo do litígio, pelas regras do direito. Ou melhor, através da consagração das redes formais que realizam, que possibilitam instâncias de conflitos geridas e vigiadas pelo Estado.

Para que o modelo da guerra possua validade, para que ele possibilite um modelo de análise das relações de poder nas sociedades de direito, seria preciso demonstrar que algumas relações de poder continuam a subsistir nessas redes formais, de modo a perpetuar um esquema binário (na verdade, um esquema multi-facetário) de dominação, em que há a sujeição de uns em prol da dominação de outros. De algum modo a crítica que Foucault faz aos princípios do Iluminismo, os princípios do contrato, não são críticas ao que esses princípios significam por si mesmos, mas uma crítica à forma como eles são dispostos na sociedade.

Essa crítica, já pensada em termos de uma crítica às teorias formais do conhecimento também se reflete com relação ao direito, embora Foucault não tenha, de fato, em momento algum efetuado um trabalho apenas sobre o direito. Foucault sempre se refere ao direito de modo a abandoná-lo enquanto princípio a partir do qual se devam pensar as relações de poder. Como ele mesmo escreve em *História da sexualidade*:

L'analyse, en termes de pouvoir, ne doit pas postuler, comme donées initiales, la souveraineté de l'État, la forme de la loi ou l'unité globale d'une domination; celles-ci n'en sont plutôt que les formes terminales. Par pouvoir, il me semble

qu'il faut comprendre d'abord la multiplicité des rapports de force qui sont immanents au domaine où ils s'exercent, et sont constitutifs de leur organisation;<sup>4</sup>

As indicações seguem a linha de pensamento já traçada por Foucault em "Em defesa da sociedade", com alguns acréscimos, sendo o mais importante a afirmação de que mesmo a guerra é um momento para integrar as relações de força desequilibradas, heterogêneas, instáveis, tensas. Foucault, atendendo ao pressuposto do nominalismo com que trata o poder, o aplica também à política e à guerra. Ambas são codificações estratégicas segundo as quais se pretende fazer uso de uma análise do poder. Estando sempre num esquema relacional, não podendo surgir de uma instância substancial, separada das outras partes, é imperioso que se esteja atento então para as *conditions de possibilité du pouvoir*<sup>5</sup>, nunca situadas num ponto central, irradiador como a soberania, mas no suporte móvel das correlações de força que, devido a sua desigualdade, induzem continuamente *estados de poder*, sempre localizados e sempre instáveis.

O estudo das condições de possibilidade do poder deve ser o estudo pontual de cada uma das esferas da sociedade, por onde devido à organizações específicas, relações de força são definidas pela desigualdade, pela assimetria, enfim, pela sujeição de uns e pela dominação de outros. Para que essa pesquisa seja elevada até a generalidade da sociedade deve se ter em conta todo um campo de relações de força que escape ao mecanismo Soberano-Lei, *qui a si longtemps fasciné la pensée politique*<sup>6</sup>, descobrindo as estratégias imanentes às correlações de força. Isso se faz recorrendo a algumas regras, a algumas orientações de método já precisadas. Neste ponto se trata de utilizar uma dessas questões, postas por Foucault como *prescrições de prudência*, sendo talvez a sua mais polêmica descrição

---

(4) FOUCAULT, M. *Histoire de la sexualité – La volonté de savoir*, v. I. Paris: Gallimard, 1997. p. 121-122.

(5) *Ibid.*, p. 122.

(6) *Ibid.*, p. 128.

sobre o poder que o vincula a técnicas de saber. É possível encontrá-la em *A vontade de saber*:

Si la sexualité s'est constituée comme domaine à connaître, c'est à partir de relations de pouvoir qui l'ont instituée comme objet possible; et en retour si le pouvoir a pu la prendre pour cible, c'est parce que des techniques de savoir, des procédures de discours ont été capables de l'investir. Entre techniques de savoir et stratégies de pouvoir, nulle extériorité;<sup>7</sup>

Na efetividade da organização de uma rede formal como é pensado o direito, ele procura possibilitar interações justas, porque simétricas, baseadas numa legitimidade fundamental. Foucault diz que abaixo dessa legitimidade fundamental subjazem relações de poder assimétricas que, no entanto, produzem sua própria legitimidade ao serem inseridas justificadamente (equivale a dizer legalmente) no espaço não alcançado pelo poder legítimo. É o caso da intervenção do poder normalizador no julgamento penal. É o caso da instituição prisional, atravessada por agentes de poderes diversos que não estão relacionados à punição especificamente, é o caso da norma jurídica que é responsável pela técnica geral de inclusão dos indivíduos em relações de poder ilegítimas<sup>8</sup>.

Foucault identifica na norma um desses pontos que reúnem uma técnica de saber e uma orientação estratégica de poder (ilegítimo), que está no cruzamento de um gerenciamento da vida individual e coletiva. Ocorre que o direito, aperfeiçoando os sistemas de correlações de força, é responsável por dar conta desses fenômenos dispersivos, já que detém a hegemonia da norma através de uma espécie de integração institucional das relações de poder. Como um direito melhor organizado pode alcançá-los? Como já fora exposto Foucault coloca em "Em defesa da sociedade" que assim que se tenta fazer uma crítica à intervenção

---

<sup>(7)</sup> Ibid., p. 130.

<sup>(8)</sup> Cf. 1.4.1.

do poder disciplinar na sociedade, o que se faz é buscar o amparo exatamente do direito, do direito formal que é o direito da soberania.

Que, de nos jours, le pouvoir s'exerce à la fois à travers ce droit et ces techniques de la discipline, que ces discours nés de la discipline envahissent le droit, que les procédés de la normalisation colonisent de plus en plus les procédures de la loi, c'est, je crois, ce qui peut expliquer le fonctionnement global de ce que j'appellerais une "société de normalisation"<sup>9</sup>.

Foucault faz menção a um direito novo e antidisciplinar, liberto do princípio da soberania. Essa declaração terminou por gerar todo um extenso desenvolvimento da filosofia de Foucault nos meios liberais<sup>10</sup>, e por outro lado, influenciou François Ewald a propor um modelo de direito reflexivo, assentado em princípios extranormativos<sup>11</sup>. Para não entrar no mérito dessas continuações talvez seja necessário mostrar como Foucault influenciou, engendrou uma nova percepção na estruturação do direito, e como essa nova percepção encontrou ressonância em novos sistemas normativos. A questão é como esses sistemas estão ainda relacionados a problemas inerentes ao normativismo atacado por Foucault, e como eles ainda permitem intervenções excessivas e a continuação de sistemas difusos de dominação.

<sup>(9)</sup> "Il faut défendre la société". op. cit. p. 34.

<sup>(10)</sup> Cf. como exemplo os livros: ASHENDER, S; OWEN, D; KELLY, M. (Editors). **Foucault contra Habermas – Recasting the Dialogue between Genealogy and Critical Theory**. New York: Sage Publications, 1999. MOSS, J (Editor). **The latter Foucault: Politics and Philosophy**. Michigan: Sage Publications, March 1998. WICHAM, G.; PAULICH, G.; **Rethinking Law Society and Governance: Foucault Bequest**. New York: Hart Publishing, August 2001. SIMONS, J. **Foucault and the political: Thinking the political**. New York: Hardcover, January 1995. VISKER, R; TURNER, V.; (Editors). **Michel Foucault: Genealogy as critique**. New York: Sage Publications, 1995. CAPUTO, J; YOUNT, M; (Editors). **Foucault and Critique of Institutions – Studies of the Greater Philadelphia philosophy consortium**. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, June 1993. GUTTING, G. (Editor). **The Cambridge Companion to Foucault**. New York: Edition Hardcover, June 1994.

<sup>(11)</sup> Cf. **Foucault, a norma e o direito**, op. cit.

De fato a percepção de que a estruturação do direito em uma diferenciação entre o discurso normativo e as práticas sociais não é exclusiva de Foucault, na verdade começou bem antes dele. Ela surge na verdade com toda uma crítica derivada da expansão do positivismo jurídico, em muito por causa da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, de 1936<sup>12</sup>. Kelsen é o filósofo criador da teoria responsável por propor princípios e métodos para uma teoria jurídica, fundamentada como ciência, com objeto próprio. Esse objeto sobre o qual se deteria o método jurídico por excelência é a norma jurídica. O direito para o jurista é a norma. Obviamente a redução do objeto jurídico à norma recebeu críticas intensas, justamente por esquecer as dimensões sociais e valorativas do fenômeno jurídico, despindo-o de seus caracteres humanos. A norma é uma prescrição que em sua existência específica vale. Ela vale não porque seja justa ou porque seja eficaz a vontade que a gerou, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental.

Fonte da jurisdição e da legitimidade (...), a norma fundamental é valorativamente neutra. Todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta valida e legitima o direito que dela decorre.<sup>13</sup>

Kelsen insistiu sempre na separação entre o ponto de vista jurídico e o moral e político, confiando no caráter científico do direito. À ciência do direito não cabe fazer julgamentos morais nem avaliações políticas sobre o direito vigente. Posta a primeira norma, p. ex., a Constituição, todas as normas seguintes serão válidas desde que legalmente constituídas, assim a legitimidade se reduz à legalidade. A ordem de um Estado é representada portanto pelo conjunto de normas que o fundamentam, e prescrevem sanções de forma organizada. Sem a ordem normativa o Estado deixa de existir, juridicamente falando.

<sup>(12)</sup> KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>(13)</sup> COELHO, F. U. *Para entender Kelsen*; prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. XVII.

A teoria da norma fundamental de Kelsen gerou muita polêmica por representar um sistema fechado, mas deu causa a toda uma fundamentação dos Estados democráticos, pela condição de estabelecer garantias essenciais rígidas, traçadas pelo positivismo que significa a consolidação de princípios desejados por uma população. No entanto, a proposição do modelo da norma fundamental traz a questão não só da flexibilidade do sistema, mas da ausência no plano do Direito do problema da moral e da política. Kelsen situou a ciência jurídica num plano em que a responsabilidade do direito é meramente formal. Não demorou muito novos sistemas se colocaram como opção ao modelo kelseniano, sem contudo deixar completamente de lado suas determinações científicas. Esses movimentos derivaram das mudanças efetuadas no pensamento filosófico que, em progressão, contestavam os eixos da evolução positivista, herdeira ainda do século XIX. Com a propagada "virada lingüística"<sup>14</sup> iniciada pelo Círculo de Viena, de onde saíra o próprio Kelsen, e consolidada politicamente por pensadores como Jürgen Habermas e Richard Rorty, desenvolveu-se todo um novo cenário teórico em torno de uma pragmática jurídica com vistas a contornar as questões não atacadas por Kelsen, tentando aperfeiçoar um sistema normativo de direitos.

Acompanhando o trabalho de Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>15</sup>, a pragmática jurídica se desenvolveu através da criação de uma ordem normativa como sistema, entendendo as normas jurídicas como discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos que objetivam o fim de um conflito baseado numa questão definida. Os discursos normativos constituem sistemas de controle de expectativas no sentido de que os comunicadores estão sempre num processo de imposição da

---

(14) Para mais informações sobre a assim chamada 'linguistic-pragmatic-hermeneutic turn', cf. APEL, K-O. **Transformação da filosofia**, v. I e II. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

(15) FERRAZ JR, T. S. **Teoria da norma jurídica – ensaio da pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. O livro foi lançado em primeira edição em 1978.

definição de suas relações<sup>16</sup>. Já o fundamento ou legitimidade da ação, por sua vez, repousa na legitimidade da expectativa dos outros. Mas Ferraz Jr. acrescenta que esta legitimidade é dada sempre por uma valoração ideológica, entendendo ideologia por um termo equívoco, significando ora tomada de posição, ora instrumento de análise, ora instrumento de justificação<sup>17</sup>. Por isso, para completar o sistema é necessário enfrentar o problema, ainda fundamental, da legitimidade.

Legitimidade, nesse caso, não deve ser entendida como eficácia ou validade, mas como justificação do próprio modo como o sistema deve funcionar. Esse fundamento deve ser encontrado nos quadros da pragmática lingüística, eminentemente racional. O que significa que se trata de discursos submetidos ao dever de prova. São estes os seus limites<sup>18</sup>. O problema prévio, antecipa Ferraz Jr., é o de saber se a possibilidade de uma justificação última é viável em termos de racionalidade, ou se ela extrapola esse limite, sobrevivendo a hipótese então do relativismo quanto às justificativas últimas.

O sistema normativo pragmático deve encontrar sua racionalidade na reflexão das condições de possibilidade da própria argumentação, e dessa forma portanto submeter qualquer participação ao ônus *probandi*, onde se tem um comportamento questionador ilimitadamente garantido, o que garante que a relação comunicativa não se rompa, mas é ao mesmo tempo limitado pelas regras que asseguram o estabelecimento das ações lingüísticas primárias, admitidas inicialmente como inatacáveis. As discussões heterológicas não buscam a verdade, mas um consenso em razão de uma decisão. Importante é assinalar que a diferença entre discursos axiomáticos (homológicos) e discursos heterológicos (dogmáticos)

está na exclusão, nos primeiros, de questões aporéticas, como limites da racionalidade, e na assunção, nos segundos, da aporia como um ponto de partida de seu pensar racional. Nestes termos, o limite da racionalidade dos discursos

---

<sup>(16)</sup> Ibid., p. 159.

<sup>(17)</sup> Ibid., p. 156.

<sup>(18)</sup> Ibid., p. 162.

heterológicos está na sua capacidade de assumir aporias, sendo irracionais os que as excluem ou tentam elimina-las.<sup>19</sup>

Tais considerações sobre o caráter aporético do discurso dogmático, continua Ferraz Jr., e sobre sua racionalidade heterológica permitem que se veja o sistema normativo como uma espécie de 'jogo sem fim'. A hipótese de jogo sem fim mostra que qualquer tentativa de exigência de padrões últimos, capazes de decidir inapelavelmente sobre a lisura do jogo, exige critérios que não estão dentro do sistema, mas fora dele. A intenção de fazer interferir no sistema metavalores como os provenientes da ideologia deve passar pelas regras iniciais de aceitação do jogo, sendo por ele absorvidos, perdendo o seu *quantum* de força excessiva com o qual se caracterizava antes de pertencer a ele. A entrada no sistema é feita a partir de uma posição original contraditória, e assim que é validada entra em processo de referência a partir das regras da interação, logo se estabelecendo, para que possa existir uma continuidade de participação, uma mediação que torne esse excesso capaz de concorrência, mas uma concorrência mediatizada. Isso garante que poderes simbólicos que dissimulam relações de força, ao entrarem na rede de interações formais, venham a sofrer um desgaste provocado pela própria fórmula de funcionamento do sistema, e assumam a condição necessária para continuar sua participação, ou seja, *assumindo uma média referencial*<sup>20</sup>.

---

(19) Ibid., p. 168.

(20) Sobre essa questão cf. em 1.4.1 como a norma, atualmente significando não retidão mas média, apesar de estar justificada como valorativamente neutra, mantém um esquema velado de valores, desde que precisa, para aceitar participações na performance, que estejam de antemão admitidos alguns pré-requisitos que são por si mesmo valorativos. Um deles é a questão da *normalidade*, que não pode ser definida por uma lei geral, já que a normalidade se difunde em muitos casos específicos, e será atestada por poderes outros não assumidos pela legitimidade do sistema. Se o sistema normativo, tal como é proposto por Ferraz Jr., realmente pode impedir que, em determinadas situações, poderes dissimulados venham, pela interação, a serem revelados e 'purificados', tal purificação deverá ocorrer também com qualquer excesso outro da média, cuja escala de variabilidade é estabelecida fora do sistema, e não dentro dele. Não é difícil concluir, com Foucault, o resultado dessa 'neutralidade' propagada pelos sistemas normativos.

No sistema normativo existem instâncias sem conhecer uma instância superior que decida pela legitimidade inapelável dele próprio. Mesmo quando se excluem, as relações entrecruzadas têm que se apoiar umas nas outras, precisando estar em relações mútuas.

Assim, quando falamos em soberania, soberania da Constituição ou do povo ou de um grupo elitário, temos antes uma expressão de reivindicação de legitimidade que oculta e dissimula as relações de concorrência. Em outras palavras, a legitimidade do sistema normativo é irreduzível a uma base ou princípio único do tipo 'norma fundamental', tendo de ser encontrada na própria atividade (atualidade) do sistema, que é sempre sua melhor explicação<sup>21</sup>.

O sistema normativo encontra assim seu limite de legitimidade, segundo Ferraz Jr., no modo como ele é capaz de manter-se nos quadros de sua racionalidade aporética. Sua legitimidade repousa, não em premissas incontestáveis e absolutas, mas na garantia da posição de outras possibilidades, em confronto com as quais o dogma se sustenta.

Essa autonomia sistêmica, apresentada por Ferraz Jr. em 1978, é contestada por Habermas, em 1992, justamente em virtude de que um sistema de direito *não deve adquirir autonomia para si mesmo*<sup>22</sup>. Ele só é autônomo na medida em que os processos institucionalizados de legislação e jurisdição garantem uma formação imparcial da opinião e da vontade, abrindo caminho para um entrelaçamento aberto entre direito, moral e política. Com isso Habermas eleva o sistema normativo a uma *teoria do direito* enquanto *teoria da sociedade*, e afirma: *não pode*

<sup>(21)</sup> **Teoria da norma jurídica**. op. cit. p. 178.

<sup>(22)</sup> HABERMAS, J. **Direito e democracia – entre a facticidade e a validade**. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p. 247. Essa obra é um desenvolvimento da sua conhecida Teoria da Ação Comunicativa, onde ele procura aplicar o telos lingüístico do entendimento às relações de força dos conflitos judiciais, mantendo a tensão entre a norma e a realidade, inerente ao direito, sem estabilizá-la.

*haver direito autônomo sem a consolidação da democracia*<sup>23</sup>. Nesse ponto o filósofo alemão retoma a crítica iniciada por Foucault já em 1970, quando o filósofo francês afirmava que o conhecimento não se separa dos seus processos de produção. Ou seja, não há como pensar o direito sem tratar da questão do arranjo social no qual ele se instala. Habermas objetiva atacar a neutralidade ética incômoda dos sistemas normativos autônomos, vinculando-os a fundamentos políticos: a idéia de democracia e o dogma da autonomia individual.

Por isso, procurando analisar relações de poder Foucault abandonou o modelo do direito. Ele não representa uma responsabilidade geral pela 'distribuição' do poder na sociedade. As teorias dos sistemas normativos procuraram justamente intervir nesse ponto. Procurando perceber como o 'poder' escapa ao direito, ou subsiste com ele, entre a norma fundamental e sua distribuição no arranjo social, a idéia é criar uma alternativa que evite o 'poder' (tido como substancialmente ruim), e possibilite a continuidade do processo decisório. Habermas pensa produzir um modelo de Estado de direito, baseando-o num paradigma procedimental do direito, de cunho lingüístico, em que o 'poder' pode ser evitado, subsistindo apenas relações de força autorizadas, o que equivale a dizer legitimadas, e que alcance a todo o tecido social. Isso seria possível já que seu modelo é auto-inclusivo, porque baseado numa 'racionalidade aporética', que atrai a todos, bastando para tanto estarem aptos a discutir, segundo regras lingüísticas pré-determinadas, inatacáveis.

Haveria assim uma forma de racionalidade que eliminaria a violência das relações humanas, e essa eliminação se daria exatamente pela maneira como esse novo direito procedimental produz uma justificativa para sua validade baseada no próprio modelo de arranjo social. Um arranjo que tenta ao máximo abolir intersecções violentas pela forma de sua racionalidade, que 'exclui' o poder.

---

<sup>(23)</sup> Idem.

Fábio Ulhôa Coelho traduz essa opção como uma tese *purificadora do poder*, já que ela perde de vista sua essência, o uso da força física. Para ele teses como as de Ferraz Jr., Luhmann e mesmo as de Habermas<sup>24</sup>, são postas como alternativas para que as pessoas não optem pelo poder. Para ele a norma jurídica é o que um conjunto de homens – a comunidade jurídica – diz que ela é<sup>25</sup>. Ela é um modo de consciência da realidade, que é apropriada por uma parcela da sociedade, ou seja, pelos juizes, burocratas de alto escalão, funcionários públicos com especialização técnica, peritos judiciais, advogados, professores de direito, etc. Observando normas vigentes os tecnólogos do direito assumem legitimamente o uso da norma jurídica, criando fórmulas racionais indispensáveis ao ocultamento das desigualdades sob aparência de uma isonomia jurídica. Em outros termos, contribuem para a dissimulação das relações de poder sob a forma do direito.

Os exercentes do poder instrumentalizam o direito a partir da influência sobre a tecnologia jurídica, uma vez que as normas são, em grande parte, o que os tecnólogos, integrantes da comunidade jurídica, afirmam que elas são. Essa instrumentalização, por outro lado, depende da capacidade do direito de adaptar-se às nuances das relações de poder. Alguma margem de discussão localizada da legitimidade do direito deve existir, para possibilitar rearranjos e cooptações. Não se admite, neste sentido, o questionamento da macrolegitimidade da ordem jurídica, posta, mas apenas o da microlegitimidade, que se traduz

---

<sup>(24)</sup> É importante salientar que quando o livro de Ulhôa foi escrito, 1991, Habermas ainda não tinha lançado sua teoria do direito. Mas já era bastante desenvolvida sua teoria da ação comunicativa, e ele já havia escrito alguns textos que denotavam os rumos dessa sua aplicação da filosofia da linguagem. De toda sorte, a crítica de Ulhôa não perde a validade em razão do acréscimo promovido por Habermas à ação comunicativa com a democracia. O caso é de analisar a tecnologia do poder, e não seus novos fundamentos de legitimidade geral.

<sup>(25)</sup> COELHO, F. U. **Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. p. 116.

pela aceitação, em termos relativos, da recusa de consciência, da desobediência civil e de direitos inoficiais. Em certo sentido, também a tentativa de criação de uma contra-tecnologia jurídica (teoria crítica do direito, jurisprudência da insurreição, etc.) acaba se inserindo nesse contexto e se revelando um aspecto auxiliar da instrumentalização do direito pelo poder<sup>26</sup>.

O trabalho crítico realizado por Ulhôa Coelho seria satisfatoriamente exaustivo para se contrapor aos sistemas normativos de tipo habermasiano, não fosse o problema de colocar a questão do poder de modo insuficiente. Em primeiro lugar porque há uma abordagem em muito subjetiva, posta em função de operadores do direito e apropriadores da norma jurídica. Assim, é difícil identificar em situações diferenciadas, em termos de macrolegitimidade<sup>27</sup>, as condições através das quais relações de poder subsistem à crítica ao normativismo e arranjo político específico de uma sociedade. – Foucault pensou esse problema quando colocou a questão *que relação há entre sociedade totalitária e sociedade democrática?*<sup>28</sup> – Em segundo lugar porque ele parece se guiar por um erro de diagnóstico. Ao colocar que a purificação do poder desumaniza esse poder, ou seja, retira a pergunta por quem o exerce, deixando livre que ele possa ser exercido por qualquer um, ele trabalha então com o fato de que o modo de produção (ou outras determinações macro-sociais) é responsável pela identificação pura e simples dos exercentes do poder, que em razão de classe ou de

---

(26) Ibid., p. 119.

(27) Ulhôa se refere a macrolegitimidade como a ordem jurídica como um todo, fundamentada no modo de produção e no exercício do poder pelas classes sociais. Para se questionar a macrolegitimidade é preciso uma luta insurrecional, contraposta por uma guerra civil encetada pela sustentabilidade da ordem jurídica global. Na microlegitimidade apenas alguns aspectos da ordem podem ser contestados, assumindo, tal contestação, a forma de movimentos constitucionalistas, a recusa da consciência, a desobediência civil, a postulação de direito inoficiais, o elogio do ilícito, etc. **Direito e poder**, op. cit., p. 110.

(28) “*Il faut défendre la société*”. op. cit. p. 249.

interesses estatutários, revelariam por isto mesmo a intenção de dissimular relações de poder ilegais.

Que as teorias normativas do direito permitem uma apropriação do exercício do poder, que sua rarefação através de lacunas, antinomias e livres confrontos entre interpretações como jogos ideológicos profissionais contribuem para dissimular relações de poder na sociedade, tudo isso é factível e consistente. Mas os exercentes do poder não podem ser considerados somente em função do modo de produção – o que Ulhôa Coelho coloca como determinantes da macrolegitimidade -, ou no arranjo social determinante no momento da produção da norma jurídica, mas, e essa é a contribuição mais que fundamental de Foucault, no próprio mecanismo da norma.

Ulhôa Coelho critica o que ele chama de purificação do poder, e nessa purificação ele inclui Foucault, porque por ela o poder pode ser de 'qualquer um'.

Por outro lado, as teses purificadoras do poder perdem de vista a sua essência, que é o uso da força física. Esta é apresentada como alternativa a evitar que conduza as pessoas a optarem pelo poder (Luhmann e Ferraz Jr.); ou, então, como algo que se opõe, destrutivamente, ao poder (Arendt); ou ainda, como um instrumento ultrapassado de um tipo de poder que sobrevive apenas para dissimular um outro mais eficiente e atual (Foucault).<sup>29</sup> (...) Um poder reificado não é de ninguém, está acima dos próprios homens; um poder purificado pode ser de qualquer um. Com isto desumanizam o poder.<sup>30</sup>

Ora, constatado como Foucault o fizera através da microfísica do poder, qual é o problema que o poder possa ser, não possuído, mas exercido por qualquer um? Para identificar dissimuladores de relações de poder não se deve ter em conta justamente o fato de que tal fenômeno

<sup>(29)</sup> **Direito e poder**, op. cit, p. 57.

<sup>(30)</sup> *Ibid.*, p. 117.

possa se dar pela intervenção de qualquer um? Uma lei que define um determinado crime, não deve estar pronta para punir qualquer um que incorra numa determinada ocasião proibida por ela? Não pode qualquer pessoa, por mais inferiorizada que esteja numa escala econômica social, se aproveitar de determinada situação e desferir um golpe que tire a vida de outrem? Não pode se aproveitar de uma função, economicamente ou politicamente inferiorizada, utilizando-se de sua posição para lesar a outrem através dela?

A ausência da abordagem subjetivista promovida por Foucault para identificar relações de poder, ao contrário de reduzir, amplia o campo de acesso a práticas de poder que permeiam o campo social. É a forma concreta que ele utiliza é ascendente – e só assim ela pode ser concreta –, ou seja, a partir das técnicas, mecanismos, procedimentos e confluências estratégicas que permitem sua existência local, pontuada, efetiva. Ao consagrar tal iniciativa Foucault não está se abstendo de lidar com o que há de humano no poder, tratando-o de forma desumanizada, ou abstrata porque seja um instrumento configurativo, positivo, das relações sociais. Foucault não admite que esse caráter positivo não implique no uso da força. O que ele não quer é marcar todas as funcionalidades do poder através do uso da força física, sendo que existem relações de dominação que se expressam por meios sutis, duradouros, quase superficiais, sem inclusive serem visíveis pela sociedade. Se há um eixo que o permite insistir na busca por um programa confiável de análise do poder sob o solo da soberania é a violência que se manifesta através de relações de força tidas por legítimas. Afinal a busca deve ser iniciada por pontos visíveis, demarcados por uma dominação. É assim que a genealogia da moral começa com o castigo, e é assim que Foucault faz uma genealogia do poder com relação ao direito através da prisão, presença efetiva do poder de julgar. E tais relações são perpetuadas através mesmo das regras que pretendem desconstitui-las. Defendo a posição de que a concentração de Foucault ao fazer uma história do discurso da guerra era a atenção voltada para uma história da violência que se perpetua através das diversas formas de racionalidade que o poder (sempre, de alguma

maneira político) assume em função de um período dado. Sobre a transição das lutas pelo poder para as esferas normativas nas sociedades de direito, Foucault escreve:

Le rapport de domination n'est pas plus un "rapport" que le lieu où elle s'exerce n'est un lieu. Et c'est pour cela précisément qu'en chaque moment de l'histoire elle se fixe dans un rituel; elle impose des obligations et des droits; elle constitue de soigneuses procédures. Elle établit des marques, grave des souvenirs dans les choses et jusque les corps; elle se fait comptable des dettes. Univers de règles qui n'est point destiné à adoucir, mais au contraire à satisfaire la violence. On aurait tort de croire, selon le schém traditionnel, que la guerre générale, s'épuisant dans ses propres contradictions, finit par renoncer à la violence et accepte de se supprimer elle-même dans les lois de la paix civile. La règle, c'est le plaisir calculé de cesse le jeu de la domination; elle met en scène une violence méticuleusement répétée. Le désir de paix, la douceur du compromis, l'acceptation tacite de la loi, loin d'être la grande conversion morale ou l'utile calcul que ont donné naissance à la règle, n'en sont que le résultat et à vrai dire la perversion (...); L'humanité ne progresse pas lentement de combat en combat jusqu'à une réciprocité universelle, où les règles se substitueront, pour toujours, à la guerre; elle installe chacune de ces violences dans un système de règles, et va ainsi de domination en domination. Et c'est la règle justement qui permet que violence soit faite à la violence, et qu'une autre domination puisse plier ceux-là mêmes qui dominant.<sup>31</sup>

Seria preciso seguir parte por parte a tentativa exarada por Habermas na sua teoria do direito democrática para tentar apreender em

<sup>(31)</sup> FOUCAULT, M. **Nietzsche, la généalogie, l'histoire**. Hommage à Jean Hyppolite, Paris, P.U.F., coll. "Épiméthée", 1971. In: Dits et Écrits, v. II. Paris: NRF, Éditions Gallimard, 1994. p. 145.

cada circunstância de que forma ela é incongruente com a idéia de abolir do corpo social, pela aproximação do distanciamento entre as esferas jurídicas, políticas e morais, relações de poder dissimuladas pelo arbítrio de interesses não revelados. Creio que as teorias discursivas terão que enfrentar sempre problemas como os que Foucault aborda em *A ordem do discurso*<sup>32</sup>, e todos os mesmos problemas que ele decifra na instalação de uma sociedade de normalização. Se não há interferência de poderes políticos não autorizados numa relação jurídico-social, continua o problema de que as esferas de comunicação são protegidas por estruturas que não garantem a permutabilidade total e transparente de informações, permanecendo o segredo como componente importante da dominação social; há a perpetuação de delimitações formais que alçadas a todas as esferas sociais mantém a 'normalidade' como fundamento mínimo para o pleiteamento de direitos; com isso se mantêm padrões determinantes disciplinares, que travestidos de informações adicionais e complementares, insistem livremente na viciação do sistema; somando ainda, a todo um complexo de dificuldades que não caberá aqui elencar, a imensa dificuldade que um sistema normativo possui de lidar com os fenômenos de violência extremos, comuns e sempre freqüentes, com os quais a pura consistência formal do sistema não conseguira lidar, transmitindo responsabilidades para poderes normalizadores, que se encarregariam de inteligir a ocorrência, reinserindo-a no sistema, devidamente corrigida.

Mas a questão que suscita uma reflexão de método é justamente o liame normativo que Habermas estabelece entre tantas esferas sociais ao mesmo tempo. Para isso seria necessária uma precisa Teoria do Estado, uma Teoria da Democracia associada a pressupostos de comunicação, ao direito, moral e política. Ao pensar

---

(32) **A ordem do discurso** é o texto elaborado por Foucault para sua aula inaugural no Collège de France, em 1970. Ali ele expõe todo o trajeto de seus futuros cursos, seguindo as orientações metodológicas da genealogia, que viriam a ser trabalhadas de forma complementar em *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*.

uma teoria normativa reunindo todos esses fatores Habermas é obrigado a reduzir as etapas de interação a institutos institucionalizados e garantidos juridicamente, completamente dependentes de uma legitimidade de princípios. Ou seja, ainda é o problema de uma norma fundamental.

Apesar dessas observações é fatal admitir que a proposta habermasiana, dentro dos limites exigidos por uma teoria do direito, parece despontar como rigorosa e produtiva, somada por exemplo à de J. Rawls<sup>33</sup>, que também insiste que não se pode abster de pensar o direito enquanto uma teoria do arranjo social. Ocorre que a multiplicidade de situações sobre as quais deve se deter uma teoria da sociedade atual, e suas variantes ultravoláteis, impedem que um projeto assim seja considerado mantendo sua unidade. Como tanto insistiu Foucault, dessa forma, se faz um apelo de via única ao mesmo direito e à mesma soberania que se pretendia criticar, já que o problema retorna para a antiga questão da legitimidade fundamental, afastada da realidade. Num certo instante ela é uma lei positivada, na outra ela é uma racionalidade autônoma, e na outra uma racionalidade guiada por princípios.

## BIBLIOGRAFIA

- COELHO, F. U. *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Para entender Kelsen*; prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- APEL, K-O. *Transformação da filosofia*, v. I e II. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
- EWALD, F. *Foucault, a norma e o direito*. Tradução de Antônio Fernando Cascais. Lisboa: Editora Vega, 2000.

<sup>(33)</sup> RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

- FERRAZ JR, T. S. *Teoria da norma jurídica – ensaio da pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FOUCAULT, M. “*Il faut défendre la société*”. Cours au Collège de France – 1976-1976. Paris: Hautes Études, Éditions Gallimard, Seuil, 1997
- \_\_\_\_\_, *Histoire de la sexualité – La volonté de savoir*, v. I. Paris : Gallimard, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*. Hommage à Jean Hyppolite, Paris, P.U.F., coll. «Épiméthée», 1971. In : *Dits et Écrits*, v. II. Paris: NRF, Éditions Gallimard, 1994.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia – entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Martins Fontes: São Paulo, 2000.