

FUNDAÇÃO EDITORA DA UNESP

Presidente do Conselho Curador
Marcos Macari

Diretor-Presidente
José Castilho Marques Neto

Editor-Executivo
Jézio Hernani Bomfim Gutierre

Conselho Editorial Acadêmico
Antonio Celso Ferreira
Cláudio Antonio Rabello Coelho
Elizabeth Berwerth Stucchi
Kester Carrara

Maria do Rosário Longo Mortatti
Maria Encarnação Beltrão Sposito
Maria Heloísa Martins Dias
Mario Fernando Bolognesi
Paulo José Brando Santilli
Roberto André Kraenkel

Editores-Assistentes
Anderson Nobara
Denise Katchuian Dognini
Dida Bessana

O Legado de Foucault

Lucila Scavone

Marcos César Alvarez

Richard Miskolci

Organizadores

Editora
UNESP

FAPESP

Foucault, a lei e o direito

Sérgio Adorno

Na tradição do pensamento sociológico clássico e contemporâneo, alguns autores – Weber ([1922] 1974), Bendix ([1964] 1996), Elias ([1939] 1990), Tilly ([1993] 1996)¹ – consideraram o monopólio estatal da violência, conquistado por direito, fundado em racionalidade legal, como requisito do Estado moderno, das formas pacificadas de existência social e, em uma palavra, do funcionamento moderno do poder, ao menos nas sociedades ocidentais. Embora em *Vigiar e punir* ([1975] 1977a) Foucault estabeleça uma associação entre poder e violência, ele oferece uma leitura diferente desse processo ao colocar em evidência um acontecimento moderno por excelência: a emergência das disciplinas cuja configuração histórica mais acabada é a prisão. Ao fazê-lo, fixou, como contrapontos, dois modelos de poder: o jurídico-político, centrado na figura da sobera-

¹ Doravante, optei por citar as referências bibliográficas indicando, entre parênteses, o ano da publicação que está sendo mencionado neste texto, ou o ano correspondente à sua tradução para o português. No interior dos parênteses, apontei entre colchetes o ano da publicação original.

nia, e o disciplinar em torno das formas normativas de objetivação da sujeição política.

A leitura de *Vigiar e punir* foi seguida de uma interpretação: Foucault teria demonstrado que o modelo jurídico-político é uma ficção do pensamento clássico; o poder não funcionaria à base da soberania, da lei e do monopólio estatal da violência e da justiça; porém, sob a égide de micropoderes, situados às margens e às bordas da sociedade – pouco importando, nesse caso, o que o filósofo francês estivesse efetivamente entendendo por sociedade. Seriam mais estratégicos do que táticos, mais ocultos do que explícitos, mais insidiosos do que arrogantes em sua magnitude, mais voltados para comportamentos do que idéias, cujo alvo principal é antes gerir corpos e suas virtualidades do que almas e suas virtudes.

Nessa mesma direção, Foucault teria negado estatuto político à lei e ao direito. Se a lei e o direito funcionaram como modelos de poder do *Ancien Régime*, teriam perdido toda sua força e funcionalidade no século XIX – era das disciplinas, da normalização dos comportamentos, da positividade do poder e de suas mecânicas. O direito e a lei fariam parte do passado, de uma época pré-moderna (Hunt e Wickham, 1994); adequavam-se às monarquias absolutistas; operavam pelo uso ostensivo da força, expressão da concentração das armas nas mãos do poder soberano; seu alvo era o controle do proibido; sua lógica, a da repressão dos impulsos e da contenção dos crimes, em geral, considerados atos de contestação à autoridade real e, nessa medida, crimes de lesa-majestade. Assim pensando, Foucault teria recusado primado à teoria do contrato (Gros, 1996, p. 78).²

² Exemplo eloquente de certo desprezo, da parte de Foucault, em tratar de modo substantivo o campo jurídico propriamente dito se encontra na distinção que ele opera, talvez mesmo provocativamente, entre lei e direito, como se fossem sinônimos, algo com relação ao que os comentaristas originários daquele campo protestam. Ver a respeito Hunt e Wickham, citados.

De fato, em não poucas oportunidades, Foucault parece ter reforçado esse entendimento de suas idéias, estimulando sua disseminação em resenhas e comentários de *Vigiar e punir*. Basta, para tanto, reportar-se às suas aulas em curso na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, no Brasil, em 1973, que resultou em publicação (1978 [1980; 1994]).³ Em várias páginas de *Vigiar e punir* esse entendimento parece reforçado, tanto quanto em sua tese sobre a “hipótese repressiva”, esboçada em *História da sexualidade: A vontade de saber* (1977b). Igualmente, em várias de suas intervenções no debate público, reunidas nos quatro volumes de *Dits et écrits* (1994), esse mesmo entendimento não está ausente. Seus mais proeminentes comentaristas – os franceses Ewald (1975) e Deleuze (1975), além dos norte-americanos Rabinow e Dreyfus ([1982] 1984) – não escaparam inicialmente de acompanhar o mestre nessa mesma direção, ainda que posteriormente tivessem matizado esse entendimento.

Em entendimento oposto encontram-se autores como Agamben ([1995] 1998) e Rosen (1999). Analisando a politização da vida como paradigma do moderno, Agamben sustém a impropriedade de dicotomizar aqueles modelos de poder em sua penetrante e sugestiva análise das relações entre direitos do homem e biopolítica. Rosen, apoiando-se em Foucault, elabora fundamentada análise das formas de governamentalidade na sociedade contemporânea, articulando elementos extraídos da biopolítica com outros extraídos da tradição liberal clássica que se reporta à lei e ao direito como pressupostos do poder político.

³ Embora o ciclo de conferências tivesse sido realizado em 1973, a transcrição das fitas resultou em uma primeira publicação só em 1978, por meio de uma espécie de *working paper* intitulado *A verdade e as formas jurídicas* (PUC, 1978). Posteriormente, Enrique Linch (1980) traduziu e editou o texto em língua espanhola, para a série “Mediações”, do Editorial Gedisa, do México. Finalmente, o texto foi incluído em *Dits et écrits* (1984), t. II, p. 571-88.

De fato, Foucault parece apoiar entendimento nessa direção. Refletindo sobre as saídas possíveis das formas modernas de sujeição, afirma algo nesse sentido:

não é recorrendo à soberania contra a disciplina que os efeitos do poder disciplinar poderão ser limitados, porque soberania e disciplina, direito da soberania e mecanismos disciplinares são duas partes intrinsecamente constitutivas dos mecanismos gerais de poder em nossa sociedade. Na luta contra o poder disciplinar, não é em direção ao velho direito de soberania que se deve marchar, mas na direção de um novo direito antidisciplinar e, ao mesmo tempo, liberado do princípio da soberania. ([1976] 1979, p. 190; 1984, t.III, p.189; 1999, p.47)

Certos ou não, ambos os entendimentos coincidem em um ponto: enquanto lei e direito não sejam objetos de interesse privilegiado na obra do filósofo francês, ele foi levado frequentemente a tematizá-los. Pelo sim ou pelo não, ora com maior densidade⁴, ora com menor, ora com certo desprezo, ora com maior acuidade, lei e direito comparecem, de fato, na sua obra sob os dois registros, isto é, sob ambos os entendimentos: o que advoga a dicotomia entre soberania e disciplina e o que pleiteia sua articulação.

Neste texto não pretendo esgotar essa questão, por mais interessante que seja. Vou me deter em uma parte do debate, justamente aquela que percorre os meandros da visão dicotômica. Não se trata de demonstrar que esta é mais apropriada às suas idéias – o propósito de uma exegese de seus textos ou de sua obra é, em si mesmo, uma atitude tão “anti-Foucault” que é completamente dispensável tentá-lo. Meu propósito é mais modesto. Consiste em sugerir que,

⁴ Como, aliás, está fartamente demonstrado na tese de Fonseca (2002).

se Foucault foi levado àquela dicotomia, como se fosse uma oposição radical entre dois modelos de poder – um correspondente ao século XVIII, quando prevaleceu o poder soberano, e outro correspondente ao século XIX, quando os saberes científicos mancomunados com estratégia de vigilância e de incitação discursiva passaram a gerir corpos, normalizando almas –, isso se deveu mais a uma questão de ordem metodológica do que de princípio teórico.⁵

Um empreendimento dessa espécie pode ser tentado por diferentes caminhos e perspectivas. A escolha deste ensaio recai sobre o tratamento dispensado por Foucault aos temas da lei e do direito. Como já afirmado, eles não são privilegiados como área de interesse em seus escritos, tanto assim que, à primeira vista, trata-se de temas que, inscritos no negativo, comparecem à obra muito mais pelo silêncio e pelas reticências do que por um tratamento exaustivo e substantivo. Aliás, não é verdade que Foucault tenha demonstrado pouco interesse na lei e no direito, haja vista suas pesquisas históricas. Seu desprezo repousa no pouco interesse teórico conferido a esses recortes temáticos, de extração mais tradicional nos hábitos dos cientistas sociais da moderna sociedade ocidental. É igualmente verdade, todavia, que esse argumento deva ser matizado, pois Foucault dedicara-se a outros temas igualmente “clássicos” do pensamento político, quais sejam o liberalismo e o neoliberalismo, que mereceram um curso no Collège de France, 1978-1979, *Naissance de la biopolitique* (2004).

⁵ Certamente, a separação entre teoria e metodologia é arbitrária. Não há teoria que não esteja fundada em certo olhar sobre o objeto, como igualmente não há metodologia que não esteja fundamentada em pressupostos teóricos. O que busco aqui é encontrar razões para sustentar a visão dicotômica do poder, tão fortemente presente na obra de Foucault, a despeito de seus desditos posteriores.

O velho direito de punir

O ciclo de conferências *A verdade e as formas jurídicas* (1980) resumia os cursos de 1971 e 1972 no *Collège de France*.⁶ Nessas conferências, Foucault introduz a complexa e mal compreendida problemática da verdade com base em um magistral estudo das formas históricas de aplicação e distribuição de punição, desde a Antiguidade clássica até os primórdios da era moderna, isto é, *grossa modo*, a partir do século XIX.

Conforme sugeriu Foucault, a dissolução do Império Romano e, por conseguinte, a extinção das formas jurídicas próprias do velho Direito do Estado vêm nascer e florescer um tipo de direito, predominante durante a vigência do feudalismo, que é o direito germânico, cujos procedimentos são inteiramente distintos de seu predecessor, o direito penal vigente na Grécia clássica. O direito germânico estava constituído em torno da justa, isto é, uma espécie de duelo perpétuo que opunha entre si indivíduos, famílias ou grupos. Suas condições e características de funcionamento repousavam em um sistema *sui-generis* de liquidação judicial e de administração da prova. Em primeiro lugar, a justa operava entre dois indivíduos, um deles acusador, que apresentava determinada reclamação contra outro indivíduo, o acusado. Em segundo lugar, os procedimentos de confrontação enfiavam a própria luta entre os oponentes.

A liquidação judicial se levava a cabo como uma espécie de continuação da luta entre os litigantes. O Direito Germânico não opõe a guerra à justiça, não identifica justiça com paz, senão, pelo contrário, supõe que o direito é uma forma singular e regulamentada de conduzir a guerra entre os indivíduos e de encadear os atos

de vingança. O direito é, pois, uma forma regulamentada de fazer a guerra. (p.66-7)

Em terceiro lugar, esses procedimentos, a despeito de beligerantes, também contemplam o acordo, que traduz uma reorientação dos litígios na direção de vinganças ritualizadas e recíprocas.

O direito germânico fundava-se igualmente em um sistema de provas, constituído para glorificar o vencedor, o litigante mais forte e de maior importância social. Havia também provas de tipo verbal, nas quais o indivíduo deveria se sujeitar a determinadas fórmulas que asseguravam não ter sido autor de delito. Por fim, as provas de destreza corporal e força física, conhecidas como ordálias, nas quais o próprio corpo estava encarregado de provar se determinado litigante venceria ou fracassaria.

Dessa forma, conclui Foucault, o sistema de provas no direito germânico não tinha por finalidade descobrir uma verdade e atribuí-la a uma das partes do conflito. Não pressupunha tampouco algo como uma sentença judicial. A contenda resultava em vencedores e perdedores. Vence o mais forte, perde o mais débil. Do mesmo modo, o sistema não previa a existência de intermediários entre os litigantes. Ora, esse sistema de provas teve por horizonte senão manter a assimetria das forças em disputa e restabelecer, no jogo perpétuo entre fortes e fracos, as diferenças entre os indivíduos.

Por volta de fins do século XII e início do século XIII, todo o sistema de resolução de contenciosos sofre acentuadas mutações.

Conforme Foucault:

dectamos, pois, uma dupla tendência que é característica da sociedade feudal. Por um lado, há uma concentração de armas nas mãos dos mais poderosos que tendem a impedir sua utilização pelos mais débeis. Vencer alguém é privá-lo de suas armas, noção da qual provém a concentração de poder armado que deu força aos mais

⁶ Trata-se dos cursos *La volonté de savoir* (1971) e *Théories et institutions pénales* (1972), ainda não publicados.

poderosos Estados feudais e, finalmente, ao mais poderoso de todos, o monarca. Por outro lado e simultaneamente estão as ações e os litígios judiciais que eram uma maneira de fazer os bens circularem. Compreende-se assim por que os mais poderosos procuraram controlar os litígios judiciais, impedindo que se desenvolvessem espontaneamente entre os indivíduos e por que intencionaram apoderar-se da circulação judicial e litigiosa dos bens, fato que implicou a concentração de armas e o poder judicial, que se formava nesta época, em mãos dos mesmos indivíduos. (p.74)

Em outras palavras, acumulação de poder — isto é, de armas e de instrumentos de imposição de justiça —, antes mesmos do que acumulação de riqueza, àquela época representada pela propriedade e posse da terra.

Esse processo conheceu quatro momentos decisivos. Primeiro, a progressiva expropriação do direito dos indivíduos de resolver por conta própria seus litígios, mediante o reconhecimento de um poder exterior, capaz de se impor sobre os litigantes sem tomar prévia defesa de uns ou outros. Segundo, o aparecimento de uma figura inteiramente nova, antes desconhecida: o procurador, representante do rei ou do senhor. Terceiro, emerge uma noção rigorosamente nova: a infração, que nada tem a ver com a antiga noção de falta de moral; o criminoso não é pecador, mas aquele que, por ofender a sociedade, causa-lhe danos que necessitam ser reparados. Por fim, aliada aos demais momentos, foi decisiva a descoberta da punição penal. A idéia de culpa transita da esfera da moralidade religiosa para a esfera da moralidade secular, mais propriamente jurídica.

Todo esse modelo de produção da verdade jurídica demonstra o quanto o império da lei e do direito veio, há muito, se firmando, culminando por colonizar o poder soberano. No século XVIII, o poder soberano revestiu-se de legalidade; o rei exerce o poder por direito, inicialmente direito divino, em seguida por direito consuetudinário.

Foi esse modelo que povoou o imaginário da filosofia política moderna, em torno de nomes como Bodin, Maquiavel, Hobbes e Locke, contribuindo para disseminar a identidade entre lei e poder, entre direito e justiça, entre soberania e juridicidade.

Uma era de ortopedia moral

Em princípios do século XIX, toda essa arquitetura jurídico-política começa a ceder lugar a outro modelo de produção da verdade:

de forma cada vez mais acelerada com o correr do século a legislação penal irá se desviando do que se poderia chamar utilidade social; não pretenderá apontar aquilo que é socialmente útil senão, pelo contrário, tratará de se ajustar ao indivíduo ... Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle não tanto sobre se o que fazem os indivíduos está ou não de acordo com a lei senão melhor ao nível do que possam fazer, são capazes de fazer, estão dispostos a fazer ou estão a ponto de fazer ... Entramos assim em uma idade que eu chamaria de ortopedia social. Trata-se de uma forma de poder, um tipo de sociedade que eu chamo sociedade disciplinar por oposição às sociedades estritamente penais que conhecíamos anteriormente. (p.96-8)

Perguntando-se como essa era de ortopedia social foi possível, Foucault vai buscar raízes nas formas populares de controle social, disseminadas pelas sociedades filantrópicas, de ajuda mútua, existentes na Europa, em particular na Inglaterra e na França, desde o século XVI. Essas formas populares investiam na moralização dos comportamentos, o que ensejava campanhas contra os vícios, tais como alcoolismo, vagabundagem, mendicância, adultério. Pouco a pouco, generalizaram-se práticas de controle que vigiavam estrei-

tamente, dia e noite, a conduta coletiva, esquadrinhando-as nos limites das pequenas vilas e cidadelas.

Esse processo culmina, em fins do século XVIII, com o panoptismo, objeto da quinta e última das conferências, cujo modelo mais notório é a prisão e o mais completo, o campo de concentração, este já no século XX. Referindo-se ao pan-optismo, afirma que ele nasceu “por força do deslocamento, no período compreendido entre o século XVIII e o século XIX, período em que se produz a apropriação por parte do poder central dos mecanismos populares de controle que se dão no século XVIII, iniciando uma era que haverá de ofuscar a prática e a teoria do direito penal” (p. 118).

Essas passagens parecem não deixar margens a dúvidas. O processo histórico se encarregou não apenas de enfraquecer o poder judicial centrado na lei, substituindo-o pelos mecanismos de controle social próprios da sociedade disciplinar, como também de opor dois modelos assimétricos: o modelo jurídico-político, no qual o direito e a lei são pensados como instrumentos dotados de substância em torno das noções de crime e dano no contexto de uma teoria da defesa social (esses instrumentos caracterizavam-se por sua natureza universal e abstrata; eram aplicados a qualquer um, segundo a gravidade da ofensa cometida, daí a estratégica matemática dos delitos e das penas proposta pelo Marquês de Beccaria), e o modelo do panoptismo, no qual não há substância universal, contudo se trata de uma mecânica de forças que alcança corpos em suas singularidades, penetrando de forma difusa em espaços os mais recônditos. A justiça penal não mais terá por alvo a proteção da sociedade mediante aplicação de estatutos legais, porém conter virtualidades criminosas. É nessa medida que o aparelho judiciário deixa de ser um poder autónomo, cujos procedimentos estavam centrados em torno do *inquérito*, para se converter em espaço de intervenção de outros saberes, extrajurídicos, capazes de realizar o *exame*.

Nessas conferências, a oposição entre ambos os modelos resulta de uma perspectiva metodológica: a opção pelo percurso histórico de longa duração em uma perspectiva arqueológica, isto é, que reconhece rupturas antes do que continuidades, daí por que não se possa acusar Foucault de evolucionista. O modelo jurídico-político cons tituído em torno da lei e do direito não é somente o que fenece na história, mas é o que condena ao desaparecimento uma substância a do enunciado das leis penais – sem que outra venha ocupar esse primado pré-moderno do ordenamento jurídico-político da soberania. O pan-óptico, na condição de símbolo por excelência de um poder anônimo, não comporta substância, tão-somente mecânica, vale dizer, modos de funcionamento do poder representados por estratégias polimorfas e infinitesimais de controle ortopédico – portanto corre tivo – dos indivíduos.

As disciplinas e o dispositivo da sexualidade na arquitetura do poder moderno

Vigiar e punir é indiscutivelmente o resultado refinado dos cursos e das conferências. Nessa obra, são bastante conhecidas as objeções de Foucault ao tratamento que a teoria política moderna atribuiu às relações entre direito e poder. Foucault recusa-se a aceitar a hegemonia que o modelo jurídico-político, herdeiro das tradições jusnaturalistas e contratualistas, centrado na ideia de soberania e no primado da lei, conquistou no interior do pensamento político quer clássico, quer contemporâneo. A ficção jurídica do contrato cuja substância se encarna na figura do príncipe pacificador, Foucault opôs uma mecânica de poder que opera na forma de infradireito (Foucault 1977a e 1977b; 1994, t.II-IV; 1999).

Foucault reconhece, em *Vigiar e punir*, que o século XIX elegeu a delinqüência como uma das engrenagens do poder e identificou a

prisão como seu observatório político. Esse momento corresponde à emergência de uma nova mecânica de poder, que não diz mais respeito exclusivamente à lei e à repressão, porém dispõe de uma riqueza estratégica porque investe sobre o corpo humano, não para supliciá-lo, mas para adestrá-lo; não para expulsá-lo do convívio social, senão para explorar-lhe o máximo de suas potencialidades, tornando-o politicamente produtivo e economicamente dócil. Disso resulta que a disciplina não é uma estratégia de sujeição política exclusivamente repressiva, todavia positiva: o poder é produtor da individualidade, o indivíduo é uma produção do poder. Trata-se de uma forma de poder que se opõe ao modelo da soberania.

Não são poucas as passagens, em *Vigiar e punir*, em que soberania e disciplina, direito e norma aparecem como opostos que não se comunicam. De início, desde o surpreendente esquadramento de Damiens, a dicotomia é visível. Ao descrever com minúcias o suplicio do condenado, é clara a insistência de Foucault em ajustar a descrição ao velho direito monárquico de mandar matar, sempre que a autoridade real, com suas prerrogativas de governo absoluto, tivesse sido afrontada. “A melancólica festa da punição vai se extinguindo ... A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena” (Foucault, 1977a, p.14). É mais, “os rituais modernos da execução capital dão testemunho desse duplo processo – supressão do espetáculo, anulação da dor” (idem, p.17). Tratou-se de um processo de declínio ocorrido, na França, entre 1760 e 1840, “mas que nunca chegou a termo” (idem, p.19).

Contra o espetáculo do suplício, Foucault parece opor a relativa “suavidade” de uma nova economia punitiva que se opõe ao escândalo público ensejado pela presença do criminoso. Foucault está se referindo ao curto período de inquietações pós-revolucionárias na França, certamente entre 1789 e 1820, no qual tem lugar uma espécie de interlúdio representado pela proposta de reforma do sistema penal, levada a cabo por juristas sob forte inspiração iluminista.

A reforma previu uma nova economia de poder, reconhecida como movimento pela “humanização das penas”, por meio do qual se pretendia a abolição dos espetáculos públicos do suplício e de todas as formas degradantes de aplicação de sanções. Estavam os reformistas preocupados com os efeitos imprevistos na aplicação de sanções: o antigo modelo punitivo punia em excesso tão-somente os crimes que lhe chegavam ao conhecimento. Em contrapartida, uma gama infundável de infrações permanecia à ilharga do poder judicial, conduzindo à descrença na sua eventual eficácia simbólica, qual seja a de desestimular a repetição do comportamento criminoso. Do mesmo modo, os espetáculos públicos de suplício incitavam a audiência popular a apostar no êxito ou fracasso dos esquadramentos. Fracasos conduziam a risos e críticas, interpretados como manifestações de desobediência civil ao poder soberano. Incitavam, por conseguinte, perigosamente a revolta e resistência populares, cujos vícios e virtudes eram do conhecimento dos reformistas penais que haviam testemunhado a presença das multidões nas ruas durante os acontecimentos de 1789 a 1795.

Não cuidavam os reformistas de abolir toda e qualquer sanção. Todavia, punir segundo uma nova economia que alcançasse um raio maior de infrações, reduzisse a impunidade e eliminasse os inconvenientes de um poder punitivo arbitrário. Curiosamente, a reforma iluminista não contemplava o encarceramento – mesmo que “modernizado” – como sanção privilegiada. Os reformistas elegeram a deportação, as multas, o banimento como as sanções mais ajustadas à nova economia punitiva. Decerto, tinham em mente o cenário de horrores proporcionados pelos antigos calabouços reais – a Bastille, por suposto – que se limitavam tão-somente a retirar pessoas de circulação das ruas, sem, contudo, promover sua recuperação para a vida civil.

Curiosa e paradoxalmente, vingou a única modalidade punitiva que os reformistas haviam desprezado: a prisão. É justamente esse

o seu enigma, razão de ser da monumental pesquisa histórica⁷ e documental realizada. A seguir os argumentos contidos, em especial na parte III do livro, a prisão é uma invenção moderna, do século XIX, que não guarda intimidade com os antigos calabouços, exceto quanto à supressão temporária da liberdade individual. A prisão é uma máquina de produzir “corpos dóceis” – economicamente produtivos e politicamente neutralizados em sua capacidade de revolta e resistência. Como largamente conhecido, a prisão moderna busca, antes de tudo, a reforma moral dos indivíduos mediante a imposição de disciplinas que incidem sobre o controle dos corpos, de sua inserção em espaços cujas atividades são rigorosamente divididas no tempo, das verdades que circulam e atravessam os corpos, obtidas por intermédio de modalidades de extorsão e registro contínuo e permanente.

A despeito da meticulosidade com que descreve a maquinaria prisional, Foucault sustenta, no debate com os historiadores, não ter

interesse especial pelo estudo da prisão, porém lhe interessava o panoptismo, pois este representava por excelência uma mecânica de poder que se opunha à tradição de pensá-lo de acordo com o modelo jurídico-político da soberania. Não foram poucas as oportunidades em que cuidou de esclarecer as diferenças e oposições entre ambos os modelos. A coletânea *Microfísica do poder* (1979), organizada por Roberto Machado, reúne vários ensaios e entrevistas em que a dicotomia é acentuada, em especial nos seguintes capítulos: “Verdade e poder” ([1976] 1994, t.III, p.140-58); “Sobre a prisão” ([1975] 1994, t.II, p.740-53); “Poder e corpo” ([1975] 1994, t.II, p.754-59); e notadamente “Soberania e disciplina” ([1975-76] 1994, t.III, p.124-36).

Em *Vigiar e punir*, deve-se considerar o poder uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem a função de reprimir. Trata-se de uma rede que se estende em suas múltiplas extremidades e últimas ramificações; que investe em práticas reais e efetivas; que não está localizada em nenhuma região em particular; que não se exerce sob a forma de dominação maciça e homogênea de uma classe sobre outra, de um grupo social sobre outro e que, portanto, não é apropriado como bem ou riqueza; que não irradia de um centro em direção à sociedade, porém nasce da sociedade e se projeta em direção ao centro; e depende menos de fundamentação ideológica e mais de acúmulo de saber por meio de métodos de observação e vigilância, procedimentos de pesquisa, aparelhos de verificação. Em uma passagem de “Soberania e disciplina”, a dicotomia é clara e precisa:

Em vez de orientar a pesquisa sobre o poder no sentido do edifício jurídico-político da soberania, dos aparelhos de Estado e das ideologias que o acompanham, deve-se orientá-la para a dominação, os operadores materiais, as formas de sujeição, os usos e as conexões da sujeição com os sistemas locais e os dispositivos

⁷ Qualificar a pesquisa das instituições penais como histórico-documental é de minha inteira responsabilidade. O mal-estar que *Vigiar e punir* introduziu entre os historiadores é questão de público reconhecimento, tendo sido objeto de publicações. Entre as mais importantes, cito o livro, organizado pela historiadora Michelle Perrot, *L'Impossible prison* (1979). Foucault debate com os historiadores que lhe censuram, além do método empregado, generalizações que lhes pareciam grosseiras, como a de haver pesquisado o modelo francês de prisão, tomando-o como uma espécie de “tipo ideal” do pan-optismo em marcha na Europa ocidental do século XIX, desconhecendo as enormes diferenças entre as prisões francesas e os modelos vigentes no mundo anglo-saxão, em especial na Inglaterra e na Austrália. Contra essas objeções, Foucault, na mesma publicação, dirige surpreendente réplica: a de que seus trabalhos eram históricos pelos domínios em que se aplicavam, porém não eram trabalhos de historiador. Ver, a respeito: Foucault, “Nietzsche, a genealogia e a história” ([1971] 1994, t. II, p.156; 1979, p.15-37). Ver ainda: Foucault (1984, t.2, p.9-16). Com relação a haver tomado a prisão como uma espécie de tipo ideal, reporto-me às aproximações e diferenças apontadas por Rabinow e Dreyfus (1984, p.193-4).

estratégicos. É preciso estudar o poder colocando-se fora do modelo do Leviatã, fora do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição estatal. É preciso estudá-lo a partir das técnicas e táticas de dominação. (1979, p.186)

Deleuze (1975), qualificando Foucault como um novo cartógrafo, caminha em idêntica direção. Comentando as novidades introduzidas por *Vigiar e punir*, as quais traduzem o abandono de “um certo número de postulados que marcaram a posição tradicional da esquerda” (p.1208), que são assim identificados: o poder não funciona como propriedade; não está concentrado no aparelho de Estado; não é uma superestrutura política que responde aos dinamismos dos processos de produção e exploração econômica; não atua pela repressão ou como uma ideologia; e não opera pela lei, mas por agenciamentos de ilegalismos. Ewald (1975) não destoa dessa leitura. Sua refinada análise de *Vigiar e punir* também insiste na oposição entre as tradições de poder que buscam sua origem, suas condições e suas causas e a anatomia política que rompe com aquela tradição. Com essa perspectiva, Foucault

não procura tanto explicar o poder senão a descrevê-lo. Ele põe em destaque o poder como perspectiva própria, específica, *irredutível*. Não que ela faça do poder uma nova substância, da qual ela procurasse definir a essência. À idéia de uma essência do poder, ela opõe o poder como exercício. Ela dissolve a grande unidade do poder, sua identificação muito simples com o Estado e seus aparelhos: ao poder ela opõe as relações de poder e a pluralidade dos “micro-poderes” que elas constituem. (1977a, p.1238)

Ewald igualmente contrapõe os modelos de soberania e disciplina, abordando três ordens de questões: a da articulação entre relações de poder e relações de produção; a da relação dos “micro-poderes”

com o poder de Estado; a das constantes no exercício do poder e, por extensão, a da finalidade do poder.

Nas bastantes esse elenco de demonstrações, o ponto mais alto desse entendimento pode ser encontrado em Foucault (1977b, t.1), quando ele coloca em discussão a chamada hipótese repressiva. Nessa obra, na verdade um projeto de pesquisa parcialmente abortado, o filósofo francês questiona se a moderna sociedade ocidental teria efetivamente reprimido a sexualidade, como apontam muitos analistas, em especial Reich, que parece ser o alvo escondido de suas críticas.

Por longo tempo, a sexualidade foi considerada (até mesmo por Foucault) um domínio saturado pelas interdições e pela censura. A família burguesa teria emprestado à sexualidade um regime mínimo de existência: do sexo não se fala, senão discretamente. Essa discrição teria sido contemporânea do capitalismo nascente que recusaria aos corpos o dispêndio inútil do prazer a fim de dele extrair sua potência máxima de trabalho. É nisso que reside a chamada “hipótese repressiva”.

O que viria caracterizar a sexualidade, a partir do século XVIII, é justamente a colocação do sexo em discurso (sua “problematização”). O sexo torna-se algo a dizer. Antes do que um arsenal de censura, o que se vê nascer é uma vasta incitação ao discurso sobre sexo, orquestrada por instituições as mais diversas (a Igreja e as confissões da carne, a medicina, a psiquiatria com a patologia sobre a masturbação, as políticas de natalidade, as instituições pedagógicas obcecadas por manifestações polimorfos da sexualidade infantil etc.).

Até o século XVIII, os códigos jurídicos não disciplinam senão o corpo do casal. Era sobre ele que se circunscreviam os interditos mais demarcados e as regras mais rigorosas. É certo que se reconheciam formas consideradas inaceitáveis de sexualidade (zoofilia, sodomia, necrofilia). Não se tratava de denunciar os desvios em relação a uma norma, mas de condenar infrações *vis-à-vis* de um código. O problema do sexo era então de natureza jurídica, regu-

lado por alianças matrimoniais, sustentadas no dispositivo de sangue ou da *sanguinidade*.

No século XIX, pelo contrário, o esquadrinamento jurídico se volta para a sexualidade dos loucos, das crianças, dos criminosos, enquanto o corpo do casal gozará de maior discricção. Em consequência, inventam-se perversões em relação a uma norma natural: a homossexualidade e a infidelidade crônica não mais serão consideradas sob o aspecto de transgressão aos códigos estabelecidos, mas como relevando uma natureza viciada. A sexualidade desviante não é problema do magistrado, contudo do médico.

Esse duplo movimento de aparecimento de sexualidades, problematizadas para além do corpo do casal e de medicalização das sexualidades inaceitáveis, termina por constituir uma sociedade de perversão polimorfa. Desse modo, torna-se possível a Foucault recusar a história de uma sexualidade censurada, contestação de uma imagem do poder como mecânica repressiva. O poder não é uma instância de interdição, porém de produção: produção de saberes e formas de sexualidade.

Convém destacar algumas passagens desse texto:

Através do desenvolvimento da monarquia e de suas instituições instaurou-se essa dimensão do jurídico-político; ela certamente não é adequada à maneira como o poder se exerce e tem se exercido; mas é o código segundo o qual ele se apresenta e prescreve que o pense... Ora, apesar dos esforços feitos para separar o jurídico da instituição monárquica e para liberar o político do jurídico, a representação do poder permaneceu presa nesse sistema. (p.85)

E, mais adiante:

E se é verdade que o jurídico pôde servir para representar, de modo sem dúvida não exaustivo, um poder essencialmente centrado

na coleta e na morte, ele é absolutamente heterogêneo com relação aos novos procedimentos de poder que funcionam não pelo direito mas pela técnica, não pela lei mas pela normalização, não pelo castigo mas pelo controle e que se exercem em níveis e formas que extravasam do Estado e de seus aparelhos. Entramos, já há séculos, num tipo de sociedade em que o jurídico pode codificar cada vez menos o poder e servir-lhe de sistema de representação. (p.86)

Uma questão de método

Bem, penso que não são necessárias demonstrações mais exaustivas. Não houve nenhum pudor teórico em sustentar a dicotomia entre soberania e disciplina. Essa falta de pudor não é gratuita. Ela releva, como apontei anteriormente, sua perspectiva metodológica. Do ponto de vista de uma análise arqueológica, as exigências que o próprio Foucault firmou para análise dos discursos em sua *Arqueologia do saber* (1969) respondem, em parte, por essa espécie de estilo ou gosto pelas oposições dicotomizadas. Em especial, as exigências de transversalidade dos saberes e descontinuidade dos discursos. De fato, enquanto o modelo jurídico-político está caracterizado pela unicidade e homogeneidade de seu próprio campo discursivo,⁸ as disciplinas e, por extensão, o dispositivo da sexualidade estão saturados da transversalidade de múltiplos saberes – médicos, higienistas, pedagógicos, policiais, biopsicológicos, antropsociológicos. No mesmo sentido, enquanto a história da lei é apresentada como se fosse resultado de uma evolução linear, sempre em direção a mais e maior esclarecimento dos direitos a que cada um em particular deve desfrutar, as disciplinas não mantêm nenhum vínculo com essa moda-

⁸ Certamente, alguns juristas poderiam ver nessa formulação um argumento a mais para sustentar o desprezo com que Foucault trata a lei e o direito.

lidade de passado; não decorrem dos desdobramentos evolutivos das leis; sua história é abrupta, nasce com a prisão moderna – esse acontecimento discursivo que introduziu substantivos deslocamentos nos enunciados punitivos. Não que concerne ao dispositivo da sexualidade não é diferente. Ele não resulta de maior consciência dos indivíduos relativamente ao seu direito ao prazer e à felicidade; o dispositivo da sexualidade é também um acontecimento da moderna ordem do discurso justamente porque institui o *sujeito do desejo*, uma categoria que não encontra referenciais no passado remoto ou recente.

É igualmente no plano de uma análise genealógica que a dicotomia se impõe decisivamente. Dessa perspectiva, a análise genealógica não busca recorrências, não persegue a unidade dos fatos, não se conforma em situar os eventos no domínio das macroestruturas históricas. Ela persegue a rareza, como afirma Veyne ([1971] 1984):

a intuição inicial de Foucault não é a estrutura, nem o corte, nem o discurso: é a *rareza*, no sentido latino da palavra; os fatos humanos são raros, não estão instalados na plenitude da razão, há um vazio a seu redor devido a outros fatos que nossa sabedoria não contempla; porque o que é poderia ser distinto; os fatos humanos são arbitrários no sentido que empresta Mauss a essa palavra. Não são evidentes, ainda que assim o pareçam aos contemporâneos, e inclusive aos seus historiadores até o ponto de que nem uns nem outros sequer o percebam. (idem, p.200)

Ao descrever o método genealógico, sobretudo seus dois momentos decisivos – proveniência (pesquisa das “origens”) e emergência (a entrada das forças em cena) –, Foucault revela suas estratégias: rir das solenidades de origem; perfilar os fatos de baixa extração; demonstrar nas meticulosidades; reconhecer, na história, abalos, fissuras, surpresas, vacilantes vitórias, derrotas mal digeridas que remetem

aos atavismos e às hereditariedades; descobrir marcas sutis, singulares, subindividuais que se inter cruzam e se inter põem; é correr atrás dos mil acontecimentos perdidos, privilegiar as profanações e transgressões, imergir na dispersão. Ao mesmo tempo, reside em passar dos bastidores ao palco, circular pela superfície com a desenvoltura do vigor que a juventude proporciona, é marcar os corpos pelos afrontamentos e enfrentamentos (Foucault, 1979, p.15-37).

Pois bem, ao olhar a história da perspectiva do modelo jurídico-político de poder, fundado na lei e no direito, somente é possível ver máscaras, isto é, obrigações e direitos que se fixam na memória coletiva como universais e imperativos. Suas forças discursivas repousam na mentira e na violência: em nome da aceitação da regra e da obediência ao princípio geral da soberania, acenam para a liberdade: prometem liberar os indivíduos justamente dos poderes que fazem a sociedade moderna funcionar. Ao serem retiradas as máscaras, somente podem emergir opostos: as disciplinas não se escondem; ao submeterem os indivíduos a exercícios exaustivos e sem fim – isto é, sem finalidade –, não simulam liberdade, porém sujeição. Se há virtude no método genealógico, ela reside em permitir ver onde havia escuridão, em poder *pensar diferentemente* do que acreditamos ser a verdade e a mentira, o êxito e o fracasso, a conquista e a derrota. Não sem motivos foi o imperativo metodológico que levou Foucault a apresentar soberania e disciplina como dois opostos que não se comunicam.

Referências bibliográficas

- AGAMBEN, G. *O poder soberano e a vida nua. Homo Sacer*. Lisboa: Editorial Presença, 1998.
- BENDIX, R. *Construção nacional e cidadania*. São Paulo: EDUSP, 1996.
- DELEUZE, G. *Écrivain non: un nouveau cartographe*. Paris, *Critique*, 343, 1975: 1207-27.

- ELIAS, N. *O processo civilizador. Uma história dos costumes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.
- EWALD, F. Anatomie et corps politiques. Paris, *Critique*, 343: 1228-65, 1975.
- FONSECA, M. A. da. *Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FOUCAULT, M. *L'archéologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969.
- _____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1977a.
- _____. *Naissance de la biopolitique*. Curso no Collège de France, 1978-79. Paris: Gallimard, 2004.
- _____. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France, 1975-76. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 4t., 1994.
- _____. *História da sexualidade: O uso dos prazeres*. Rio de Janeiro: Graal, t.2, 1984.
- _____. *La verdad y las formas jurídicas*. México: Editorial Gedisa, 1980.
- _____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- _____. *História da sexualidade: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, t.1, 1977b.
- GROS, F. *Michel Foucault*. Paris: PUF, 1996.
- HUNT, A.; WICKHAM, G. *Foucault and law. Towards a sociology of law as governance*. London: Pluto Press, 1994.
- RABINOW, P.; DREYFUS, H. *Michel Foucault, um parcours philosophique*. Paris: Gallimard, 1984.
- ROSEN, N. *Powers of freedom*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999.
- TILLY, C. *Coerção, capital e estados europeus*. São Paulo: EDUSP, 1993.
- VEYNE, P. *Como se escreve la historia. Foucault revolucionaria la historia*. Madrid: Editorial Alianza, 1984.
- WEBER, M. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2v., 1974.

Direito, regulação e governamentalidade

Andrei Koerner

Introdução¹

Apresentamos neste ensaio algumas reflexões sobre as transformações contemporâneas do direito e suas relações com os dispositivos de saber-poder das sociedades de controle. A proliferação de um direito mole, flexível, *soft*, parece, à primeira vista, ser mais um aspecto da expansão de processos democráticos de tomada de decisão. Mas, como se sabe, essas novas formas jurídicas estão associadas a transformações convencionalmente denominadas globalização e modelo neoliberal de relações entre Estado e economia. Exploramos o potencial analítico da abordagem foucaultiana para tratar essas questões, abordando o direito contemporâneo de acordo com as articulações entre direito, esquemas de saber-poder e formas de subjetivação. Tratamos a racionalidade da precaução, as macroestruturas

¹ Este ensaio é versão preliminar de um artigo sobre direito da regulação, sociedade de controle e precaução, em preparação. O trabalho resulta em parte de pesquisa no *Centre de Théorie du Droit*, da Universidade de Paris X, entre dezembro de 2003 e março de 2004, financiada pela Fapesp.