

# A TEORIA REALISTA DA INTERPRETAÇÃO E O PENSAMENTO MARGINAL DE FOUCAULT NO DIREITO

*THE REALISTIC THEORY OF INTERPRETATION AND MARGINAL THOUGHT OF FOUCAULT IN THE LAW*

*Renata Celeste Sales<sup>1</sup>*

FADIC/PE

*Altamir (D.*

*Rafael) Francisco da Silva<sup>2</sup>*

FADIC/PE

## **Resumo**

O texto traça uma breve investigação acerca da teoria realista da interpretação em cotejo com o pensamento genealógico foucaultiano enquanto hipótese de enfrentamento diante do problema da indeterminação do direito. Considerando o ceticismo que se observa diante da teoria realista, sobretudo a partir do trabalho de Michel Troper, bem como a noção de poder apresentada pelo autor, o ensaio pretende travar um diálogo com a perspectiva estratégica do direito apresentada nas diversas fases do filósofo Michel Foucault, mas com ênfase em seu período da genealogia. Nessa esteira, o presente trabalho tem por escopo provocar a reflexão sobre a possibilidade de abordagem dos fenômenos jurídicos a partir de um ângulo não-normativista e portanto de superação do racionalismo moderno.

## **Palavras-Chave**

Teoria Realista da Interpretação. Poder e Verdade. Indeterminação do direito.

## **Abstract**

The text draws a brief investigation on the realistic theory of the interpretation in comparison with the Foucaultian genealogical thought as hypothesis of confrontation before the problem of the indetermination of the science of law. Considering the skepticism that is observed before the realist theory, especially from the work of Michel Troper, as well as the notion of power presented by the author, the essay intends to wage a dialogue with the strategic perspective of law presented in the different phases of the philosopher Michel Foucault, But with an

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela UFPE. Coordenadora adjunta da Graduação em Direito da Faculdade Damas.

<sup>2</sup> Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas. Doutor em Teologia pela Pontifícia Faculdade Teológica “Marianum”.

emphasis on their genealogy period. In this wake, the present work aims to provoke the reflection on the possibility of approaching legal phenomena from a non-normativist angle and therefore of overcoming modern rationalism.

**Keywords**

Realistic Theory of Interpretation. Power and Truth. Indetermination of the science of law.

## **INTRODUÇÃO**

Este artigo pretende abordar uma perspectiva não – cognitivista apresentando o horizonte cético que margeia o problema da indeterminação do direito nas teorias contemporâneas, em particular travaremos o debate com o ceticismo interpretativo da teoria realista de Troper e a hipótese da jurisdição hermenêutica mecanicista.

Desse modo, adotaremos alguns pontos de partida: a) a interpretação como função da vontade; b) a interpretação como exercício de poder; c) e a interpretação como sujeita a um domínio de restrições jurídicas.

Nesse contexto, faremos um cruzamento entre a Teoria Realista da Interpretação (TRI) de Michel Troper e algumas provocações presentes no pensamento de Michel Foucault que relacionam poder, direito e verdade.

No limiar desse debate desejamos lançar algumas idéias que emprestem subsídio para a possibilidade do pensamento de uma teoria do direito não – normativista.

### **1. Insinuações sobre a teoria realista da interpretação**

As teorias contemporâneas de interpretação anunciam uma classificação dualista entre teorias “cognitivistas” e teorias “não – cognitivistas” (ou céticas), em geral fazendo prevalecer certo antagonismo bem demarcado entre ambas. O critério adotado para a referida distinção está na controlabilidade racional das interpretações (JUST: 2005, p. 98). As teorias cognitivistas

admitiriam uma escritura lógica para o direito, assumindo que os predicados “verdadeiro” e “falso” são aplicáveis às interpretações, em sentido contrário as teorias céticas não admitem essa aplicabilidade.

Mapeando os pontos da teoria realista da interpretação podemos situá-la no espaço de uma tese “não – cognitivista”, segundo essa concepção a interpretação não representa uma função de conhecimento. Embora esse primeiro passo se demonstre bem caracterizado, a teoria realista de Troper não é assimilada de um modo uniforme, as posições adotadas nesse sentido parecem divergir quanto ao alojamento da TRI como uma “teoria do direito e da decisão” ou como parte de uma “teoria geral do direito” ou ainda como “teoria da interpretação no direito”. O próprio Troper concebe a TRI “acima de tudo como uma teoria da interpretação no direito, isto é, como uma parte da teoria geral do direito” (citado por JUST: 2005, p.148) rejeitando a distinção entre TRI e teoria das constrições, no entanto não é capaz de precisar a relação entre as duas, utilizando o termo “prolongamento” para identificar a relação entre ambas.

As colocações acima revelam a dificuldade existente para traçar o espaço da teoria realista da interpretação. Uma pista para fazer compreensível essa dificuldade reside no caráter englobante da interpretação, esta transita por todos os hemisférios, alcançando desde a decisão jurídica até a estrutura do ordenamento, de certa forma ela está presente a todo tempo em todo o campo jurídico<sup>3</sup>. Não se trata aqui de um interpretativismo radical “o que é tão ambicioso é a afirmação de que todo conhecimento é interpretativo (...)” (MOORE: 2000, p.4), mas de colocar em destaque a presença da interpretação no âmbito da apresentação do discurso de direito contemporâneo.

Anote-se que a TRI não constitui uma tese de interpretação geral, mas uma tese de interpretação para o direito. Segundo Troper Três eixos podem sintetizar a teoria realista da interpretação (citado por JUST: 2003, p.149): a) é uma função de vontade, não do

---

<sup>3</sup> Utilizando um termo apresentado por Pierre Bourdieu.

conhecimento; b) não tem como objeto normas, e sim enunciados ou fatos; c) confere àquele que a exerce um poder específico.

## **2. O dentro e o “fora”<sup>4</sup> na teoria realista da interpretação: função de vontade e poder**

### **2.1 Interpretação – vontade**

A interpretação como função de vontade estabelece uma relação entre interpretação e sentido do objeto, mas essa relação não pressupõe um sentido, um significado próprio do objeto. Contrariamente às teses cognitivistas que atribuem ao intérprete a “missão” de descobrir o sentido do objeto, para a interpretação como função de vontade não há um sentido a ser descoberto, não há um significado independente e externo ao intérprete. Essa inversão de perspectiva é fundamental para traçar os contornos céticos da TRI, o sentido está no “fora”, na produção do intérprete, a justificação não é revelada, ela é produzida na interpretação.

O entorno conceitual da TRI não figura como de fácil assimilação, seja naquilo que possa parecer óbvio a uma leitura pragmática de mundo, como a interferência do intérprete na escritura do significado, seja quando se apresenta como essencialmente limitada à observação jurídica ao tratar somente do espaço da decisão judicial. O refinamento de objeto da TRI é tal que provoca embaraço quanto a sua delimitação, pode parecer propor um modelo geral de interpretação ao tratar de um certo ceticismo semântico e interpretativo em geral, mas seu objeto é a interpretação jurídica e esta como relacionada a uma função de vontade do intérprete, sem conter, entretanto, conteúdo axiológico, mas observando as condições nas quais é exercida a interpretação.

A concepção troperiana considera o direito como “uma obra humana” deslocando as normas do posto de entidades ideais e

---

<sup>4</sup> O termo é utilizado ao longo das narrativas de Foucault sendo identificado com a produção de poder, sendo encontrado também em: “o pensamento do lado de fora (poder)” in DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Ed. Brasiliense, 2006.

as apresentando como produto de uso prescritivo da linguagem, isto é, das ordens – “aqui há uma aproximação da concepção *expressiva* do último Kelsen na apresentação de sua teoria da interpretação (GOYARD-FABRE, 2002, p. 229)”.

Apesar de uma releitura kelseniana, a TRI parte de um ponto diverso da norma. A especificidade da ciência do direito para Kelsen advinha do ser jurídico não ser material, mas sim da significação conferidas aos fatos através das normas. “não é porque as normas possuem uma natureza específica que são objeto de uma ciência específica, mas, ao contrário, é por ser preciso construir uma ciência específica que se lhes deve reconhecer uma natureza específica.” (KELSEN, citado por GOYARD-FABRE, 2002), o enunciado torna marcante a presença de uma epistemologia acompanhada de uma preocupação lógica em detrimento de qualquer compromisso em demonstrar uma ontologia.

Mas Kelsen, como sublinha Troper, renunciou a seu logicismo e distinguiu a ciência do direito e o direito nos termos seguintes: se a primeira consiste em proposições de direito que dizem respeito a normas e podem ser verdadeiras ou falsas, o direito, por sua vez é feito de normas que são as significações de certos atos de vontade (GOYARD-FABRE, 2002, p. 230-231). Dessa forma é impossível conceber a norma desprovida do ato de vontade para o qual ela é a significação, é inseparável do ato voluntário que a aplica. Assim fica evidente o caráter voluntarista da teoria kelseniana. O ordenamento jurídico é disposto não como uma estrutura estanque e coberto de rigidez, mas como ordem dinâmica caracterizada pela confluência de forças, desde a vontade humana até o ambiente político. Dessa concepção voluntarista das normas advém o não- cognitivismo de Kelsen embalado pela tese de inexistência de uma lógica jurídica específica.

Importante evidenciar um ponto central apresentado por Troper no desvelamento da interpretação, partindo de um ponto diverso de Kelsen, Troper não admite a redução de sentido à norma e anuncia que o válido é a interpretação que se impõe, independentemente de seu conteúdo. Um argumento chave para a TRI é a afirmação de que a interpretação *contra- legem* não existe.

Mais uma vez recorremos a Kelsen e a distinção entre interpretação autêntica e interpretação não – autêntica, “a primeira como aquela pronunciada pelos órgãos responsáveis pela aplicação do direito e a segunda como proveniente da ciência do direito (JUST,2005, p.149-150)”. A distinção operada por Troper coloca em vigor uma outra ordem que serve de subsolo para a afirmação da inexistência de interpretação *contra – legem*. A interpretação autêntica não está vinculada ao seu órgão prolator, mas sim vinculada à produção de efeitos garantida pela ordem jurídica, assim, autêntica é a interpretação que se impõe. O texto incorpora a interpretação e como consequência não há que se falar em um texto de significado autônomo em relação à interpretação autêntica, pois esta impõe-se ao enunciado qualquer que seja seu conteúdo.

Além da produção de sentido pela interpretação que se impõe, a TRI também faz uso de outra linha de argumentação para ancorar a negativa da interpretação *contra – legem*. A crítica recai sobre um antigo debate na história da teoria do direito, a possibilidade de falar-se em *voluntas legislatoris* como critério objetivo na interpretação. Na crítica troperiana coloca-se em relevo a impossibilidade de se operar uma redução do significado do texto à intenção do legislador, mesmo que se tratasse de condições ideais pressupostas no momento da interpretação. Entender como possível captar a intenção do legislador no momento de interpretar o texto levaria em conta a crença na qual o legislador houvesse idealizado esta e aquela situação concreta, mas essa previsão do legislador no máximo pode ter alcance para uma série de situações símiles, mas não necessariamente para a situação em destaque. Nessa plataforma não há como negar uma responsabilidade mais discricionária na operação do intérprete, como também que para uma série de contingências observadas pelo mesmo haverá um instante de escolha.

Desde a linguagem (natural) do direito até a historicidade que informa o texto é necessário o entendimento do intérprete, no sentido de dominar essas imprecisões, nesse sentido, ressaltamos: “as características mais sobressalentes da linguagem legal, como espécie de linguagem comum, são a vagueza e o contexto do

significado (WRÓBLEWSKI, 1988, p.41).” Diante dessa limitação de clareza cabe ao intérprete interferir na produção do significado, no entanto desde já é imprescindível notar que essa assimilação de significado operada pela interpretação não se encontra livre de condicionalidades, o intérprete não interpreta como “quer” e sim como “pode” num ambiente de possibilidades aceitáveis.

Do mesmo modo que se demonstra pouco plausível a crença na utilização da *voluntas legislatoris* como critério para interpretação, apresenta-se a possibilidade de auferir um sentido inerente ao texto, uma *voluntas legis*. A tentativa de utilização desses critérios objetivos leva a um conjunto de disparidades os quais acentuam a falha metodológica do direito, seja a tentativa de fixação da vontade do legislador ou a atribuição de um sentido objetivo adstrito ao texto, ambas levam a desvios incontornáveis dentro do contexto temporal.

A utilização desse viés argumentativo pela TRI, apesar da inserção desse debate já ser conhecido no círculo contemporâneo, ganha uma relevância distinta no momento que aparece associado a “uma “meta-ética anticognitivista”, que a teoria realista reivindica em nome da sua relação com o positivismo (JUST,2005,p.151)”.

A multiplicidade de métodos encontrados nas teorias de direito levam a uma multiplicidade de resultados interpretativos, mais uma vez adentramos o espaço da produção de significado incentivada pelo intérprete, uma vez que partirá dele a escolha por tal método, o resultado da leitura do texto não pode se dá totalmente exterior ao intérprete. O resultado dependerá da escolha do método, não podemos falar, assim, em melhor escolha ou pior escolha, verdadeiro ou falso, o terreno lógico do direito outra vez está ameaçado. O exterior observado é o localizado para além da norma.

## **2.2. Interpretação: exercício e produção de poder**

Para a TRI o objeto da interpretação não é a norma, seu objeto é o texto ou o fato. A norma não preexiste à interpretação, ela é seu resultado, por essa ordem o momento onde a

interpretação acontece é o momento da produção da própria norma, caracterizando assim um exercício de poder.

Conseqüentemente essa tese produz afirmações mais polêmicas como admitir um poder legislativo aos tribunais autorizados a interpretar ou um poder constituinte aos tribunais competentes para interpretar a constituição. O espaço de interpretação abre outros pontos de observação, se a norma se faz no ato da interpretação autêntica podemos evidenciar o caráter dinâmico impresso à ciência jurídica, mas não somente o dinamismo em oposição aos modelos estáticos deve ser referido. Outro ponto deve ser notado no curso desse exercício de poder, diante desse dinamismo de atuação jurídica algumas interpretações feitas podem sempre ocupar o lugar do entendimento anterior instaurando um conjunto de forças que disputa o espaço de dizer o direito. Nessa perspectiva assinalamos que:

o campo jurídico é um lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social (BOURDIEU, 1998, p.212.)

A localização da interpretação no centro do problema do direito altera a disposição da estrutura do ordenamento, embora uma distribuição hierarquizada seja conservada, haja visto que o poder da interpretação não é igual para todos os tribunais, a estrutura não mais se organiza em relação às normas, mas em relação à interpretação, dando ensejo a uma idéia de ressignificação da pirâmide. A hierarquia dos poderes é refletida pela hierarquia

dos intérpretes autênticos, uma interpretação realizada pelo órgão da justiça comum pode vir a ser desabilitada pela interpretação diversa feita no STJ, da mesma forma o intérprete do STJ poderá ter seu entendimento invalidado diante da produção interpretativa de um ministro do STF. Ao fim temos que a interpretação autêntica, aquela que se impõe de fato, é realizada pela autoridade que não pode ser contestada.

Essa observação deságua em outra afirmativa da tese realista:

a interpretação não pode dizer-se verdadeira ou falsa. (...) essa consiste na decisão que confere um significado a um enunciado ou a um fato, e uma decisão não pode ser nem verdadeira, nem falsa, somente válida ou inválida dentro de um ordenamento normativo determinado (TROPER, 1999, p.484.)

Essa validade é formal e depende da competência da autoridade jurídica que interpreta. O ordenamento jurídico não conhece a decisão em virtude de um método invocado e realmente empregado, mas em razão de um exercício de poder realizado por parte de uma autoridade a qual foi conferida competência específica.

O produto derivado desse exercício de poder realizado pelo intérprete é a norma, “se a interpretação é uma decisão, tal decisão se resolve na produção de uma norma pertencente ao nível hierárquico do enunciado interpretado (TROPER, 1999, p.486)”, a interpretação não desvenda ou confere significado à norma, ela faz a norma. O resultado da interpretação produz uma norma com validade e hierarquia predeterminada pela natureza do enunciado, avançando o raciocínio realista, um enunciado constitucional origina norma constitucional, nessa esteira a TRI anuncia que o poder de rever a constitucionalidade constitui praticamente outro poder constituinte.

Ainda observando o percurso da interpretação que confere poder ao intérprete, Troper esclarece: mas a interpretação autêntica, é sobretudo uma fonte de poder formidável quando consente a autoridade a possibilidade de estender sua própria competência (1999, p.487), noutras palavras quando a competência da autoridade deriva de texto sujeito a sua própria interpretação.

Embora o intérprete possua determinada liberdade para produzir a decisão, o exercício de poder realizado pelo intérprete não está de modo algum ilimitado, as interpretações não representam um trabalho do livre arbítrio do julgador. Existe um espaço contingencial que cerca a atividade do intérprete, sua liberdade é limitada pelas regras que o jogo permite, são fatores cogentes que restringem o universo de interpretações possíveis. A ordem desses fatores é diversa, tanto sociológica e política como psicológica, além das imposições de uma escala de “interpretações possíveis” determinada pelo campo jurídico.

O momento da decisão é informado por uma série de contingências que vinculam o intérprete “o argumento repousa numa confusão entre o livre arbítrio e a liberdade do senso jurídico (TROPER, 1999, p.488)”, a análise desse espaço de contingência origina outro campo na teoria realista, a teoria das constrições jurídicas da qual faremos breve relato.

### **3. Limitações no ato de interpretar: a teoria das constrições jurídicas**

Noutra via falamos que o intérprete jurídico é sujeito a vínculos múltiplos, de modo que seria impreciso, além de irresponsável dizer que sua vontade se mostra completamente livre. O ponto-chave da análise das constrições é identificar o condicionamento ao qual está submetido o raciocínio jurídico. Como dito anteriormente, o intérprete não está autorizado a conferir qualquer significado ao enunciado, sua liberdade não é ilimitada ou “não-vigiada”, o seu raciocínio deve ser expresso de acordo com a coerência exigida pelo discurso jurídico.

No encaço desse pensamento, identificamos a necessidade de fundamentação como uma primeira constrição, um primeiro requisito determinante na validade da interpretação produzida pelo ator jurídico. Sua decisão deve demonstrar vinculação com o ordenamento, deve ser compatível com a ordem jurídica, ou seja, decorrente de uma norma preexistente a qual empreste a legitimidade necessária para aceitação do seu julgado. Sua fundamentação atuará tanto aplicando um enunciado em lugar de outro, assim como recriando conceitos ou modificando significados sempre fazendo crer na necessidade dessa operação em face do respeito ao Estado, à democracia ou aos valores do Estado de direito, devendo possuir elementos convincentes de aceitação no mundo jurídico.

Podemos dizer que a produção da norma realizada no ato da interpretação deverá previamente fabricar uma fundamentação, a mecânica das constrições impõe, assim, a necessidade de uma determinada forma de raciocínio capaz de validar a decisão. Mais uma vez estamos na esfera das decisões prováveis e possíveis, a restrição de liberalidade nos motivos da fundamentação é imprescindível à própria manutenção de força do sistema jurídico, garantindo um status aparente de segurança, “E todavia, a jurisprudência é coerente o quanto baste porque as decisões não são totalmente imprevisíveis (TROPER, 1999, p.489.)”

Do primeiro momento, apresentando interpretação como exercício de poder, destacando certa liberdade no sentido jurídico do intérprete, a TRI passa a explorar o território das constrições como uma espécie de contra-poder envolvendo a atividade interpretante. Mesmo havendo uma multiplicidade de fatores cogentes que informam e cercam o intérprete, é importante o enfoque no sistema de constrições especificamente jurídicos, o qual estaria apresentado em duas molas fundamentais: primeiro, a configuração do sistema jurídico na sua distribuição de competências e formação do discurso jurídico; depois a preocupação em torno da manutenção do status funcional adquirido pelo intérprete.

Embora de forma pouco aprofundada, mas sem correr os riscos de cair em erro, podemos traçar um esquema de apresentação da atuação das constrictões. É importante ressaltar que cada fator interferente na interpretação possui uma variação própria, atuando de modo distinto: “o peso específico dessa atuação pode variar em suas manifestações concretas e de acordo com as circunstâncias (JUST, 2005, p.172.)”

As constrictões jurídicas podem ser elencadas assim: a necessidade de legitimar a decisão interpretativa frente a seus destinatários, em suma a obrigatoriedade de fundamentação textual com base em argumentos permitidos e persuasivos; em face da manutenção da posição institucional do intérprete, este se vê na obrigação de observar o modo como os demais atores jurídicos exerceriam sua competência; em terceiro, o intérprete tem que se mostrar coerente com os métodos que utiliza, não pode arriscar decidindo arbitrariamente com frequência o que colocaria em xeque sua legitimidade enquanto intérprete. Esse quadro de constrictões deixa claro que ao intérprete não é permitido fazer um uso aleatório da liberdade jurídica, é de acordo com esse esquema de funcionamento que observamos um caráter de relativa estabilidade na jurisprudência.

## **4. Provoações foucaultianas**

### **4.1. Relações perigosas: poder, direito e verdade**

O tratamento do direito encontrado em Foucault possui uma noção com contornos negativos, o direito se apresenta como uma espécie de castrador formal, assumindo formas negativas de interdição formalista. É a partir do triângulo poder, direito e verdade ele pretende organizar sua investigação.

O conceito de poder foucaultiano se situa em algum lugar entre o direito e a verdade. “O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso

(FOUCAULT, 2006,p.8)”, “o poder produz realidade antes de reprimir” (FOUCAULT citado por DELEUZE,2006, p.38),o direito possui duas implicações nesses enunciados, primeiro ele produz verdade que legitima o discurso de poder, depois sua forma está sedimentada na atitude de repressão, a distribuição poder, direito e verdade é relacional.

Foucault quer estudar o modo pelo qual o poder se exerce, o "como do poder", conforme ele mesmo explica:

em outras palavras, isso equivale a compreender os mecanismos do poder balizados entre os limites impostos de um lado pelo direito, com suas regras formais delimitadoras, e de outro pela verdade, cujos efeitos produzem, conduzem e reconduzem novamente ao poder. É nesse sentido que Foucault menciona a relação triangular que se estabelece entre esses três conceitos: poder, direito e verdade (FOUCAULT, 2002, p.28.)

Mais factualmente a questão versará sobre quais as regras de direito de que o poder se utiliza para produzir discursos de verdade, “qual é esse tipo de poder capaz de produzir discursos de verdade que são, numa sociedade como a nossa, dotados de efeitos tão potentes?”(FOUCAULT,2002,p.28; FOUCAULT citado por O. BURMESTER, 2005, p.38). São múltiplas as relações de poder que coabitam na sociedade, entretanto essas relações de poder não se sustentam sem a economia de um discurso de verdade, o poder não se exerce sem a circulação de um discurso verdadeiro e esse discurso é produzido e legitimado pelo direito. A verdade é a norma, e assim estamos inseridos em relações de poder que necessitam de discursos de verdade para se estabelecer, os quais por sua vez estão imbricados no direito que afirma o que é ou o que não é. O direito se apresenta tal qual uma hermenêutica de mundo,

mas uma hermenêutica que afirma o poder soberano e legitima as disciplinas necessárias ao modelo de repressão.

Nessa esteira, Foucault propõe a seguinte análise pertinente ao direito: “o sistema de direito e o campo judiciário são o veículo permanente de relações de dominação, de técnicas de sujeição polimorfa (FOUCAULT, 2002, p.32),” não se trata mais de analisar a legitimidade da norma, mas observar o resultado atingido pelo direito nos termos dos mecanismos de sujeição que ele põe em prática. Ao mesmo tempo Foucault não pretende a análise de poder do lado de dentro, mas antes em sua externalidade, no fora, no como se dá seu exercício e seu contato com seu objeto, com seu campo de aplicação. A verdade foge do ambiente de valor, está mais próxima do campo de intenções, do porquê de sua produção. Impõe-se, afinal, a busca do poder naquele exato ponto no qual ele se estabelece e produz efeitos (Foucault, 2002, 33).

A verdade se profissionaliza, e no centro daquela relação triangular, a verdade é a norma, nesse sentido, e antes de qualquer coisa, são os discursos verdadeiros que julgam, condenam, classificam, obrigam, coagem, trazendo consigo efeitos específicos de poder. É uma visão relacional, estratégica e não de conhecimento, ao menos em termos epistemológicos aproximado da visão realista para o direito.

#### **4.2. Na curva: direito mecanicista ou não-direito?**

Será possível uma idéia não-normativa do direito? Troper torna plausível essa indagação demonstrando a concepção mecanicista da constituição. Nesse rastro, realiza a representação do direito como um conjunto de interpretações autênticas, cerne de sua teoria realista. É visível o deslocamento que ocorre da norma, enquanto eixo central, para a interpretação e, conseqüentemente, para os mecanismos que rodeiam e viabilizam a sua produção.

Partindo da concepção normativa, obtemos a noção de obrigatoriedade da constituição. “Desde o ponto de vista dos constituintes, se espera que a constituição respeite os elementos:

clareza e precisão dos textos, que permitam conhecer a natureza e o conteúdo das obrigações a que se é submetido, a consciência do caráter obrigatório das disposições constitucionais (TROPER, 1999, p.337.)”

A visão normativa evidencia o caráter obrigacional da constituição e o seu conseqüente funcionamento baseado no subsolo de submissão obrigatória. A validade e a legitimidade do texto constitucional advêm da sua formação baseada em princípios, em decorrência dessa origem “nobre” do texto constitucional surge sua obrigatoriedade. A história da constituição basta para impor a legitimidade de sua aplicação obrigatória. Noutras palavras, o texto normativo da constituição é suficiente para garantir a distribuição e o funcionamento de suas competências.

A concepção mecanicista nos leva a pensar outras questões desde o ponto de vista da redação das constituições: o que informou determinada inscrição e organização de poder? Por que determinada conduta se apresenta descrita daquela forma? Essa análise observa a distribuição de competências, as condutas possíveis e prováveis, mas sob a ótica da teoria das constrictões. A observação é feita no sentido de identificar como esse quadro de mecanismos interfere nos atores jurídicos.

A proposta mecanicista de análise das constituições se traduz pela especificidade das observações, todos os elementos são levados em consideração para fornecer explicação sobre o funcionamento constitucional. O olhar da tese mecanicista se volta para as relações de forças que se desenvolvem no meio jurídico. “A concepção mecanicista conduz assim a substituir uma análise em termos de competência jurídica por uma análise em termo de poderes entendidos como capacidade de atuar e de produzir efeitos (TROPER, 1999, p.336-337.)”

O resultado das constrictões tem fundamental importância no cenário observado pela tese mecanicista, trata-se em um primeiro instante de trazer para o centro as dificuldades práticas, trazendo a lume uma constatação de funcionamento: o funcionamento efetivo é quase sempre diferente daquilo que organizam os autores da constituição (TROPER, 1999). Os

poderes se movimentam, muitas vezes, de forma variada e imprevisível em face das constrictões de toda ordem observadas e, sobretudo das constrictões jurídicas determinantes no campo de trabalho do direito.

Enquanto a concepção normativa pensa na obtenção do funcionamento global através da submissão às obrigações, a concepção mecanicista entende que o funcionamento se dá pelas constrictões. No segundo caso, as relações de forças, a distribuição dos autores e das competências e o exercício de poder são levados em conta para a compreensão do fenômeno do direito.

Em Foucault o poder está em evidência e possui uma definição bem simples: “o poder é uma relação de forças, ou melhor, toda relação de força é uma “relação de poder” (DELEUZE, 2006, p.78)”, e ainda, a força não está no singular, ela tem como característica essencial estar em relação com outras forças, de forma que toda força já é relação, isto é, poder: “a força não tem objeto nem sujeito a não ser a força (DELEUZE, 2006, *idem*.)” Muito embora essa definição possa se assemelhar ao retorno de um direito natural, não o é, vez que o direito é entendido, neste caso, como forma de expressão, expressão dessas e outras relações.

O direito está relacionado com o poder e a produção de verdade como anteriormente posto, mas a noção de direito foucaultiana está na dobra da negação, antes se traduz como um não-direito pautado no modelo de repressão. Sua instalação se faz por meio da coação, “instala-se, sob coação, a “normalização” do mundo cotidiano, isto é, a homogeneização de tudo que a vida pode apresentar de heterogêneo: eis, segundo Foucault o que chamam de “o direito”!(GOYARD-FABRE, 2002, p.190-191). Para Foucault as técnicas jurídicas são técnicas de dominação, um conjunto de estratégias cristalizadas naquilo que denominamos constituição.

As decisões jurídicas são decorrentes de tecnologia sociopolítica, numa espécie de normalização das disciplinas. O direito acontece como manifestação de poder e de violência, numa roupagem de positivismo desprovido de qualquer valor, uma técnica de “assujeitamento”: “em face de um poder, que é lei, o

sujeito que é constituído como sujeito – que é “sujeitado”- é aquele que obedece (FOUCAULT, 2006, p.95.)” Diante desse direito que coage Foucault deseja a compreensão do poder para além das formas de direito “em outras palavras apreender o poder sob o aspecto da extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício (FOUCAULT, 2002, p. 33).

Embora pareça que o direito em Foucault aparece sempre sob uma forma inconveniente e violenta ou mesmo que ele sugere a superação da existência jurídica, qualquer entendimento que assumira esse grau de radicalismo seria necessariamente apressado. Subsiste a emergência da produção de discursos de verdade e essa produção implica na atuação do direito enquanto autor necessário, apesar do levante foucaultiano por formas antijuridistas de poder, seu pensamento não desconhece essa apresentação da realidade: “Se existe essa demanda pelo controle da produção do discurso verdadeiro, Michel Foucault não deixa de identificar que o direito ainda tem algum papel enquanto técnica de poder. (CHAVES, 2006, p.87.)”

E ainda, Foucault não suscita o grande fim do direito, aquilo que salta em seu pensamento é a representação da figura jurídica como uma expressão de não-direito, tão somente técnica de repressão e força violenta que normaliza o poder disciplinar, mas contra essa disciplina ele avalia: “Para dizer a verdade, para lutar contra as disciplinas, ou melhor, contra o poder disciplinar, não é na direção do antigo direito da soberania que se deveria ir; seria antes na direção de um direito novo, que seria antidisciplinar, mas que estaria ao mesmo tempo liberto do princípio da soberania (FOUCAULT, 2002, p.47)”. Aquilo que Foucault pretende eliminar é o direito-repressão, mas essa possibilidade já significa outro debate.

## 5. Considerações finais

A pergunta que resta é: “ será possível encontrar similitudes entre o pensamento troperiano e a microfísica de Foucault? ”, o sim ou o não são igualmente difíceis enquanto resposta

determinada para a indagação. Antes constituiria uma precipitação absurda. Aquilo que é válido no encaixe dessa investigação é o exercício provocador de pensar teorias contemporâneas do direito que deslocam a norma do eixo principal do direito.

O realismo de Troper se mostra como uma espécie de releitura absolutamente cética da teoria kelseniana de interpretação. Muito além de uma releitura de Kelsen, apresenta as contingências adstritas ao direito, na teoria das restrições, e busca construir uma noção empírica do direito ao admitir a interpretação de enunciados e fatos em detrimento às normas. “A atividade jurisdicional é política em razão do poder de interpretação que ela implica (TROPER, 1994, p.104),” isso significa o seguinte: exercício de poder realizado pelo intérprete; a interpretação como vontade e não como substrato de um silogismo lógico, “dado A, deve ser B”; reconhecimento das imprevisões presentes nas relações de força que marcam o direito.

A indeterminação do direito é tratada pela limitação de fato vivenciada na atividade de interpretar, mas ao invés de buscar uma solução redentora para a crise, esforça-se em mostrar que o direito não é o reino do aleatório, apesar de suas formas ilimitadas. A teoria realista descreve uma análise física e compartimentada através da teoria das restrições jurídicas, demonstrando os fatores cogentes que condicionam a interpretação. É, justamente, nesse espaço de contingência da atividade do intérprete que o caráter aleatório das decisões se desfaz, uma vez que diversas forças se relacionam gerando um condicionamento no agir do intérprete, perfazendo uma limitação no universo das interpretações jurídicas possíveis.

Foucault analisa o direito sob a ótica fria do formalismo que serve para produção dos discursos de verdade do poder e a validação da repressão “é um tipo de poder que pressupõe muito mais a trama cerrada das coerções materiais do que a existência física de um soberano, e define uma nova economia de poder cujo princípio é o de que se deve ao mesmo tempo fazer que cresçam as forças sujeitadas e a força e a eficácia daquilo que as sujeita (2002, p.42).” A combinação de forças existe, mas antes de apresentar um

mecanismo de salva-guarda ao direito como supõe a TRI, essa relação de forças singulares aparece como central na produção de discursos que produzem realidade e repressão.

Tentando mapear as convergências podemos citar ao menos três pontos que se tocam sem, entretanto, misturar-se: a. o deslocamento da lei do centro do problema do direito, sugerindo formas não normativas de pensá-lo; b. a ausência de um canal ideológico na justificação das relações que atravessam o direito; c. sua descrição tecnológica, na TRI como mecanismos de produção de normas via interpretação, em Foucault como técnica de assujeitamento e submissão à normalização.

Em todo caso podemos assumir a seguinte postura: se é possível o conhecimento do direito, se poderíamos apreendê-lo enquanto objeto ou metateoria, isso só se torna viável a partir da análise de suas diversas vertentes, de suas diversas teorias. Buscar seu entendimento implica na busca das suas teorias e dos diversos fatores que compõem sua história, esse é um primeiro passo para o enfrentamento do problema contemporâneo da indeterminação do direito.

## 6. Referências

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: BCD União de editoras, 1998.

CHAVES, João. **O problema do direito novo em Michel Foucault**: entre a resistência e o fora. Recife: Universidade Federal de Pernambuco (Dissertação de Mestrado), 2006.

DELEUZE, Gilles. 1986. **Foucault**. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. Sobre a Justiça Popular. In: **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 22ª edição, 2006.

\_\_\_\_\_. Verdade e Poder. In: **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 22ª edição, 2006.

\_\_\_\_\_. História da sexualidade, vol.1, **A vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Graal, 17ª edição, 2006.

JUST, Gustavo. **Interpréter les théories de l'interprétation**. França, Editions L'Harmattan, 2005.

\_\_\_\_\_. **Cognitivismo e ceticismo na teoria da interpretação: relatividade e ambigüidade de uma classificação**. Argumentum: Revista científica, nº01.

GOYARD – FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUASTINI, Riccardo. **Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione**. Ragion Pratica, 2001.

MOORE, S. Michael. Interpretando a interpretação. In: MARMOR, Andrei (editor). **Direito e Interpretação: ensaios de Filosofia do Direito**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

O. BURMESTER, Ana Maria. Em defesa da sociedade. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. L.; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.). **Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

TROPER, Michel. **Pour une théorie juridique de l'état**. 1ª Ed. Paris: Presses universitaires de France, 1994.

\_\_\_\_\_. **Una teoria realista dell'interpretazione**. Materiali por una storia della cultura giuridica, a. XXIX, nº2, dicembre, 1999.

\_\_\_\_\_. **La máquina y la norma. Dos modelos de constitución**. Paris, 1999.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de La interpreteación jurídica**. 1ª Ed. Madrid (España): Editorial Civitas, 1988.