

# Direito e (anti)disciplina: apontamentos à teoria jurídico-constitucional

*Law and (anti)discipline: notes about legal and constitutional theory*

Alexandre Bernardino Costa<sup>1</sup>

Eduardo Gonçalves Rocha<sup>2</sup>

---

## Resumo

Michel Foucault diagnosticou um novo campo de investigação jurídica que continua sendo negligenciado pela teoria jurídico-constitucional contemporânea. Essa se desenvolve a partir do campo de investigação delimitado nos séculos XVII e XVIII, que compreende apenas a dimensão macro do poder, sem levar em conta a crítica foucaultiana. Defende-se, então, que o constitucionalismo deve ser pensado a partir das macro-relações de poder e seus arranjos institucionais, sem perder de vista os processos normalizadores, que também se fazem presentes por meio das micro-relações de poder.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Michel Foucault. Soberania. Legitimidade. Normalização. Antidisciplina.

## Abstract

*Michel Foucault has diagnosed a new field of legal research that is being neglected by contemporary legal and constitutional theory. This is developed from the research field delimited in seventeenth and eighteenth centuries, which includes only the macro dimension of power, without regard to the Foucaultian critique. So it is argued that constitutionalism should be thought of from the macro-power relations and their institutional arrangements, without losing sight*

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e professor da Universidade de Brasília (UnB). E-mail: abc.alexandre@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e professor da Universidade Federal de Goiás (UFG). E-mail: eduardofdufg@yahoo.com.br.

*of the standard-setting processes, which are also present by means of micro-power relations.*

**Keywords:** *Constitutionalism. Michel Foucault. Sovereignty. Legitimacy. Normalization. Antidiscipline.*

---

## Introdução

Neste artigo, pretende-se demonstrar que Michel Foucault diagnosticou um novo campo de investigação jurídica que continua sendo negligenciado pela teoria jurídico-constitucional contemporânea. Essa se desenvolve a partir da indagação sobre quais os requisitos necessários para que indivíduos livres forjem uma ordem jurídica legítima, negligenciando a importância das pequenas relações de poder para tanto. Defende-se, então, que o constitucionalismo deve ser pensado a partir das macro-relações de poder e seus arranjos institucionais, sem perder de vista os processos normalizadores, que também se fazem presentes por meio das micro-relações de poder.

Inicialmente, serão expostos os pressupostos do que acima se chamou de teoria jurídico-constitucional, caracterizados pelo modelo “soberania/dominação”. Recorrer-se-á a autores que estão na base dos pensamentos jurídico e político modernos para demonstrar que a teoria jurídica contemporânea desenvolve-se a partir do campo de investigação delimitado nos séculos XVII e XVIII, que compreende apenas a dimensão macro do poder, sem levar em conta a crítica foucaultiana.

Ainda são bastante incipientes as reflexões sobre quais as consequências das micro-relações de poder na teoria jurídico-constitucional. Ao se levar em conta a crítica de Foucault às insuficiências do modelo “soberania/obediência”, será possível lançar indagações que vão além daquelas comumente postas pela teoria constitucional, permitindo pensar a relação entre o micro e o macro-poder. Quais as consequências dessa relação para a teoria e a prática constitucional? Quais as consequências para o próprio conceito de Direito? Essas são

algumas das indagações que poderão ser realizadas. Nesse sentido, o presente artigo apresenta a possibilidade de um novo campo de investigação que, caso seja enfrentado com seriedade, agregará maior complexidade para se pensar os limites e possibilidades do Direito nas sociedades contemporâneas.

Por fim, Foucault constrói uma ideia que permanece não desenvolvida em sua teoria. A partir da interação entre o macro e o micro-poder, nota-se a possibilidade de o Direito ser pensado como um novo mecanismo antidisciplinar de produção da verdade, o que chamou de “Direito antidisciplinar”. Desse modo, conclui-se chamando a atenção dos estudiosos do constitucionalismo para a investigação dessa pista oferecida pelo autor.

## **1 As bases das teorias jurídica e política modernas**

Na doutrina política da Antiguidade, vigente até a Idade Média, o homem é concebido como um ser naturalmente sociável e político (ARISTÓTELES, 2004, p. 146 e 222). Dentre os objetivos da doutrina política antiga estavam a tarefa de determinar a ordem ética, a virtude e qual a melhor formação pedagógica para os indivíduos alcançarem esses ideais. Era o estudo da vida boa e justa, bem como, das leis e das instituições adequadas. (HONNETH, 2003, p. 31-32).

Com o nascer da modernidade e da ordem capitalista, com o questionamento das tradições e o florescer dos mercados, surge uma outra concepção política, tendo como protagonistas Nicolau Maquiavel e Thomas Hobbes. O homem, que até então era visto como ser social, passa a ser compreendido como egocêntrico, atento apenas ao proveito próprio. (HONNETH, 2003, p. 32; MAQUIAVEL, 1987, p. 70; HOBBS, 1979, p. 74-75).

Para Maquiavel, os homens encontram-se em um estado de permanente concorrência, hostis, pois buscam o êxito e sabem do egoísmo de seus interesses. Isso os leva à desconfiança e ao receio recíproco, fazendo-se necessário o aumento do poder da coletividade política. (HONNETH, 2003, p. 32-33).

Hobbes parte das mesmas premissas antropológicas de Maquiavel. Para ele faz parte da natureza humana empenhar-se para o bem-estar futuro. Porém, ao deparar-se com o outro nasce a suspeita, pois não sabe os propósitos das ações alheias. Assim, todos são forçados a ampliar ao máximo seu próprio poder, como uma forma de precaução. O contrato social põe fim à guerra de todos contra todos, assegurando a autoconservação individual. (HONNETH, 2003, p. 33-35).

Pensadores como Hobbes e Maquiavel estão no pilar das ciências política e jurídica modernas, oferecendo aos seus sucessores pistas que permitiram o desenvolvimento posterior dessas ciências. Contribuem não apenas com a noção antropológica de indivíduo egoísta, mas, especialmente, para criar um campo específico para o estudo dos fenômenos jurídicos e políticos. (FOUCAULT, 1979, p. 182, 190).

A partir das pistas oferecidas por esses autores, o Direito e a Política centraram seus esforços em teorizar sobre como é possível que do corpo social, composto por múltiplos indivíduos, surja a soberania e a legitimidade. O bom governo, o Estado, formas de controle dos interesses individuais e das facções tornaram-se objetos desses campos de estudo. Poder e Direito começaram a ser pensados a partir da ótica estatal e institucional. (FOUCAULT, 1979, p. 182, 190).

A contribuição dos juristas do séc. XVII e XVIII criou um grande problema e, ao mesmo tempo, uma chave de leitura para o Direito e a política, influenciando o pensamento constitucional que surgiria e desenvolveria-se nos séculos seguintes. (FOUCAULT, 1979, p. 183). Está na base do constitucionalismo e das constituições a indagação se “[...] as sociedades humanas são capazes ou não de estabelecer um bom governo, valendo-se da reflexão e escolha, ou se estão para sempre no acidental ou na força, suas constituições políticas”. (HAMILTON, 1959, p. 9).

Não é à toa que Hamilton (1959b, p. 36), no Federalista IX, define como objeto da ciência política questões essencialmente institucionais, que tinham como objetivo organizar estruturalmente o Estado para que

pudessem oferecer respostas adequadas aos problemas relacionados aos interesses individuais e às facções. Passa-se a ser objeto de análise a distribuição do poder em departamentos, a criação de freios e contrapesos, a representação do povo na legislatura, as eleições, os tribunais e as condutas dos juizes. Esses arranjos foram pensados tendo como fim realçar as vantagens do governo republicano e minorar ou evitar seus efeitos negativos. (HAMILTON, 1959b, p. 37).

A mesma tendência pode ser vista no pensamento constitucionalista em emergência na França. Seguindo as pistas oferecidas pelos contratualistas, o debate constitucional francês, que manteve grande diálogo com os “pais fundadores americanos”, centrou o campo de análise das ciências jurídica e política na procura pelo bom governo. (ADAIR, 1998, p. 132-151; HUME, 1996, p.261). Hume (1996, p. 261, 273-278) dedica-se ao arranjo institucional adequado para que o Estado atinja seus fins sem depender do caráter e dos costumes dos indivíduos. Pretende, com isso, enfrentar racionalmente os interesses egoísticos e as facções.

Sieyès (1993, p. 241) também desenvolve as teorias do Direito e do poder a partir das possibilidades e do campo de leitura aberto pelos juristas do séc. XVII e XVIII. Para o autor, que está na base do constitucionalismo contemporâneo, “*en una sociedad no puede existir sino un poder político, y éste es el de la asociación.*” O fundamental em uma constituição é pensar nos mecanismos de divisão do poder. Devem permitir a centralização suficiente para que o governo não se desintegre em anarquia, mas, ao mesmo tempo, proporcionar a descentralização capaz de evitar o despotismo.

Apesar das amplas divergências que Sieyès (1993) tem com os contratualistas, a exemplo da teoria representativa de Rousseau<sup>3</sup>, é

---

<sup>3</sup> Está no capítulo XV, do Livro III, do Contrato Social que no momento que o povo se dá um representante ele não é mais livre. Para Sieyès, em consonância com Benjamin Constant, está na base da liberdade a divisão do trabalho. (ROUSSEAU, 2010, p. 131; PASQUINO, 1998, p. 44).

importante reafirmar que sua análise sobre o Direito e o poder não deixa de desenvolver-se a partir do campo de pesquisa fundado por esses pensadores: o problema da soberania, do bom governo, da legitimidade. (FOUCAULT, 1979, p. 182, 190; PASQUINO, 1998, p. 42-46).

Nesse sentido, as constituições surgem como mecanismos que estabelecem arranjos institucionais capazes de contrabalançar as paixões, superar as inconsistências temporais e gerar eficiência, bem como proporcionar mudanças gradativas e seguras. (ELSTER, 2009, p. 154).

Concomitantemente, nasce o constitucionalismo como fenômeno tipicamente moderno que tenta superar os particularismos e universalizar as bases, os pressupostos, das constituições.

[...] o modelo da democracia constitucional é pautado pela pretensão de universalidade característica da modernidade: uma forma de governo baseada em instituições políticas racionais aplicáveis a toda e qualquer sociedade humana. (MARTINS, 2009, p. 1).

O constitucionalismo é reflexo da pretensão moderna de que, por meio do bom uso da razão pode-se estabelecer instituições e mecanismos que possibilitem o bom governo. (HAMILTON, 1959, p. 9). Tenta-se transcender o contexto e universalizar esse fenômeno para as distintas realidades nacionais. No entanto, ao mesmo tempo, apenas ganhará forma quando pensado contextualmente. (NEVES, 2009, p. 20).

As Constituições somente poderão ser consideradas enquanto tais caso estejam em consonância a uma ideia mais ampla de constitucionalismo. Esse, por sua vez, compreende: 1) limites ao poder do governo; 2) Estado de Direito; e 3) proteção de direitos fundamentais. A linguagem constitucional, como toda linguagem, emancipa e aliena, pois todos ao aprenderem como usá-la ficam submetidos aos seus limites. As Constituições que não atendam a esses requisitos de controle de poder e proteção de direitos entrarão em choque com a acepção de

constitucionalismo, podendo ser questionado se tais documentos são de fato Constituições.<sup>4</sup> (ROSENFELD, 2003, p. 36).

Para que o constitucionalismo “ganhasse o mundo” foi necessário superar não apenas os particularismos das constituições, mas, também, fundar seus pressupostos e pretensões em termos universais. (MARTINS, 2009, p. 7; NEVES, 2009, p. 20). A busca pelo bom, pelo melhor governo, é posta como um objetivo geral, bem como os fenômenos que visam combater: “as tendências permanentes do poder político”, ou seja, a disposição para a sociedade organizar-se em facções e desrespeitar o interesse público em prol do privado. (HAMILTON, 1959b, p. 40).

Está na base da universalização do constitucionalismo o sujeito abstrato de Direito que “[...] prescindir de qualquer análise social concreta e específica.” (MARTINS, 2009, p. 13). É a possibilidade de pensar o Direito a partir das instituições, eliminando os subjetivismos individuais. Cria-se um arranjo que permite que o “bom governo” efetive-se independentemente, ou diminuindo a influência, da discricionariedade dos governantes.

Porém que é o governo senão a maior das censuras à natureza humana? Se os homens fossem anjos, o governo não seria necessário. Se os anjos governassem os homens, nem os controles externos e os internos do governo, seriam necessários. (MADISON, 1959, p. 210).

Interessante destacar que por trás da universalização do constitucionalismo, além e mais sutil que a generalização das suas pretensões e dos seus fundamentos, ocorre a universalização da teoria jurídica e política que o funda. O problema que os juristas do séc. XVII lançaram para a política e para o Direito tornou-se a base para se pensar tais fenômenos. Os campos jurídico e político são desenvolvidos

---

<sup>4</sup> Artigo sobre a tensão contemporânea entre Constituições e constitucionalismo ver: SOUSA SANTOS, B. Constitucionalismos perversos. In: Observatório da Constituição e da Democracia. Judiciário e democracia. n.º 4. Sociedade Tempo e Direito: Brasília, maio de 2006. p 24.

tendo como cerne questões relacionadas à legitimidade e à soberania. (FOUCAULT, 1979, p. 182).

Por mais que estejam superados muitos dos pressupostos desenvolvidos pelos contratualistas, como a própria ideia de contrato social<sup>5</sup>, foi a partir das pistas por eles oferecidas, por meio do campo de análise por eles abertos que o Direito e a política continuam sendo pensados (FOUCAULT, 1979, p. 182; HONNETH, 2003, p. 37 e ss.). A universalização do constitucionalismo é uma consequência e uma causa disso.

## 2 A cegueira da visão. O ponto cego da teoria jurídica contemporânea

Todo olhar é observado a partir de determinada teoria. Por trás até mesmo do estudo empírico existem lentes que permitem ver determinados fatores e, como consequência, negligenciar muitos outros aspectos. A ciência não se inicia com a empiria, antes mesmo dessa existem teorias que a possibilita. (CHALMERS, 1993, p. 45-62). É a partir das próprias bases, das regras internas de um campo científico específico que se formulam as perguntas corretas e, assim, buscam-se as respostas adequadas que permitirão o desenvolvimento do conhecimento. (KUHN, 2006, p. 29-56).

Os breves apontamentos sobre epistemologia fazem-se necessários para argumentar que as teorias jurídica e política contemporâneas têm suas regras internas bem definidas, o que lhes possibilita avanços. Foi a partir dos pressupostos teóricos traçados pelos juristas do séc. XVII que o Direito e a política modernos desenvolveram-se. As perguntas que são postas para o Direito têm como premissa o

---

<sup>5</sup> A visão contratualista parte do pressuposto de que a sociedade é artificialmente formada a partir de acordos políticos. Autores como Honneth e Dworkin enfrentam teoricamente esse pressuposto. Para mais, ver: DWORKIN, R. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. HONNETH, A. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

seguinte problema: como indivíduos livres e/ou iguais forjam uma ordem legítima? (DWORKIN, 2002, p. 409-427; NEVES, 2009, p. 22).

A recente superação da ideia contratualista não deixa de ser apenas mais um desdobramento do campo de saber definido pelos pensadores que estão na base da modernidade, não à toa, o problema fundamental da teoria do Direito permanece inabalável. (DWORKIN, 2002, p. 315-341).

Mesmo autores contemporâneos, como Dworkin (2003, p. 141-184, 271-332) e sua proposição do Direito como integridade, uma sólida resposta à tese contratual, não deixam de desenvolver as teorias do Direito e da política dentro do campo epistemológico anteriormente expostos. Para Dworkin (2002, p. VIII) o Direito como normatividade “[...] deve conter uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observação da lei”<sup>6</sup>. Refuta-se, assim, a ideia de um contrato social, mas continua a perguntar-se sobre quais os pressupostos necessários para a construção de uma ordem jurídica legítima.

Foi exatamente a especificação do campo temático e a cegueira das teorias do Direito e da política que permitiram avanços, criando um arranjo institucional complexo, que tenta eliminar a subjetividade dos governantes em prol de uma sociedade mais justa. (MADISON, 1959, p. 210). Às vezes menos é mais. As restrições limitaram escolhas e, seja no campo político ou científico, possibilitaram grandes conquistas teóricas e institucionais. Os mortos não governam os vivos, mas,

---

<sup>6</sup> As explicações de Dworkin (2003, p. IX) sobre as três teorias: “A teoria da legislação deve conter uma teoria da legitimidade que descreva as circunstâncias nas quais um indivíduo ou um grupo particular está autorizado a fazer leis, e uma teoria da justiça legislativa, que descreve o tipo de leis que estão autorizados ou obrigados a fazer. Do mesmo modo, a teoria da decisão judicial deve ser complexa: deve conter uma teoria da controvérsia, que estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos jurídicos difíceis, e uma teoria da jurisdição [...] A teoria da observância da lei deve discutir e distinguir dois papéis. Deve conter uma teoria do respeito à lei, que discuta a natureza e os limites do dever do cidadão em obedecer à lei, tal como esta se apresenta nas diferentes formas do Estado e em diferentes circunstâncias, bem como uma teoria da execução da lei que identifique os objetivos da aplicação e da punição e descreva como os representantes públicos devem reagir às diferentes categorias de crimes e infrações”.

certamente, ao restringirem as possibilidades de escolhas do presente, facilitam, e muito, a vida destes. A ciência, o Direito e a democracia devem aprender com seus erros e acertos e, quando necessário, abrir os olhos para aspectos antes negligenciados. (ELSTER, 2009, p.120; HOLMES, 1999, p. 262).

A análise tradicional do Direito possui sólidas bases, o que permite aquisições, o constitucionalismo como fenômeno internacional é uma delas. No entanto, negligencia as micro-relações de poder que Michel Foucault (1979, p. 179) expõe como elemento essencial para a constituição genealógica da verdade e das instituições modernas. Defende-se aqui que a teoria tradicional do Direito foi cega para a denúncia desse autor. O Direito continua a ser pensado a partir do macro-poder explicitado pelos juristas dos séculos XVII e XVIII. A perspectiva exposta por Foucault é vista, ainda, como uma crítica externa.

Não há “um” poder, mas relações de poder. Essas são múltiplas dentro da sociedade e realizam-se em diferentes níveis, complementando-se e contestando-se, sendo possível seu estudo por diversos pontos de vista: a psiquiatria, a família, a sociedade, o Direito. (FOUCAULT, 2005, p. 153). Essas relações são constitutivas das verdades genealógicamente criadas e cotidianamente vivenciadas. (FOUCAULT, 2005, p. 13-16).

Verdades e poder são indissociáveis. Por trás das instituições modernas há múltiplas micro-relações que as constituem. O Direito, o Estado, a sociedade, a ciência, os indivíduos não são incólumes a elas, ao contrário, são decorrências delas. Cada sociedade, cada momento histórico possui uma tecnologia de produção de verdades. Na modernidade, essa tecnologia foi gradualmente sendo desqualificada e recoberta pela prática científica e pelo discurso filosófico. A forte relação entre verdade e poder não foi estabelecida de forma transparente. (FOUCAULT, 1979, p. 114, 180).

A disciplina é a tecnologia de poder dominante na modernidade. Antes existente em locais bem definidos, como nos mosteiros medievais, nas legiões romanas e em sistemas escravistas, o poder disciplinar foi

aperfeiçoado no séc. XVII e XVIII e tornou-se a grande forma moderna de produção da verdade e gestão de corpos. (FOUCAULT, 1979, p. 105; 1987, p. 117-142). A disciplina “É a individualização pelo espaço, a inserção dos corpos em um espaço individualizado, classificatório, combinatório”. Exerce seu controle não sobre o resultado, mas sobre o desenvolvimento; implica em vigilância perpétua e constante dos indivíduos, em um sistema de registros contínuos. (FOUCAULT, 1979, p. 106).

Nem sempre o poder oprime, ele pode dar prazer, a exemplo de algumas relações sexuais, e criar. A construção do conhecimento é prova disso. (FOUCAULT, 1987, p. 154-155). Associar o poder disciplinar apenas à repressão é limitar e fragilizar sua atuação. Ele também é positivo, criativo, institucionalizador. O avanço das ciências e o surgimento do sujeito individualizado moderno estão entre suas consequências. (FOUCAULT, 1979, p. 148).

Para Foucault o indivíduo não é reprimido pelo poder, ao contrário, o processo de individualização moderno é fruto direto da disciplina, que por meio de sua tecnologia social conseguiu gerir o espaço e os corpos. Os sujeitos são submetidos em todos os instantes a processos individualizadores: possuem endereço fixo, nome, trabalho, uma forma de se portar e de falar moldadas a partir dos espaços que ocupam. Não são golpeados, mas constituídos pelo poder. São seu efeito e seu centro de transmissão. A criação da individualidade permite seu exercício. (FOUCAULT, 1979, p. 107, 131, 183, 184).

A teoria jurídica parte de pressupostos diferentes ao se pensar a formação moderna da individualidade: preserva a ideia de liberdade como base do sujeito. Com o fim da verdade cosmológica objetivante, o homem torna-se um problema para ele mesmo, pois se descobre em um mundo sem verdades em que deve se inventar enquanto individualidade. Assume o lugar de Deus, ou seja, da metafísica, mas adquire para si um terrível paradoxo: possui consciência da sua existência, e compreende que ela é ao mesmo tempo autônoma e finita. O homem torna-se soberano para si mesmo, exatamente por ser escravizado. (HABERMAS, 2000, p.

366). Para Foucault (1979, p. 184) a ideia de sujeito está associada à sujeição aos mecanismos de poder.

Foucault trabalha uma dimensão das relações de poder diferente da teoria jurídica tradicional. Traz problemas para onde existia um ponto cego. Abre a possibilidade de se pensar o Direito para além da teoria tradicional definida no séc. XVII e XVIII, pois não pensa o poder partindo apenas dos problemas relacionados à soberania e legitimidade.

As pretensões jurídicas modernas (controle do poder e efetivação de obrigações fundamentais) ganham um vasto campo para atuação e reflexão. Foucault mostra como as micro-relações de poder são constitutivas dos pilares do Direito. Cria-se, assim, um novo problema: como a pretensão inicial de legitimidade do Direito relaciona-se com os micro-fenômenos de poder?

Para ser mais claro, Foucault (1979, p. 176) traça dois modelos epistemológicos sobre o poder: 1) contrato-opressão (viés jurídico liberal, séc. XVIII). O cidadão é o titular do poder e cede-o ao Estado, o que gera especulações jurídicas em torno da soberania e legitimidade; 2) dominação-repressão, em que a política acaba com a guerra, não para suspender seus efeitos ou neutralizá-los “[...] mas, para reinscrever perpetuamente estas relações de força, através de uma espécie de guerra silenciosa, nas instituições e nas desigualdades econômicas, na linguagem e até no corpo dos indivíduos”. (FOUCAULT, 1979, p. 176).

Enquanto os juristas centram suas indagações e reflexões na primeira perspectiva epistemológica, Foucault privilegiará a segunda. Não analisará o centro, mas as ramificações. Enfatizará menos a “legitimidade a ser estabelecida” e mais o sistema de sujeições decorrentes do instituído. Mudará o olhar da pesquisa, irá da “soberania/obediência” para a “dominação/sujeição”. (FOUCAULT, 1979, p. 182).

Os juristas partem da reflexão sobre como de um corpo múltiplo surge a soberania e a legitimidade. Foucault pensa como são inventados os indivíduos a partir do poder. Não indagará como surgiu “o soberano”, mas sim como foram constituídos os súditos. Inverte a análise tradicional

do Direito, pois centrará sua visão não na legitimidade da lei, mas no conjunto de instituições e verdades que estão na base de sustentação do Direito. (FOUCAULT, 1979, p. 181, 182).

Interessante destacar que os dois modelos epistemológicos acima enunciados são duas tecnologias presentes na modernidade, que estão em tensão, mas, também, se apóiam e constituem-se. Está na base do “contrato/soberania” a “dominação”, que individualiza, constitui e mantém coesos os sujeitos por meio da “sujeição” ao poder disciplinar. Ao mesmo tempo, a teoria da soberania permitiu o desenvolvimento desse poder, pois possibilitou o questionamento das estruturas feudais, além de ocultar os procedimentos e técnicas de dominação da disciplina como “exercício efetivo de poder”. (FOUCAULT, 1979, p. 189).

O macro-poder e as micro-relações são complementares. O primeiro depende das segundas para se fixar, além de oferecer uma justificativa relacionada ao gozo e exercício de Direitos que permite ao poder disciplinar desenvolver-se.

Temos, portanto, nas sociedades modernas, a partir do século XIX até hoje, por um lado, uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulados em torno do princípio do corpo social e da delegação de poder; e por outro lado, um sistema minucioso de coerções disciplinares que garanta efetivamente a coesão deste mesmo corpo social. Ora, este sistema disciplinar não pode absolutamente ser transcrito no interior do direito que é, no entanto, seu complemento necessário. (FOUCAULT, 1979, p. 189).

Enfim, o exercício do poder ocorre entre a soberania e a disciplina. Campos heterogêneos, que estão em tensão e constituem-se. A disciplina tem seu discurso, que é alheio à lei enquanto expressão da soberania, pois é a afirmação da regra, da normalização. (FOUCAULT, 1979, p. 189). Coloniza cada vez mais todos os campos da sociedade. Como resposta comum contra o avanço do poder disciplinar, dos seus efeitos biopolíticos, invoca-se o “direito da soberania”. Isso leva a um beco sem saída, pois soberania e disciplina constituem-se, “[...] são

duas partes intrinsecamente constitutivas dos mecanismos gerais do poder em nossa sociedade”. (FOUCAULT, 1979, p. 190).

Foucault apresenta um novo campo de atuação para o Direito e a teoria jurídica, ou seja, a necessidade de repensar suas bases. A possibilidade de se refletir sobre o Direito, além do ângulo da soberania/legitimidade, que é cega e, ao mesmo tempo, complementar ao poder disciplinar. Surge, então, um campo bem próprio e novo para a investigação jurídica. “Na luta contra o poder disciplinar, não é em direção do velho Direito da soberania que se deve marchar, mas na direção de um **novo direito antidisciplinar** e, ao mesmo tempo, liberado do princípio da soberania” (grifo meu). (FOUCAULT, 1979, p. 191).

### 3 Um novo direito antidisciplinar?

Na primeira parte deste artigo foi exposto que a teoria contemporânea do Direito funda seus pressupostos nos juristas do séc. XVII e XVIII. Foram as indagações lançadas por eles que permitiram delimitar um campo do conhecimento e possibilitar avanços. No entanto, em um segundo momento, foi afirmado que ao lado das relações de poder que se chamou “contrato/soberania” existe outra tecnologia de produção da verdade, que é a “dominação/sujeição”. Esta continua sendo negligenciada pelos juristas.

Foram criados sofisticados mecanismos institucionais que permitiram o controle do poder – como exposto por Madison (1959, p. 210) –, e, também, a legitimidade dos comandos estatais. Hoje, é possível pensar em uma ordem jurídica que se impõe legitimamente. A abertura democrática é instrumento institucional fundamental para isso. (HABERMAS, 2003, p. 137 e ss.).

Porém, a teoria jurídica esteve cega para o modelo epistemológico dominação/sujeição, para a guerra silenciosa que submete, dociliza e constitui os indivíduos modernos. Tecnologia invisível, mas que produz verdades normalizadoras, que nega as pretensões do Direito como reconhecimento, como obrigações fundamentais de respeito radicalizado

do outro em sua diversidade. (DWORKIN, 2002, p. 315; LYRA FILHO, 2006). O Direito foi tradicionalmente pensado a partir de mecanismos institucionais que eliminam as subjetividades e permitem o controle do macro poder. Foucault lança o desafio do Direito antidisciplinar, que, antes de tudo, é um trunfo para uma nova tecnologia de produção da verdade, que radicaliza a produção da subjetividade. (FOUCAULT, 1979, p. 176, 191).

A tecnologia do poder dominante na modernidade, em uma perspectiva micro-social, realiza-se nos gestos, nos corpos, nos comportamentos, nas atitudes, nos discursos, na aprendizagem, nas mentes, na vida cotidiana. É fundamental pensar as pretensões da teoria do Direito frente a esse desafio, associá-lo a uma nova tecnologia do poder e de produção de verdades. (FOUCAULT, 1979, p. 131 e 150).

Deve-se indagar o que exatamente significa a dimensão antidisciplinar do Direito. Não apenas isso, mas também se essa dimensão seria consequência do processo de democratização e afirmação de Direitos no nível institucional. A abertura para o diálogo vivenciada pela democracia permitiria o questionamento de suas próprias bases, proporcionado, assim, um processo de refundação epistemológica?

Sendo o Direito antidisciplinar um processo de enfrentamento da normalização e da docilização dos corpos, seria ele, antes de tudo, um processo micro-social, ou seja, teria consequência na forma como os indivíduos agem em relação a si e em relação aos outros? Está associado ao processo de democratização e afirmação horizontal de direitos? De constituição de relações interpessoais respeitadas? Seria o que o Giddens (1997, p. 128-131) conceitua como “democracia dos afetos”<sup>7</sup>?

---

<sup>7</sup> “A democratização no terreno público, não somente em relação ao Estado-nação, promove as condições essenciais para a democratização dos relacionamentos pessoais. Mas o inverso também se aplica. O avanço da autonomia própria no contexto dos relacionamentos puros é cheio de implicações para a prática democrática na comunidade mais ampla”. (GIDDENS, 1993, p. 213).

É importante destacar que apesar de os juristas ainda continuarem limitados ao campo epistemológico delimitado no séc. XVII e XVIII, o pensamento político, como de Pizzorno (2002), já observa as insuficiências que estão postas nos mecanismos institucionais de controle de poder. Analisa de forma crítica as ilusões, as falsas pretensões, que envolvem estruturas consagradas pelo Direito e da democracia, como as eleições representativas. Volta-se, assim, para os processos participativos e suas consequências constitutivas e geradoras de autonomia nos indivíduos. No mesmo sentido, autores como Paulo Freire (1987, p. 16-25), veem na educação e o Direito instrumentos para evitar a opressão. Não de forma preventiva, mas constitutiva dos sujeitos, empoderadora e emancipatória. Uma forma de combater relações reificadoras. É importante analisar como o Direito insere-se nesse novo campo e quais as consequências.

Como expõe Foucault (1979, p. 149), “[...] nada mudará na sociedade se os mecanismos de poder que funcionam fora, abaixo, ao lado dos aparelhos de Estado a um nível muito mais elementar, cotidiano, não forem modificados”. A luta do Direito, seus compromissos fundamentais, não pode deixar de constituir uma resistência dentro da própria rede de poder que envolve toda sociedade e inclui a todos.

## **Conclusão**

A ciência jurídica estabeleceu seus pressupostos nos séculos XVII e XVIII e obteve grandes avanços a partir deles. Hoje, existe uma complexa e sofisticada teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei, que explica e auxilia no processo de construção e aplicação do sistema normativo que tem como centro o Estado. Mesmo teorias jurídicas que propõem a radicalização da democracia por meio do alargamento da esfera pública e da participação social não deixam de pensar o Direito a partir dos marcos teóricos inicialmente apresentados.

As investigações de Michel Foucault (1979) proporcionaram um primoroso diagnóstico dos mecanismos de produção das verdades,

sendo que as micro-relações disciplinares são a tecnologia moderna preponderante no cumprimento dessa função. Poder normalizador que constitui as bases do Direito, mas ao mesmo tempo é constituído por ele.

Michel Foucault apresenta uma nova dimensão do poder e, com isso, lança um desafio que, até então, não foi assumido pela teoria jurídica: a possibilidade de repensar suas bases epistemológicas a partir de uma nova tecnologia antidisciplinar de produção de verdades. Lança-se, assim, ao Direito esse desafio. Abre-se um enorme campo de investigação inexplorado, em que algumas perguntas adquirem relevância: o que é o Direito antidisciplinar? É efeito do jogo de poder moderno que contemporaneamente assumiu a abertura institucional democrática entre seus pressupostos? Como pensar a interação do Direito com as micro-relações de poder? Como pensar as possibilidades de controle e complementação? Quais as consequências dessa proposição para a teoria jurídica contemporânea? Como o Direito antidisciplinar contrapõe ao poder disciplinar e constitui outra tecnologia do poder?

Enfim, há um problema que deve ser enfrentado pelos juristas, seja para mostrar suas implicações ou mesmo a sua irrelevância ao se pensar o Direito. A sociedade moderna assume a árdua tarefa de refletir criticamente sobre suas próprias bases. O Direito antidisciplinar pode ser mais um desses desafios teórico e epistemológico.

## Referências

ADAIR, D. The tenth federalist revisited: that politics may be reduced to a science: David Hume, James Madison, and the Tenth Federalist. In: \_\_\_\_\_. **Fame and founding fathers**. Liberty fund: Indianapolis, 1998. p. 32-45.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Nova Cultura, 2004.

CONSTANT, B. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, Porto Alegre, n. 2, p. 9-25, 1985.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELSTER, J. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: UNESP, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 25. ed. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Gral, 1979.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GIDDENS, A. **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993.

GIDDENS, A. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 112-125.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, J. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HAMILTON, A. O federalista I. In: HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. **O federalista**: um comentário à constituição americana. Tradução Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959. p. 100-112.

HAMILTON, A. O federalista IX. In: HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. **O federalista**: um comentário à constituição americana. Tradução Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959b. p. 78-92.

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Ária Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOLMES, S. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In.: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Econômica, 1999. p. 75-85.

HONNETH, A. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HUME, D. Ideia de uma república perfeita: dos partidos em geral. In: \_\_\_\_\_. **Investigação acerca do entendimento humano**: ensaios morais, políticos e libertários. Tradução Anoar Aiex, João Paulo Monteiro e Armando M. D'Oliveira. São Paulo: Nova Cultura, 1996. p. 32-47. (Coleção Os Pensadores).

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LYRA FILHO, R. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MADISON, J. O federalista LI. In: HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. **O federalista**: um comentário à constituição americana. Tradução Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959. p. 39-44.

MAQUIAVEL, N. **O príncipe**. Tradução Lívio Xavier. 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

MARTINS, A. **O porquê tratar do tema do constitucionalismo a partir dos exemplos norte-americanos e francês**. Texto introdutório à matéria do Doutorado em Direito da UnB, 2009.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PASQUINO, P. **Sieyes et l'invention de la constitution en France**. Paris: Odile Jacob, 1998.

PIZZORNO, A. **The impossibilities of democracy: bogus or serious?** Stein Rokkan Lecture at the ECPR Joint Sessions of Workshops, Turin, March 2002.

ROSENFELD, M. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, J.-J. **Do contrato social**. Edição: Ridendo Castigat Mores. Versão para ebooks. Disponível em: <[www.jahr.org](http://www.jahr.org)>. Acesso em: 19 dez. 2010.

SANTOS, B. S. **Constitucionalismos perversos**. In: OBSERVATÓRIO da constituição e da democracia. Brasília, DF, 2006. p. 24-78. (Judiciário e democracia, n° 4).

SIEYÈS, E. J. **Escritos políticos de Sieyès**. Tradução e organização David Pantoja Morán. México: Fondo de Cultura Econômica, 1993.

**Recebido em:** 10/01/2011

**Avaliado em:** 17/03/2011

**Aprovado para publicação em:** 17/05/2011