

FEOS



REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO - V. I - N° I - ANO I

ISSN 1980—7430

DOM

BOSCO

Artigo 10

O Direito como Acontecimento: por uma Análise Estratégica das Práticas e do Discurso Jurídico

de Walter Guandalini Jr.*

1. Positivismo, racionalismo, sociologismo. 2. Genealogia e acontecimento. 3. O Direito como acontecimento. 4. Genealogia e poder. 5. Análise estratégica das práticas e do discurso jurídico. 6. Referências.

RESUMO: Dada a necessidade de se compreender com clareza as implicações existentes entre direito e poder, é preciso construir um modelo de análise que explique essas relações sem ocultar a existência de práticas concretas de poder no interior das práticas jurídicas, nem tampouco elidir o importante papel desempenhado pelo direito no funcionamento real das práticas de poder. Sugere-se a análise estratégica das práticas e do discurso jurídico, a partir de um método genealógico que trate o direito como acontecimento, como uma possível via para encarar o problema.

Palavras-chave: direito; genealogia; acontecimento; microfísica do poder.

"Não se trata de julgar os governos injustos, os abusos e as violências, reportando-os a certo esquema ideal (que seria a lei natural, a vontade de Deus, os princípios fundamentais, etc.). Trata-se, ao contrário, de definir e de descobrir sob as formas do justo tal como ele é instituído, de ordená-lo tal como ele é imposto, do institucional tal como ele é admitido, o passado esquecido das lutas reais, das vitórias efetivas, das derrotas que talvez tenham sido disfarçadas, mas que continuam profundamente inseridas. Trata-se de redescobrir o sangue que secou nos códigos, e, por conseguinte, não, sob a fugacidade da história, o absoluto do direito: não reportar a relatividade da história ao absoluto da lei ou da verdade, mas, sob a estabilidade do direito, redescobrir o infinito da história, sob a fórmula da lei, os gritos de guerra, sob o equilíbrio da justiça, a dissimetria das forças."

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*.

1. Positivismo, racionalismo, sociologismo

Não existe, de modo geral, uma grande preocupação por parte dos juristas com a compreensão das relações possíveis entre o direito e as práticas de poder da sociedade em que ele está inserido. Tendo sido o pensamento jurídico do século XX moldado pelo positivismo jurídico kelseniano, que reclama teimosamente a especificidade da ciência do direito mediante a autonomia de um objeto cuja peculiaridade estaria em seu caráter essencialmente *prescritivo* (contraposto às ciências *descritivas* da natureza), o método tradicional de pesquisa no Direito se constrói apenas como análise da validade de normas jurídicas, buscando sempre, através do exame sobre a possibilidade de imputação do fato à norma e de sua subsunção a outra, superior, uma resposta para a imutável questão de pesquisa: esta norma jurídica particular *deve ser* ou *não deve ser*? O caráter meramente descritivo da resposta asseguraria a cientificidade da teoria; já a prescrição que essa descrição traz como resultado asseguraria sua qualificação como ciência normativa (não causal); por fim, o fato de essa prescrição se subsumir em última instância a uma norma hipotética que

atua como fundamento do direito e do Estado, e que condiciona o seu descumprimento a uma sanção estatal, garantiria a pureza de sua juridicidade, diferenciando a ciência do direito das demais ciências normativas (KELSEN, 2000:79). E assim se fez a pesquisa jurídica que dominou a produção científica dos juristas por quase um século.

Houve também, é claro, outro tipo de pesquisa jurídica, ainda que freqüentemente lhe tenha sido negado o predicado; uma modalidade de pesquisa que se dedicou com afinco ao exame das implicações que poderia haver entre direito e sociedade, entre *ser* e *dever-ser* (para empregarmos o jargão neokantiano dos positivistas), tentando extrair desse exame uma compreensão mais profunda das características de um sistema jurídico determinado e, ao mesmo tempo, do sistema social de que esse ordenamento jurídico faz parte como subsistema. Esse tipo de pesquisa, que analisava o direito sem deixar de lado a sociedade, se manifestou de duas formas: tanto encarando o direito como a consequência inevitável de um tipo específico de organização social, buscando encontrar uma causalidade histórico-social para o direito existente,

*Mestre em Direito do Estado (UFPR), pesquisador do Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade (UFPR), professor da Faculdade de Direito Dom Bosco, professor da Faculdade de Direito Opet. Contato: prof.walter.g@gmail.com.

quanto tratando a sociedade como o resultado desejado por um direito constitutivo, buscando ver no direito a possibilidade de organização racional – seja ela individual-voluntarista, seja consensual-lingüística – do sistema social.

Trata-se, em suma, daquela espécie de análise que Foucault denominou “econômica” do poder (FOUCAULT, 2000:18), e que se manifesta com clareza na concepção jurídico-liberal e na concepção econômico-marxista do poder. Segundo o autor:

No caso da teoria jurídica clássica do poder, o poder é considerado como um direito do qual se seria possuidor, como de um bem, e que se poderia, em conseqüência, transferir ou alienar, de uma forma total ou parcial, mediante um ato jurídico ou um ato fundador de direito [...], que seria da ordem da cessão ou do contrato (FOUCAULT, 2000:19).

Percebe-se, portanto, que essa forma de pensamento, ao tentar compreender as relações entre direito, sociedade e poder, tende sempre a enxergar a instituição do direito como ato fundador da sociedade política, pondo fim a um estado originário de guerra e incerteza para instaurar uma sociedade fundada num acordo individual e voluntarista (de acordo com os contratualistas clássicos), ou simplesmente como pressuposto garantidor da legitimidade da sociedade política por meio de um consenso comunitário e lingüístico (de acordo com as vertentes neocontratualistas). O direito é visto, então, como ente instituinte do político, manifestação racional das vontades individuais ou dos consensos lingüísticos, apto a instaurar a sociedade e organizá-la de acordo com o interesse geral. A capacidade constitutiva do direito é exacerbada e a compreensão de seu funcionamento real e de suas relações com o poder é deixada de lado, em nome de um racionalismo extremo que se crê capaz de utilizá-lo como mero instrumento da vontade popular.

Na concepção marxista, por sua vez, esse economicismo da análise se manifesta de outra forma, por meio de uma funcionalidade econômica do poder. Como explica Foucault:

“Funcionalidade econômica”, na medida em que o papel essencial do poder seria manter relações de produção e, ao mesmo tempo, reconduzir uma dominação de classe que o desenvolvimento e as modalidades próprias da apropriação das forças produtivas tornaram possível. Neste caso, o poder político encontra na economia sua razão de ser histórica (FOUCAULT, 2000:20).

Dessa forma, embora o pensamento marxista clássico seja capaz de perceber com clareza as graves imbricações existentes entre o jurídico e o político, seu potencial explicativo é

reduzido na pesquisa jurídica, na medida em que tende a tratar o poder e o direito como reflexos superestruturais de determinado grau de desenvolvimento das relações de produção. Ainda que se reconheça, esporadicamente¹, um certo ‘efeito de retorno’ da superestrutura jurídico-política sobre a infra-estrutura econômica, o fato é que o direito perde a sua autonomia ontológica para tornar-se mera manifestação ideológica das condições objetivas de produção. Assim, também a pesquisa jurídica de perspectiva teórica marxista se torna incapaz de explicar o funcionamento real das relações entre direito e poder, pois se contenta com uma teoria descritiva extremamente abstrata, que apenas pode demonstrar a instrumentalidade do direito para a manutenção de uma dominação de classe.

Se Foucault se preocupou em criticar essas análises econômicas para possibilitar uma analítica do poder em termos de relações de força, o direito precisa retomar a crítica foucaultiana para demonstrar as limitações que essas concepções impõem também à pesquisa jurídica. Afinal, são elas que fundamentam as raras tentativas de se aprofundar a compreensão das conexões entre direito e poder, que, por isso, não conseguem escapar do inevitável (e impreciso) dilema explicativo: “sociedade política instituída pelo direito” X “direito instituído pelo poder social”.

Temos, então, a seguinte situação: de um lado, uma pesquisa jurídica tradicional, de molde positivista, que não reconhece o estudo das relações entre direito e poder como questão legítima e relevante para a ciência do direito; do outro, uma pesquisa jurídica que recusa a pureza como pressuposto metodológico, efetivamente preocupando-se com o exame das implicações entre direito e poder, mas que, em virtude dos fundamentos teóricos de que parte nessa análise, fica impossibilitada de compreender a complexidade dessas relações e se limita a interpretações generalistas que fatalmente recaem na idéia de condicionamento exaustivo do direito pelo poder, ou vice-versa. É preciso construir um novo modelo de pesquisa jurídica, e talvez a analítica do poder de Michel Foucault possa ser a solução para esse dilema.

2. Genealogia e acontecimento

A analítica de poder de Foucault parece ser especialmente útil para a pesquisa jurídica que pretende compreender as relações entre direito e poder, pois ela nos permite conceber a realidade histórica do presente como uma reconfiguração de um campo de batalhas plural e imanente, dentro do qual se enfrentam diversas posições de força, variáveis e intercambiantes. A sua filosofia da guerra proclama a necessidade de se abandonar qualquer critério de ‘interpretação’ unívoca, causal e sistemática do real, em prol da utilização de uma lógica estratégica de conexão do heterogêneo que seja capaz de, pelo método genealógico, estabelecer as conexões possíveis entre termos sem relação entre si e que permanecem sem

¹Como faz Althusser (1999), por exemplo.

relações mesmo após essas conexões, mantendo o acontecimento na dispersão que lhe é própria (FOUCAULT, 2004b:44). Assim se escapa dos vários métodos que, ao estudar a sociedade e o direito, resultam no condicionamento exaustivo de um pelo outro, pois o acontecimento permanece autônomo em sua peculiaridade, e se descarta a análise de causalidade em nome da valorização da pluralidade de forças em combate.

O método genealógico despreza gêneses lineares; ele se dedica a marcar a singularidade dos acontecimentos, examinando seu retorno apenas para reencontrar os episódios em que eles desempenharam papéis distintos, e não para traçar uma linha de evolução que permita compreender causalmente a sua origem. A genealogia se opõe à pesquisa da origem, pois procurar uma origem é “tomar por acidentais todas as peripécias que puderam ter acontecido, [...] é querer tirar todas as máscaras para desvelar uma identidade primeira e essencial” (FOUCAULT, 2004a:17), quando o genealogista sabe que por trás das coisas não há o seu segredo essencial, mas o segredo de que elas são sem essência, de que suas origens são baixas e absurdas, e de que suas verdades são historicamente construídas.

A história realizada de acordo com o método genealógico protege o acaso do acontecimento, impedindo sua dissolução no interior de uma continuidade ideal; assim, faz ressurgir o acontecimento em sua singularidade, reintroduzindo o descontínuo em nosso próprio ser. Não se trata, porém, de um retorno à história tradicional da travessia do Rubicão e da batalha de Waterloo, das datas que marcam o início de uma era e o término da anterior; como ressalta o próprio Foucault (2004a:28), o acontecimento “não é uma decisão, um tratado, um reino ou uma batalha, mas uma relação de forças que se inverte, um poder confiscado, um vocabulário retomado e voltado contra seus utilizadores, uma dominação que se enfraquece [...] e outra que faz sua entrada mascarada”. O acontecimento é o momento de ruptura, o acidente que dá início a mais um dos inumeráveis começos, a emergência de um novo equilíbrio de forças num novo sistema de submissão. É um momento crucial de ruptura no tecido histórico, impossível de ser compreendido em conexão com outros eventos, mas que, apesar disso, compõe com eles seus efeitos de forma global e aleatória. Desse modo, o acontecimento permite substituir a análise da ‘causalidade’ histórica pela compreensão da ‘casualidade’ na história, revelando o presente como apenas mais uma das múltiplas virtualidades e possibilidades do passado.

A genealogia não tem por objetivo a *interpretação da causalidade histórica*, mas a *intelecção de acontecimentos casuais*, construindo uma história que pode prescindir de um critério essencial de explicação dos fenômenos e processos estudados. A inteligibilidade da história, assim como a do direito e a do poder, não reside em lhe atribuir determinada causa localizada em sua

origem (mediante a qual poderíamos enfim compreender a razão de todas as suas conseqüências no presente), mas em compreender como ocorre a constituição e a composição de efeitos globais a partir de acontecimentos desconexos entre si. Em suma, não partir da unidade, mas da multiplicidade de processos diversos que estabelecem entre si relações de coesão, oposição, reforçamento recíproco, integração, e dos efeitos globais gerados pelas relações entre esses elementos essencialmente heterogêneos (Foucault, 2004c:244), valorizando-se o papel do acaso na constituição do presente. Abandonar, portanto, a análise dos nexos causais que conduzem inevitavelmente de um ponto a outro, e recuperar as múltiplas possibilidades de conexão do direito com os mais variados fenômenos.

3. O Direito como acontecimento

Já vimos que há basicamente duas formas como tradicionalmente se organizam as pesquisas acadêmicas na área do direito: a primeira delas costuma limitar-se a uma análise interna do próprio direito, tomando como objeto de pesquisa determinado instituto jurídico, para então expor as várias teorias que o explicam, estabelecer a sua natureza jurídica, interpretar as normas relacionadas ao tema, etc. – em suma, o velho esquema das ‘normas que criam normas que legitimam normas’. Essa explicação estritamente jurídica do direito não é capaz de compreender as relações entre direito e poder, pois limita o campo de visão do pesquisador à essência jurídica de determinado fenômeno, impedindo-o de enxergar a imensa amplitude de aspectos econômicos, políticos e sociais que podem estar nele envolvidos, e elidindo as múltiplas relações de força existentes no interior do direito, relegando-as, quando muito, à condição de reles pressupostos não jurídicos da análise jurídica, ou de conseqüências planejadas por uma racionalidade jurídica fundamental e instituidora do social.

A outra maneira como se costuma realizar a pesquisa jurídica consiste em abordar o direito a partir do exterior, evitando a preocupação com a coerência interna das teorias e das normas, e privilegiando uma visão externa, mais abrangente, que permite compreender as várias funções desempenhadas pelo direito em determinado contexto histórico. Esse é o método tradicional dos estudos críticos sobre o direito, que ao analisarem uma norma jurídica buscam compreender quais são as suas motivações ocultas, quais são os seus reais objetivos econômicos, políticos e sociológicos. É um método atraente, pois permite enxergar por trás da norma os interesses a que ela atende, e tratar o direito como construto social. No entanto, também essa é uma visão inadequada, pois trata o direito como mera manifestação de superfície de questões mais profundas, e assim acaba deixando de lado o próprio direito para se preocupar apenas com os aspectos

econômicos, políticos e sociais do objeto de pesquisa. Esse método toma o direito apenas como motivo para uma análise mais ampla, geralmente de caráter econômico, na qual se abandona o próprio direito em prol de um exame ‘do que realmente importa’.

Nenhum desses métodos parece adequado para se analisar e compreender as práticas de poder existentes no interior do próprio direito. É preciso, portanto, em vez de tratar o direito como instância sem relação com o social, ou como manifestação superficial de problemas políticos e econômicos, tratar o direito como *acontecimento*. Tratar o direito como acontecimento significa não enxergá-lo de maneira hipostasiada, deixar de lado as preocupações com a coerência interna do discurso teórico e examinar as práticas concretas e a utilização real dos instrumentos jurídicos em nossa sociedade; significa também não privilegiar a economia e a política, revalorizando a importância do direito não só como ferramenta, mas como campo de batalhas no interior do qual se pode alterar o equilíbrio de forças, com importantes conseqüências políticas e econômicas; finalmente, significa não confiar ingenuamente na capacidade infinita da racionalidade jurídica de organizar o poder em nome da vontade popular, e perceber que mesmo essa organização é, já, o resultado da vitória numa batalha de forças, e que ela oculta o fato de que existe uma miríade de outros combates acontecendo sub-repticiamente nas mais ínfimas manifestações do fenômeno jurídico.

Para examinar o direito como acontecimento é necessário não sobrevalorizar o conjunto de normas e teorias que discutem a natureza jurídica ou o fundamento constitucional de um objeto de estudo determinado; afinal, elas só têm importância na medida em que são instrumentalizadas pelas partes em combate em prol de seus próprios objetivos. Quando se deseja compreender as relações de força presentes no interior do direito, deve-se deixar de lado o esquema teórico ontológico-positivista de análise jurídica; afinal, quem manobra o canhão não é o químico ou o físico, mas aquele que conhece as técnicas necessárias para utilizá-lo de maneira eficiente. Se se deseja analisar o direito como canhão, ou seja, como arma para o confronto de forças, não se deve perder tempo com a compreensão das peculiaridades específicas de seus mecanismos, devendo o jurista se dedicar primordialmente ao exame daquelas alavancas que são utilizadas pelas partes em luta para apontá-lo em direção ao inimigo, o que permite compreender de que modo e com que finalidades ele pode ser utilizado.

O mais importante, portanto, não é o discurso jurídico, político ou econômico que toma as normas jurídicas como objeto privilegiado, mas a utilização concreta do direito como arma – ou seja, o acontecimento jurídico que gera determinados efeitos de poder, alterando as relações de força em determinado campo de

batalha, assim como a tomada de uma posição na guerra altera a situação estratégica das forças em combate.

4. Genealogia e poder

Para compreender a radicalidade dessa visão que trata o direito como acontecimento, é necessário reformular o modo como tradicionalmente se concebe o poder em nossas sociedades. É preciso deixar de lado as concepções econômicas do poder (tanto a vertente jurídico-liberal quanto a econômico-marxista) e utilizar o método genealógico numa análise não econômica do poder, partindo de duas hipóteses básicas: em primeiro lugar, da hipótese de que o poder não tem existência abstrata, não se dá nem se retoma, mas se exerce e só existe em ação; em segundo lugar, da hipótese de que o poder não é apenas manutenção e reprodução de uma dominação existente, mas é essencialmente relação de força (FOUCAULT, 2004a:175).

Diante dessas hipóteses, Foucault formula um conjunto de premissas metodológicas que se deve obedecer numa análise não econômica do poder, a partir das quais se pode compreender com clareza o que significa realizar uma genealogia microfísica do poder.

Trata-se, em primeiro lugar, de não analisar as formas do poder em seu centro, em seus mecanismos mais gerais e constantes; ao contrário, é preciso captar o *poder em suas extremidades*, onde ele se torna capilar, no ponto em que, ultrapassando as regras de direito que o organizam e delimitam, ele se corporifica em técnicas de sujeição material eventualmente violentas. Em segundo lugar, trata-se de não analisar o poder no plano da intenção ou da decisão de exercê-lo, mas de estudar o poder em suas *práticas reais e efetivas*, em sua face externa, na qual ele se relaciona diretamente com seu campo de aplicação, produzindo efeitos concretos de sujeição e dominação. Em terceiro lugar, o poder não deve ser tomado como fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo, grupo ou classe sobre os outros, mas como algo que *circula e só funciona em cadeia* – de modo que os indivíduos não são o alvo inerte do poder, mas centros de transmissão, estando sempre em posição de exercer esse poder e de sofrer a sua ação. Em quarto lugar, não se deve fazer uma dedução descendente do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde ele se prolonga para baixo; em seu lugar deve-se fazer uma *análise ascendente* do poder, com base em seus mecanismos infinitesimais, mostrando como eles se desdobram em mecanismos de dominação global – de modo que não é a dominação global que repercute até embaixo, mas uma dominação microfísica que gera efeitos globais de poder². E, por fim, é preciso examinar os *aparelhos de saber* que permitem o funcionamento e a circulação do poder, um saber que

²A tal ponto que Foucault pôde chegar a afirmar que o Estado não existe, mas é apenas o efeito móvel de um regime de governamentalidades múltiplas – *L'État, ce n'est rien d'autre que l'effet mobile d'un régime de gouvernementalités multiples* (FOUCAULT, 2004b:79).

não pode ser visto como mera construção ideológica, mas como uma verdade construída que atua simultaneamente como produto e condição de possibilidade do exercício do poder (FOUCAULT, 2004a:182-186).

Percebe-se que, com base nessas precauções metodológicas, se constrói uma concepção distinta de poder, que o retira do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição do Estado, e passa a analisá-lo de forma relacional, mediante técnicas e táticas concretas de sujeição. Essa concepção, na medida em que busca fazer uma análise ascendente do poder, partindo das extremidades onde o poder circula e se manifesta em práticas reais e efetivas, permite escapar do dilema do condicionamento exaustivo e compreender o funcionamento real das práticas de poder emaranhadas nos interstícios das práticas jurídicas. Assim, o jurista torna-se capaz de relacionar poder e direito em seus estudos, sem ter de abrir mão da especificidade de seu objeto de pesquisa, mas também sem recair na sua supervalorização como elemento fundador da sociedade política. Ao tratar o direito como acontecimento, o método genealógico permite a realização de uma análise estratégica das práticas e do discurso jurídico, que ressalta seu caráter conflituoso e expõe o perpétuo combate de forças existente em seu interior – até então oculto pela racionalização jurídica ou eclipsado pela dominação econômica.

5. Análise estratégica das práticas e do discurso jurídico

Compreende-se melhor, agora, os motivos por que os métodos tradicionais de análise das relações entre direito e poder não são capazes de dar conta da complexidade dos problemas envolvidos no debate. O método positivista e as perspectivas contratualistas explicam apenas o funcionamento das armas da guerra, sem permitir que compreendamos as razões que deram início ao combate, nem a localização estratégica das forças em batalha. Trata-se, portanto, de uma visão muito limitada dessas relações. Já a perspectiva marxista fornece uma explicação extremamente genérica, que não possibilita o entendimento do papel específico desempenhado pelo direito nesse contexto, desvalorizando sua importância estratégica no interior do confronto de forças.

Já que iniciamos o capítulo com essa metáfora belicista, tão a gosto de Michel Foucault, podemos continuar a utilizá-la para afirmar que a análise estritamente jurídica nos fornece a visão restrita do soldado da linha de frente: ele sabe que está em guerra, é hábil no manejo de suas armas, está apto a identificar o inimigo contra quem luta, mas não compreende os interesses políticos e econômicos que fizeram com que houvesse guerra, em primeiro lugar. É claro que esse estudo também é muito importante, pois não é possível compreender a dinâmica da batalha ou vencê-la sem

um conhecimento preciso das armas e dos instrumentos capazes de nos conduzir à vitória. Contudo, é um estudo insuficiente, pois não nos permite enxergar os planos estratégicos que determinam os rumos do conflito, nem compreender aquilo que é sempre o mais importante: por que é que se luta, afinal? É preciso, então, complementar esse estudo com outra espécie de pesquisa: deve-se enxergar o direito do ponto de vista dos generais que comandam os exércitos, procurando desvendar os seus planos estratégicos mais gerais, as táticas de movimentação das tropas, as razões para a utilização de algumas armas e não de outras, e os interesses reais pelos quais lutam as forças em combate.

Trata-se, portanto, de não examinar o direito em termos de “institutos jurídicos”. O principal não é compreender o funcionamento jurídico de uma norma qualquer, opinar a respeito da sua constitucionalidade, decifrar sua natureza jurídica ou apontar o procedimento necessário para que ela seja aplicada. Como coleção de institutos jurídicos o ‘direito’ simplesmente não existe; só o que existe é um conjunto de prescrições abstratas e deveres genéricos, incapazes de provocar qualquer consequência concreta imediata.

Para enxergar as práticas de poder existentes nos interstícios das normas jurídicas é preciso tratar o direito como acontecimento, o que nos permite compreender as especificidades de um acontecimento jurídico qualquer em relação aos diversos outros casos abstratamente previstos pela norma que o fundamenta, começando pela mais óbvia: a sua existência enquanto possibilidade real, e a sua capacidade de veicular práticas reais de poder. Vistos como acontecimento, as práticas jurídicas e o discurso jurídico podem ser compreendidos como aquilo que de fato são, como ponto de ruptura, “uma relação de forças que se inverte, um poder confiscado, um vocabulário retomado e voltado contra seus utilizadores, uma dominação que se enfraquece [...] e outra que faz sua entrada mascarada” (FOUCAULT, MP:28).

E como o direito efetivamente faz parte dessa realidade de guerra, o fenômeno jurídico apenas pode ser examinado sob a condição de que se decifre o contexto em que ele se insere; só se pode compreender o direito atual a partir da compreensão das movimentações estratégicas que não apenas o modificam, mas também o utilizam como instrumento para modificar a realidade. Portanto, o estudioso do direito não pode se limitar a analisá-lo de maneira hipostasiada, como instância sem ligação com a realidade social que o circunda – enxergando-o como um conjunto de ‘normas que legitimam normas, que justificam normas, que dão origem a novas normas’, num processo infinito de formação do direito a partir do próprio direito. O direito está irremediavelmente imerso no tecido social, e apenas pode ser compreendido em relação com as outras formas de manifestação de poder, que não apenas lhe atribuem uma posição específica na sociedade de que

faz parte como também o colonizam, instrumentalizando-o para o cumprimento de funções que não estavam explicitamente previstas no texto jurídico. O direito não é apenas, como desejava Ihering (2004), aquilo *pele que* se luta para obter a paz; é, antes de tudo, aquilo *com o que* se luta para vencer a guerra.

A teoria do direito tradicional tende a dissolver as práticas de dominação e sujeição existentes em seu interior para fazer aparecer, em seu lugar, uma relação de consenso que fundamenta a organização racional da sociedade. Como reclama Foucault (2000:32), é preciso inverter essa direção de análise e deixar aparecer a dominação em sua brutalidade, mostrando não apenas como o direito é o instrumento dessa dominação (o que é óbvio), mas também como ele é o veículo permanente de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfas, que não têm qualquer parentesco com as relações de soberania que se costuma reconhecer em sua origem. É preciso examinar o direito, não sob o aspecto de uma legitimidade originária a ser fixada, mas sob o aspecto dos procedimentos de sujeição que ele põe em prática, fazendo com que apareça, no lugar da soberania e da obediência, o problema da dominação e da sujeição.

Se Foucault inverteu o aforismo de Clausewitz³ para afirmar que “a política é a guerra continuada por outros meios”, devemos estender essa inversão também ao direito, ressaltando que, se o direito interrompe a guerra ou tenta fazer reinar a paz na sociedade civil, não é de modo algum para neutralizar o desequilíbrio que se manifestou na batalha final, mas, pelo contrário, para reinserir perpetuamente essa relação de força no interior do próprio direito, cuja função é justamente sancionar o desequilíbrio de forças manifestado na guerra, continuar a guerra e atribuir à força das armas o poder de decisão final sobre a batalha (FOUCAULT, 2000:23).

O direito não é o campo do consenso e do restabelecimento da igualdade, mas um campo de enfrentamento belicoso de forças. Esse campo também não pode ser diluído no caldeirão da luta de classes, mas deve ter sua especificidade jurídica ressaltada, sob pena de se perder a capacidade de compreensão da microfísica dos combates, o que conduz à ignorância da autonomia do direito como importante campo de batalha. Afinal, nas palavras de Michel Foucault:

A lei não nasce da natureza, junto das fontes freqüentadas pelos primeiros pastores; a lei nasce das batalhas reais, das vitórias, dos massacres, das conquistas que têm sua data e seus heróis de horror; a lei nasce das cidades incendiadas, das terras devastadas; ela nasce com os famosos inocentes que agonizam no dia que está

amanhecendo. Mas isto não quer dizer que a sociedade, a lei e o Estado sejam como o armistício nessas guerras, ou a sanção definitiva das vitórias. A lei não é pacificação, pois, sob a lei, a guerra continua a fazer estragos no interior de todos os mecanismos de poder, mesmo os mais regulares. A guerra é que é o motor das instituições e da ordem: a paz, na menor de suas engrenagens, faz surdamente a guerra. Em outras palavras, cumpre decifrar a guerra sob a paz: a guerra é a cifra mesma da paz. Portanto, estamos em guerra uns contra os outros; uma frente de batalha perpassa a sociedade inteira, contínua e permanentemente, e é essa frente de batalha que coloca cada um de nós num campo ou no outro. Não há sujeito neutro. Somos forçosamente adversários de alguém (FOUCAULT, 2000:59).

6. Referências

ALTHUSSER, L. **Sobre a reprodução**. Petrópolis: Vozes, 1999.

ARAÚJO, I. L. **Foucault e a crítica do sujeito**. Curitiba: UFPR, 2001.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

DELEUZE, G. **Conversações, 1972-1990**. Tradução de: Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: 34, 1992.

_____. **Foucault**. Tradução de: Claudia Sant’Anna Martins. 1. ed., 5. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2005.

DELEUZE, G.; GUATTARI, F. **Mil Platôs**: capitalismo e esquizofrenia. v. 1. Tradução de: Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: 34, 2000.

_____. v. 2. Tradução de: Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. Rio de Janeiro: 34, 2002a.

_____. v. 3. Tradução de: Aurélio Guerra Neto et ali. Rio de Janeiro: 34, 1999.

_____. v. 4. Tradução de: Sueli Rolnik. Rio de Janeiro: 34, 2002b.

_____. v. 5. Tradução de: Peter Pál Pelbart e Janice Caiafa. Rio de Janeiro: 34, 2004c.

FONSECA, M. A. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

³Carl von Clausewitz é o formulador do princípio segundo o qual “a guerra não é mais que a continuação da política por outros meios”; ela “não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento da política, seu prosseguimento por outros meios” (apud Foucault, 2000:22).

FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

_____.(Org.). **Crítica da modernidade**: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FOUCAULT, M. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Tradução de: Andréa Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. **Em defesa da sociedade** (Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A ordem do discurso**. Tradução de: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2001a.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2001b.

_____. **Vigiar e punir**. Tradução de: Raquel Ramalhe. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Ditos e escritos IV**: estratégias, saber-poder. Organização de: Manuel Barros da Motta. Tradução de: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Microfísica do poder**. Tradução de: Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004a.

_____. **Naissance de la biopolitique**. Lonrai: Gallimard/Seuil, 2004b.

_____. **Securité, territoire, population**. Lonrai: Gallimard/Seuil, 2004c.

GUANDALINI JR., W. Da ascese à disciplina: a ética protestante e a constituição do sujeito capitalista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 41. Curitiba: SER/UFPR, p. 115-129, 2004.

_____. A política da vida: entre o bando e o sujeito de direito. In: **Crítica da modernidade**: diálogos com o direito. Organização de: Ricardo Marcelo Fonseca. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 187-198, 2005.

IHERING, R. Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

RAGO, M.; ORLANDI, L. B. L.; VEIGA-NETO, A. (Orgs.). **Imagens de Foucault e Deleuze – ressonâncias nietzschianas**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

WIEACKER, F. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.