



# Artigos



## **Norma e Direito: Michel Foucault e o excesso normativo-jurídico**

Norm and Law: Michel Foucault and the juridical-normative excess

Lorena Martoni de Freitas<sup>1</sup>

### **Resumo:**

A inflação legislativa é um fenômeno que expõe uma possível crise do direito, ou talvez, o seu inerente paradoxo. Revela uma prática jurídica que, no intuito de abarcar a realidade em todas as suas ocorrências, na pretensão de uma completude seguramente positivada, culmina em um ordenamento em constante modificação, que desvenda a incoerência intrínseca a seu excesso normativo. Comumente no âmbito jurídico o problema é explorado e propõe-se solúvel a partir de noções de técnica legislativa, no entanto o presente trabalho pretende dissecar a matéria sob um viés foucaultiano. Busca-se compreender portanto, a partir do método genealógico de Michel Foucault, a relação entre esta evidente inflação legislativa e as ocorrências de integração de um poder soberano e disciplinar, como vetor da atual realidade jurídico-normativa.

**Palavras-chave:** Michel Foucault; norma; poder.

### **Abstract:**

The legislative inflation is a phenomenon that exposes a possible crisis of Law, or perhaps its inherent paradox. Reveals a legal practice that, in order to embrace the reality in all its occurrences, with the pretension of a completeness surely written, culminates in a juridical system in constantly change, which reveals an inherent inconsistency in its normative excess. Commonly in the legal context the problem is explored and shows itself as soluble by the notions of legislative technique, however this study aims to dissect the matter under a Foucauldian bias. Therefore it seeks to understand, from the genealogical method of Michel Foucault, the relationship between this evident legislative inflation and the integrating occurrences of a sovereign and disciplinary power, as a vector of the current legal and normative reality.

**Keywords:** Michel Foucault. Norm. Power.

**Recebido em:** 28 de outubro de 2014

**Aceito em:** 28 de janeiro de 2014

---

<sup>1</sup> Aluna de graduação do 10º período da Faculdade de Direito da UFMG, ligada ao Departamento de Introdução à Ciência do Direito, na linha de pesquisa “Estado, Razão e História”, área “Filosofia do poder e pensamento radical” com enfoque em biopolítica, sob a orientação do professor Doutor Andityas Soares de Moura Costa Matos.

## Introdução

Em um breve artigo publicado no jornal *Le Monde*, em sede de discussão sobre o livro de Philippe Boucher “*Le ghettojudiciaire*”, em consonância com este autor Foucault desenvolve a noção de uma “desordem” no direito, por ser este uma instância frágil, permeável e transparente, apesar das névoas em que estaria envolta (FOUCAULT, 1994, p. 696), reforçando a ideia da indiscernibilidade entre direito e os diversos outros discursos que o circundam. Na medida em que percebe o direito como instância aberta à penetração dos mais diversos elementos, principalmente àqueles relacionados a estruturas de dominação que utilizam do discurso jurídico para se legitimarem, o autor assume a ideia de que os “vícios” do direito fazem parte do seu próprio mecanismo de manutenção da ordem social.

Essas desordens não são, de fato, nem acidente, nem obstáculos ou limitações do aparelho judiciário. Nem mesmo perturbações. Mas sim mecanismos de funcionamento. A Justiça se exerce por e através das incapacidades de um ministro, das exigências de um interesse, dos erros de ambição.

[...]

Da nossa justiça se espera, pelo menos desde o século XIX, não ter outra função senão aplicar a lei. É uma formatação muito limitada se você considerar todas as exceções que ela tolera, todas as contradições que ela inflige. Mas se você reparar em seu aparelho em funcionamento, em seus pormenores, você perceberá que a perturbação da lei obedece o princípio da preservação da ordem. Diz Philippe Boucher: “A Justiça não está preocupada com o prejuízo, ela cuida dos transtornos.” É devido à ordem que decidimos processar ou não processar. É devido à ordem que permitimos que a polícia faça o que quiser. É devido à ordem que expulsamos aqueles que não são perfeitamente “desejáveis”. Este primado da ordem tem pelo menos duas consequências importantes: que a justiça se preocupa cada vez mais com o cumprimento da norma do que com o respeito à lei; e que ela tende cada vez menos punir crimes do que penalizar comportamentos. (FOUCAULT, 1994, pp. 696-697, **tradução nossa**)

Esta percepção fornece uma chave de análise para o problema do excesso normativo jurídico (e suas inerentes contradições) alternativa à adotada no estudo jurídico dogmático. Ao invés de tomar uma idealização do ordenamento jurídico como ponto de partida para a crítica de suas imperfeições, como se estas fossem uma corrupção ou desdobramentos acidentais de um verdadeiro dever ser, e como tais passíveis de correção, uma abordagem foucaultiana desloca o foco crítico exatamente para este conceito idealizado, desvelando o caráter discursivo de uma relação de poder consolidada a partir construções sobre a *verdade*, e que assim se sustenta na reiteração de uma ideia de ordenamento jurídico hierarquicamente unificado e coerente, cujo conteúdo normativo encerraria orientações de caráter absoluto.

A partir desta desmistificação do direito, ainda fortemente atrelado à concepção iluminista de Estado Legislativo de Direito (FERRAJOLI, 2006), é possível encarar o confronto entre as normas jurídicas e a realidade social como uma ocorrência natural, e não falha, que como tal engloba uma mutabilidade necessária, ao invés de adotar contorcionismos hermenêuticos cada vez mais complexos que insistem em manter a concepção de um Direito como um sistema de verdades, estático e atemporal, desconsiderando seu caráter eminentemente decisório e artificial, “posto ou produzido pelos homens e por isso confiado à responsabilidade dos mesmos sendo como eles o pensam, o projetam, o produzem, o interpretam e o aplicam” (FERRAJOLI, 2006, p. 430).

Assim, perceber o caráter cultural-constutivo do Direito implica portanto em assumir uma posição crítica em relação a ideia de legalidade estrita que o sustenta, bem como o monopólio de sua produção pelo Estado como autoridade formal legítima, levando-nos a pensar no que Foucault chama em alguns momentos de sua obra de um “direito novo”, no qual a norma não implicaria a lei, ou seja, um direito ao mesmo tempo antidisciplinar e liberto do princípio da soberania (Idem, 2005, p. 47), que serviria como ferramenta possibilitadora de práticas de resistências pautadas em uma atitude crítica contra o poder normalizador, sendo concebido como de adesão livre do indivíduo a um estilo de vida que deseja conferir à própria existência (FONSECA, M. A., 2012, p. 271).

No entanto, para se pensar um direito novo como reflexo de práticas de libertação, é essencial identificar o caráter normalizador que o direito assume atualmente, pois somente a partir daí é possível negá-lo e construir subjetividades jurídicas relacionadas à arte ética da “indocilidade refletida” e ao “cuidado de si”. Por isso, como prelúdio essencial a um direito a se construir, no contexto do presente trabalho trataremos pontualmente da ligação entre a ideia de normalização foucaultiana e a desordem inerente ao Direito, da forma como este tem se apresentado no decorrer da história, questão a qual o autor dedicou maior atenção em sua análise crítica, e que será aqui traduzida no fenômeno do excesso normativo-jurídico. Neste viés será ponderado o fato de que a lei na atualidade aumenta de modo extraordinário, em quantidade e diversificação, durando muitas vezes reduzido tempo, impondo alterações ou substituições constantes no ordenamento jurídico (DOBROWOLSKI, 1999, p. 80) que se apresenta então necessariamente instável.

Assumida como fato social, esta conjuntura tem sido analisada no intuito de melhor compreender suas causas e efeitos nas esferas jurídica, política e social. Tratar-se-ia de uma crise do Direito? Da ideia iluminista de direito - como criação de uma racionalidade universal - desmistificada em prol de um sistema jurídico mais sujeito à interpretação hermenêutica? De uma necessidade estatal de organizar integralmente a sociedade coordenando a atividade de todos os setores particulares no quadro de um projeto coletivo?

A partir do pensamento desenvolvido por Michel Foucault analisaremos o conceito de norma para compreendermos porque e se o referido fenômeno deve ser compreendido como uma inflação do direito. Perceberemos o excesso normativo-jurídico a partir de um caminho inverso da produção normativa estatal, ou seja, normas não mais percebidas como projeções de poder do Estado na sociedade, mas sim como captura de focos de poder pelo aparelho estatal, demonstrando que o Estado opera com base em relações e redes de poder preexistentes, e não como núcleo único, centralizado e concentrado emanante de poder.

## 1. Contextualização

### 1.1) O fenômeno do excesso normativo-jurídico brasileiro

Em outubro de 2013 o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação realizou um estudo estatístico referente à quantidade de normas no Brasil após 25 anos da Constituição de 1988, concluindo que:

A legislação brasileira é um emaranhado de complexos assuntos. Foram editadas mais de **4,7 milhões de normas**. Em média são editadas 784 normas por dia útil. Em matéria tributária, foram editadas 309.147 normas. São mais de 1,91 normas tributárias por hora (dia útil). Em 25 anos, houve 15 reformas tributárias. Foram criados inúmeros tributos, como CPMF, COFINS, CIDES, CIP, CSLL, PIS IMPORTAÇÃO, COFINS IMPORTAÇÃO, ISS IMPORTAÇÃO. Foram majorados praticamente todos os tributos. Em média cada norma tem 3 mil palavras. O termo “direito” aparece em 22% das normas editadas. Saúde, Educação, Segurança, Trabalho, Salário e Tributação são temas que aparecem em 45% de toda a legislação.

[...]

No âmbito federal, foram editadas 158.663 normas desde a promulgação da Constituição Federal, passando por 6 emendas constitucionais de revisão, 74 emendas constitucionais, 2 leis delegadas, 85 leis complementares, 5.125 leis ordinárias, 1.238 medidas provisórias originárias, 5.491 reedições de medidas provisórias, 11.111 decretos federais e 135.530 normas complementares

(portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres normativos, etc.).

Em média, foram editadas 17,38 normas federais por dia ou 26,01 normas federais por dia útil nestes 25 anos.

[...]

Os Estados editaram 1.219.569 normas, sendo 279.906 leis complementares e ordinárias, 405.884 decretos e 533.779 normas complementares. Em média foram editadas 133,58 normas por dia ou 199,93 normas por dia útil, em nível estadual. Neste período, em média, cada Estado editou 45.169 normas, o que dá 4,95 norma/dia ou 7,40 norma/dia útil.

[...]

Já os Municípios são responsáveis pela edição de 3.406.962 normas, divididas em 584.045 leis complementares e ordinárias, 647.231 decretos, e 2.175.685 normas complementares. Em média, os municípios brasileiros editaram 373,16 normas por dia ou 558,52 normas por dia útil. Assim, considerando que existem 5.567 municípios no Brasil, cada um deles editou, em média, 611,99 normas neste período.

[...]

Dividindo-se a quantidade de normas editadas pelo número de habitantes do país, verifica-se que nos três anos anteriores à promulgação da Constituição de 1988 foi editada 1 (uma) norma geral para cada grupo de 300 habitantes. No período de 1989 a 2013 foi editada 1 (uma) norma para cada grupo de 42 habitantes. (FERNANDES DO AMARAL; LUIZ DO AMARAL; OLENIKE (coord., **grifo nosso**), 2013, pp. 2-6)

Percebe-se que o número de normas jurídicas está em constante aumento, em contrapartida, seu período de vigência tem se tornado cada vez mais curto. Em adição, tem-se a incerteza semântica e complexidade da linguagem que as expressa, “permeada pela imprecisão, obscuridade e ambiguidade, cujos significados podem ser estendidos indefinidamente em âmbito de aplicação” (FERRAJOLI, 2006, p. 440). Estes fatores dificultam o conhecimento da legislação pela população, e por vezes pelos próprios juristas, relativizam o direito gerando insegurança jurídica e hiper-regulam a vida privada, aumentando a litigiosidade e a judicialização.

Do ponto de vista da Legística, este fenômeno está relacionado, dentre outras, à condicionantes jurídicas<sup>2</sup>, políticas<sup>3</sup> e procedimentais<sup>4</sup>, ao fato de que os legisladores estão elaborando leis mais detalhadas, porque não confiam na legislação ou porque consideram que os tribunais precisam desse detalhamento. Isso resulta em um problema cíclico, uma vez que a instabilidade leva à perda de legitimidade, fazendo com que a lei não atinja o resultado esperado, sendo necessários novos atos normativos para cuidar do tema. (COSTA JÚNIOR, 2009, p. 80). Ou seja, nos estudos legísticos, a excessiva

---

<sup>2</sup> Relacionada à nossa tradição jurídica federalista assentada no direito escrito.

<sup>3</sup> Exemplos de fatores como a globalização, o direito internacional, a prática do lobby.

<sup>4</sup> Pouca restrição à iniciativa individual na apresentação de projetos e emendas, falta de rigor e técnica legislativa, alta tolerância com as demandas por legislação simbólica, para citar algumas.

produção normativa é resultado de uma irresponsabilidade e inabilidade técnico-teórica, uma “intemperança normativa”, que pode vir a ser solucionada por meio de melhora nas redações legislativas, estudos de impacto, análises contextuais, criação de mecanismos de acompanhamento e aplicação da norma, de instrumentos de acesso, etc. (SOARES, 2007).

José Eduardo Faria por sua vez relaciona este excesso normativo às transformações tecnológicas e organizacionais da economia industrializada e da sociedade globalizada, como uma reação do Estado que se vê obrigado a desempenhar tarefas múltiplas, até mesmo contraditórias, e que substitui a tradicional concepção de um sistema jurídico fechado, hierárquico e axiomatizado por uma visão do direito como uma organização de regras sob a forma de rede, modelo que se destaca “pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e pela provisoriedade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais” (FARIA, 1994, p. 165).

Esta desenfreada produção normativa, a que o autor trata por “inflação legislativa”<sup>5</sup>, também chamada por “anomia jurídica” e “explosão legal”, é comparada a inflação econômica por disseminar uma insegurança jurídica e inviabilizar um cálculo racional da vida sócio-política, reduzindo a pó direitos que o autor considera como “conquistados de modo legítimo”, além de restringir a recepção e compreensão por parte da sociedade do ordenamento jurídico inflacionado.

Essa comparação entre a inflação econômica e a “inflação legislativa” está longe de ser gratuita ou forçada. Quando um sistema jurídico está inflacionado por “leis de circunstância” e por “regulamentos de necessidade” surgidos a partir de conjunturas políticas, sociais e econômicas muito específicas e transitórias, a velocidade e a intensidade da produção legislativa invariavelmente levam o Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico tanto das normas que edita quanto dos atos e comportamentos que disciplina. Isto porque, nos períodos mais agudos da inflação legislativa, não é só a coerência e uniformidade das normas “primárias” – as que controlam e regulamentam os comportamentos – que são completamente erodidas. Também as próprias normas “secundárias” – isto é, as normas de “mudança”, as de “reconhecimento” e as de “decisão” – revelam-se progressivamente incapazes de exercer seu papel de eliminar incertezas e assegurar a identidade sistêmica do direito positivo, tais as dificuldades, nesses momentos, de identificação, avaliação e constatação da violação ou descumprimento das normas “primárias”. (FARIA, 1999, p. 130)

Para o autor o problema dessa polissemia multipolar no ordenamento jurídico é a instrumentalização do direito de forma retórica-pragmática para enfrentar as ocorrências

---

<sup>5</sup>“Termo utilizado por Rodolfo Pagano em “Inflazioneed inquinamento legislativo” para sintetizar e resumir todos os fenômenos degenerativos que podem ser observados na legislação italiana, similares às mazelas que afligem nosso ordenamento jurídico” (COSTA JÚNIOR, 2009, p. 79).



cotidianas, produzindo “leis de circunstância” e “regulamentos de necessidade”, gerando diferentes microssistemas normativos dotados de lógica própria e resultando em uma indeterminação do sistema normativo, já que possibilita diversas interpretações relacionadas a interesses específicos (FARIA, 1999, p. 133). Este sistema esvaziado torna-se pesado, ineficaz e impotente, agindo como simples instrumento de implementação de programas econômicos e execução de políticas públicas.

Quanto mais se procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico, convertendo numa intrincada teia regulatória e numa complexa rede de micro-sistemas normativos, esse ordenamento jurídico altamente "inflacionado" (em termos de quantidade de regras e da variabilidade de suas formas) e dotado de um formalismo meramente de "fachada" (graças ao crescente recurso do legislador aos conceitos jurídicos indeterminados, às normas programáticas e às cláusulas gerais), menos o Estado parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens (FARIA, 1994, p. 167)

O autor ainda faz referência à teoria de Gunther Teubner sobre os Estados intervencionistas e seus limites jurídico-estruturais, chamada de “trilema regulatório — um tríplice dilema formado (a) pela progressiva "indiferença" recíproca entre o direito e a sociedade, (b) pela tentativa de colonização da sociedade por parte das leis e (c) pela crescente desagregação do direito por parte da sociedade” (FARIA, 1994, pp. 167-168). Ou seja, para Faria essa juridificação é tratada como um processo disfuncional que pode levar à própria anulação do sistema, crise e morte do Direito, pois quanto mais complexos são os sistemas, menor seria a autoridade institucional do Estado.

Diante desse quadro, o Estado brasileiro parece estar chegando ao limite ou esgotamento de seu processo de intervenção fiscalizadora e reguladora na sociedade, na medida em que sua atuação é pautada por diretrizes desordenadas e erráticas, que o impedem de corrigir as graves distorções sociais e setoriais, de assegurar um mínimo de organicidade e coerência lógico-formal em seu ordenamento jurídico e de formular um projeto político para a nação (FARIA, 1994, p. 173)

Oliveira (2009) apresenta um posicionamento crítico frente à conclusão de Faria, uma vez que percebe não se tratar de uma crise do direito, mas sim uma permanente forma de adaptação deste ao dinamismo social e aos novos desafios cotidianos, sendo antes uma questão de percepção em relação ao sistema jurídico (em que não é a lógica da subsunção que se encontra ameaçada, mas sim a sistematicidade lógica e a organicidade do ordenamento), pensando a inflação normativa como impulsionadora do poder de força do Estado, e não alguma forma de ameaça a ele.

A inflação normativa, nesse contexto, já não mais seria vista como decadência do ordenamento ou excesso de acidentes dentro do sistema, mas apontaria para o fato de que, na indiscernibilidade entre sistema e acidente, o que vem à tona é um direito como decisão. Diante do irrepresentável que não se pode prever ou regular, a inflação normativa se demonstra como limiar entre direito e fato, um movimento irrefreado que acusa o excesso e o princípio da exceção. (OLIVEIRA, 2009, p.18)

Assim, quando o objetivo da ordenação absoluta é desafiado pela união impossível entre norma e realidade, a captura da caótica vida nua pelo ordenamento jurídico se dá com sua suspensão pela forma da exceção: um processo que aplica a norma jurídica desaplicando-a para assim incluir aquilo que antes se encontrava expulso, realizado por um poder soberano que, localizado no limiar entre ordem e caos, decide a validade, o fora e o dentro deste ordenamento jurídico (AGAMBEN, 2012, pp. 25-26). Sendo este o movimento contínuo percebido na configuração do fenômeno da inflação normativo-jurídica, os elementos nodais deste mecanismo serão explorados a partir do pensamento foucaultiano.

## 1.2) As bases do pensamento de Michel Foucault

Michel Foucault foi um filósofo francês nascido em 1926 e morto em 1984, formado em Psicologia e Filosofia. Possui extenso e rico trabalho que perpassa a análise das diferenças, relações de poder e produções de saber na história, de forma segmentada em estudos sobre sexualidade, loucura, as noções de normal e anormal, sujeito e norma.<sup>6</sup> Neste sentido, foi um grande crítico de instituições criadoras de figuras subjetivas como as clínicas psiquiátricas, prisões, escolas, a igreja, a polícia e o próprio sistema judiciário.

Rejeitando generalizações e esquemas totalizantes/absolutos construtores de saber, Foucault discorre sobre a consequente condição do sujeito e, juntamente com Derrida e Lévi-Strauss, inclui-se no grupo de pensadores franceses pós-Sartre contrários ao existencialismo por este desenvolvido, que negam principalmente as ideias humanistas de ativismo e liberdade do sujeito como ser autônomo e precedente a qualquer poder ou essência. Para Foucault, o sujeito é uma construção da sociedade e dos saberes dominantes de determinada época que perpassam uma rede de poderes e discursos de verdade na qual o sujeito se encontra emaranhado.

---

<sup>6</sup>“Alguns chegam a mencionar a existência de três Foucaults: aquele que se preocupa sobretudo com os discursos (nos anos 60 do século passado), aquele que se ocupa prevalentemente do poder (nos anos 70) e, por fim, aquele que privilegia o foco na instância ética, ou seja, as formas de autoconstituição do sujeito (anos 80).” (FONSECA, R.M, 2004, p. 260)

Em seus estudos, Foucault esmiúça as relações sociais, compreendendo o poder em uma realidade relacional difusa, ou seja, não necessariamente como um “lugar”, em uma relação absoluta entre dominante e dominado no âmbito econômico, organizados em uma pirâmide estrutural na qual uma classe opressora detém o poder e subjuga os demais de cima para baixo, mas sim um modelo de ramificações em uma rede de poder, com alguns nós mais evidentes, outros menos. Conseqüentemente, o autor recusa a ideia de um poder inteiramente repressor, cujos embasamentos são a violência e a alienação, admitindo a positividade (no sentido de produtividade) em um poder que, apesar de normalizador, também induz prazer, constrói saber, realidade e os próprios indivíduos.

O pensamento de Foucault parte de uma análise histórica, com clara influência da filosofia de Friedrich Nietzsche, desenvolvendo uma epistemologia cujos alicerces são os fenômenos dispersos na realidade. Seu trabalho sobre as diferenças, sua arqueologia do saber, a relatividade do poder, os estudos sobre a loucura (três grandes instâncias do seu trabalho: saber, poder e subjetividade) foram influenciados diretamente pelos trabalhos nietzscheanos de desconstrução de um pensamento baseado em verdades conceituais<sup>7</sup>, sendo a inversão dos valores platônicos o ponto de partida para a sua filosofia, que rejeita a crença na existência de verdades absolutas e universais. Nas palavras do filósofo alemão, “uma verdade decerto é trazida à plena luz, mas ela possui um valor limitado, digo, ela é antropomórfica de fio a pavio e não contém um único ponto sequer que fosse ‘verdadeiro em si’, efetivo e universalmente válido” (NIETZSCHE, 2007, p. 40).

Rejeitando a metafísica por considerar ilógica a compreensão de mundo a partir de outro referencial que não o próprio mundo, Nietzsche foi um grande crítico da noção platônica de “ideal”, que coloca a verdade em um patamar metafísico a ser alcançado pelo homem através da razão. Para o filósofo, tal ideia de origem e exterioridade do conhecimento verdadeiro é absurda, uma vez que esta noção de verdade é uma invenção do homem, um resultado do constante embate de instintos interpretativos, e de forma alguma se encontra inscrita na natureza humana, como propõe o idealismo filosófico.

O que é, pois, a verdade? Um exército móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, numa palavra, uma soma de relações humanas que foram realçadas poética e retoricamente, transpostas e adornadas, e que, após uma longa utilização, parecem a um povo consolidadas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões das quais se esqueceu que elas assim o são, metáforas que se tornaram desgastadas e sem força sensível, moedas que perderam seu

---

<sup>7</sup> O autor parte da premissa de que “todo conceito surge pela igualação do não-igual” (NIETZSCHE, 2007, p. 35)

troquel e agora são levadas em conta apenas como metal, e não mais como moedas. (NIETZSCHE, 2007, pp. 36-37)

Para Nietzsche a verdade é a cristalização da interpretação do mundo e como tal, insuficiente, por ser incapaz de acompanhar seu movimento. Foucault se apropria dessa crítica ao idealismo aplicando-a em sua analítica do poder, estudo intrinsecamente envolvido com os discursos de saber e desejos de verdade. O filósofo francês identifica na ideia de “verdade” criticada por Nietzsche a formação de um objeto de desejo que, uma vez relacionado a um determinado saber discursivo, resulta em uma relação de poder entre aqueles que detêm um suposto saber verdadeiro, e aqueles que o desejam (FOUCAULT, 2002, pp. 7-27). Assim, a análise do discurso proposta pelo autor permite compreender os mecanismos de obtenção, acesso e descrição da verdade, que fazem emergir focos móveis de poder, tema que irá permear toda a obra do filósofo francês.

Graças à filosofia genealógica de Nietzsche sobre a relatividade dos discursos, Foucault desenvolve um estudo do poder que, ao invés de ignorar as singularidades desconsideradas pela história, universalizando-as e suprimindo as diferenças, identifica-as de forma arqueológica, trazendo-as à tona, demonstrando a rede de micropoderes que rege a sociedade em direção à “normalidade” pela supressão de “minorias desviantes”.

Neste viés relativo aos discursos de verdade que implicam as noções de poder e seus desdobramentos em estruturas como o Estado e a norma, perceberemos também o direito e suas formas normativas, a partir do pensamento de “desconfiança”<sup>8</sup> foucaultiano, como um discurso legitimador de poder e veiculador de mecanismos de normalização.

Foucault “desconfia” dos saberes e das práticas da medicina e da psiquiatria devido ao caráter de normalização inerente à sua atuação sobre os processos da vida dos indivíduos. “Desconfia” da forma das instituições (como a prisão, o hospital, a fábrica) que se formam nas sociedades ocidentais a partir do século XVIII, por que em tais instituições os corpos são submetidos a um mecanismo de normalização disciplinar. “Desconfia” dos procedimentos das artes de governar (liberal e neoliberal), que se organizaram e se afirmaram no Ocidente entre os séculos XVIII e XX, porque nelas reconhece os mecanismos da normalização como biopoder. Do mesmo modo, “desconfia” da forma do direito nas sociedades modernas devido à colonização de suas manifestações concretas (a produção e o conteúdo das leis, a estrutura de suas instâncias de julgamento, a organização dos saberes que compõe seus domínios) pelos mecanismos de normalização, colonização que se dá no interior de um quadro institucional formal ligado ao princípio da soberania (princípio da legitimidade do poder e da obrigação legal da obediência). (FONSECA, M. A., 2012, p. 245)

---

<sup>8</sup> Termo utilizado por Márcio Alves da Fonseca para descrever uma tendência de posicionamentos de Michel Foucault ao longo de sua obra.

Nesse sentido, a partir dessa percepção do direito enfrentaremos a temática do excesso normativo-jurídico também com “desconfiança”, ou seja, não apenas como uma mera falha da técnica legislativa, mas como consequência de uma lei que funciona cada vez mais como norma (no sentido de comprometida com mecanismos de normalização), não necessariamente na busca da realização da justiça, mas sim para garantir o primado da “ordem” social, ainda que resultante de uma “desordem” do ordenamento jurídico e seus princípios.

## **2. A norma**

O estudo do direito divide-se primordialmente entre duas grandes correntes que se diferenciam desde a delimitação do seu objeto: o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. A primeira, formada a partir da “influência do Círculo de Viena de Carnap, Neurath e Schlick, identifica o Direito diretamente com a norma jurídica, e foi desenvolvida inicialmente por juspublicistas alemães como Edmund Bernatzik, Otto Mayer e Paul Laband que partiram dos trabalhos fundamentais de Carl Friedrich von Gerber e Georg Jellinek para tentar fundar uma visão científico-objetiva do Direito e do Estado (MATOS, 2011, p. 45). Teve como principal expoente o jurista austro-húngaro Hans Kelsen, autor da expressiva “Teoria Pura do Direito”. Já a segunda admite elementos externos ao próprio direito positivo como componentes do objeto de estudo do Direito, sejam eles o direito divino, direito natural, a sociologia, reproduzindo-se em diversas vertentes, como a Escola histórica de Savigny, a Escola Marxista, a Escola Sociológica, etc.

Independente da corrente adotada, frente ao fenômeno discutido, há de se admitir o papel crucial da norma no estudo do Direito, gênero do qual a norma jurídica é espécie, sendo ela componente do objeto do Direito, ou o próprio objeto em si. Para tanto, necessário compreender seu significado, que assume elementos diferentes na tradicional teoria da norma estudada no Direito e na filosofia de Foucault.

Importante ressaltar que Michel Foucault não dedicou seus estudos à filosofia do direito em si, mas desenvolveu grande parte do seu pensamento em torno das noções de “norma” e “lei” na mecânica social. Como afirma Márcio Alves da Fonseca, em seu livro “Michel Foucault e o Direito”, tais noções não surgem como conceitos bem delimitados, mas sim como imagens que afloram na obra do filósofo em diferentes contextos.

A norma aparece como um princípio de exclusão ou integração, ao mesmo tempo em que revela a implicação de duas formas que assume

historicamente, ou seja, a forma de “norma de saber”, anunciando critérios de verdade cujo valor pode ser restritivo ou constitutivo, e a forma de “norma de poder”, fixando para o sujeito as condições de sua liberdade, segundo regra externas ou leis internas. (MACHEREY, 1988, apud FONSECA, M. A., 2012, p. 51)

Sendo a “norma de poder” o tema pertinente em primeiro plano para o estudo jusfilosófico, Márcio Alves da Fonseca destaca que, em sua analítica do poder Foucault distingue dois modelos opostos de representação do poder, o jurídico e o normativo-disciplinar, concebendo o direito inicialmente como “enunciado da lei, como legalidade, como conjunto das estruturas que compõem a legalidade” (FONSECA, M. A., 2012, p.95), e sendo a lei “uma regra de interdição, de proibição, regra que permite a separação rigorosa entre o permitido e o proibido, entre o lícito e o ilícito; como instância que impõe limites e que diz não” (FONSECA, M.A., 2012 p.127) e “que representa a vontade do soberano que fora lesada e que é o próprio objeto de toda disputa judiciária da qual o suplício será a conclusão” (FONSECA, M.A., 2012, p.139). Em contrapartida a norma é a regra portadora de uma pretensão de poder e advinda de um saber pré-constituído que busca a adequação ao “normal”, tido aqui como o oposto de patológico (FOUCAULT, 2002, p. 62).

No entanto, feita essa separação conceitual inicial na obra foucaultiana (cujo intuito era desmistificar a noção de poder como uma posse exclusiva e legítima do soberano), o filósofo passa a demonstrar como o desenvolvimento do poder jurídico para um modelo de gestão pautado na biopolítica incorpora a norma em sua estrutura, convertendo-a em norma jurídica. Nesse momento, norma e lei não podem mais ser pensadas de forma independente, sendo o aspecto normativo inerente à forma da lei, não podendo esta ser reduzida a um simples comando (FONSECA, M. A., 2012, pp.144-147).

## **2.1) A norma e a lei**

Na obra de Foucault, a norma nasce da bipolaridade, da separação de dois objetos contrastantes, reduzindo a complexidade do real e baseando-se eminentemente em um critério estatístico e um consenso tácito da coletividade, que busca amoldar os sujeitos e suas condutas por meio de instituições, de forma a garantir sua correta integração ao corpo social e proporcionar sua homogeneização. Em seu curso “Os

anormais”<sup>9</sup>, após citar o livro de Georges Canguilhem, “*Le normal et le pathologique*”, Foucault define a norma:

Vocês também vão encontrar, sempre no texto a que me refiro, a ideia, que acho importante, de que a norma não se define absolutamente como uma lei natural, mas pelo papel de exigência e de coerção que ela é capaz de exercer em relação aos domínios a que se aplica. Por conseguinte, a norma é portadora de uma pretensão de poder. A norma não é simplesmente um princípio, não é nem mesmo um princípio de inteligibilidade; é um elemento a partir do qual certo exercício de poder se acha fundado e legitimado. Conceito polêmico – diz Canguilhem. Talvez pudéssemos dizer político. Em todo caso – e é a terceira ideia que acho importante – a norma traz consigo ao mesmo tempo um princípio de qualificação e um princípio de correção. A norma não tem por função excluir, rejeitar. Ao contrário, ela está sempre ligada a uma técnica positiva de intervenção e de transformação, a uma espécie de poder normativo (FOUCAULT, 2002, p.62).

François Ewald, em seu livro “Foucault: A norma e o Direito”, retoma a citada obra de Georges Canguilhem que influenciou os trabalhos do filósofo francês traçando a origem etimológica da palavra “norma”:

Se soubermos que norma é a palavra latina que traduz esquadro e que *normalis* significa perpendicular, sabemos mais ou menos o que é preciso saber acerca do domínio original dos termos norma e normal. [...] Como metáfora, o termo será retomado para designar a regra de direito. [...] Ora, no princípio do século XIX irá dar-se uma singular alteração nas relações entre regra e norma. Norma já não será um outro nome para regra, antes vai designar ao mesmo tempo um certo tipo de regras, uma maneira de as produzir e, sobretudo, um princípio de valorização. É certo que a norma designa sempre uma medida que serve para apreciar o que é conforme à regra e o que dela se distingue, mas esta já não se encontra ligada à ideia de rectidão; a sua referência já não é o esquadro, mas a média; a norma toma agora o seu valor de jogo das oposições entre o normal e o anormal ou entre o normal e o patológico (EWALD, 2000, p.79)

Nesse sentido, sob o manto foucaultiano Ewald explica a norma como elemento referencial de homogeneização social e de articulação da sociedade disciplinar, que estabelece comunicações entre instituições produtoras de saber e discursos de poder na construção dos indivíduos. Mas para isso, a norma age antes como medida que torna os indivíduos comparáveis, salientando os desvios relacionais, “aquilo que a norma torna visível são sempre desvios, diferenças, aquilo pelo qual nos distinguimos dos outros, ou até de nós mesmos” (EWALD, 2000, p. 111). Ou seja, antes de produtora de subjetividade na construção do indivíduo (tarefa realizada no processo disciplinar) a norma equaliza a partir de uma medida comum, uma média constatada estatisticamente por um determinado grupo sobre ele mesmo.

A norma designa uma regra de juízo, uma maneira de produzir a regra de juízo. É uma maneira de ordenar multiplicidades, de as articular, de as

<sup>9</sup> Curso ministrado pelo autor no Collège de France entre 1974 e 1975.

relacionar consigo mesmas segundo um princípio de pura referência a si. A norma produz objectividade. É um princípio de comunicação, uma maneira, particular, de resolver o problema da intersubjetividade. A norma igualiza, torna cada indivíduo comparável a cada outro; fornece medida (EWALD, 2000, p. 108-109)

Esse processo de categorização, de compartimentalização, proporciona a produção de saber e de técnicas disciplinares, que para Foucault, passa a se desenvolver no âmbito institucional como um mecanismo de adestramento dos corpos, remetendo esse saber constituído por meio de dados e relatórios ao poder soberano para o exercício da governamentalidade<sup>10</sup>. A normalização é essencial para uma organização social coesa, para a padronização de seus mais diversos nichos: econômico, jurídico, social, proporcionando segurança através do controle social.

Ewald ressalta, no entanto, que como expressão de medida que um grupo social se dá por auto-referência, seria absurdo atribuir à norma um caráter absoluto, como pretende a lei:

Não porque uma norma não seja feita para durar – ver-se-á, pelo contrário, que as normas têm a maior das capacidades para durarem – mas porque a duração normativa inclui a possibilidade da sua própria transformação. É, em particular, esta capacidade de adaptação, de emparelhar com as condições permanentemente móveis de uma situação que, aos olhos industriais, dá valor à normalização e torna a norma superior à lei ou ao regulamento. A norma deve o seu valor ao facto de não estar fora do tempo. Tal como não pode pretender ao absoluto sem perder a sua natureza e as suas virtudes, a norma nunca é universal. Isso deduz-se do seu modo de formação. A sociologia, pelo menos desde Durkheim, mas também a etnologia cultural, não se cansam de repetir que a validade de uma norma não pode exceder o grupo que a institui como sua regra: “Um facto não pode ser qualificado como patológico a não ser em relação a uma espécie dada; não pode dizer-se normal a não ser em relação a uma fase, igualmente determinada, do seu desenvolvimento.” [...] Relatividade das normas donde se deduz o facto de que não teria qualquer sentido querer aplicar as normas de um aos outros (EWALD, 2000, pp. 113-114)

Portanto as normas, como ponto de equilíbrio comportamental, respeitam certa inércia sociológica, mantendo-se vigentes na medida em que adequadas a um determinado grupo social da qual advêm, e flexíveis à mutabilidade de desempenho desse mesmo grupo. O que Ewald diz é que não há necessidade de “se impor uma lei ao ser vivo para que a sua conduta seja regulada” (EWALD, 2000, p. 120). O caráter jurídico conferido a normas de conduta por muitas vezes limita a alteração de comportamento necessário ao desenvolvimento de uma sociedade. Se a própria língua varia à medida que atravessa os sujeitos falantes, assumindo novos vocábulos e

---

<sup>10</sup>Governamentalidade no sentido trazido por Foucault no curso “Segurança, território e população” de correta disposição das coisas, das quais alguém se encarrega para conduzi-las a um fim adequado.



significados, de que modo uma norma escrita poderia permanecer constantemente adequada como direito positivado? A norma, naturalmente instável, é necessariamente variável, uma vez que sensível à história, abarcando suas transformações, e portanto deve ser jungida em flexibilidade.

Frente a esses apontamentos, conclui-se então como uma afronta à evolução social, uma violência por assim dizer, a cristalização de certas normas pelo âmbito jurídico, tanto pela relatividade dos valores balizadores que as fundamentam, quanto por ser característico das normas a interligação aos diversos nichos sociais, cada um com sua dinâmica própria, mas que influenciam uns aos outros, perpassando inclusive a esfera jurídica. Não se reduz, portanto, o Direito apenas às suas próprias formas normativas, como leis, códigos e regulamentos, ou a um ordenamento hermético em sua completude. Impensável seria dissociar a relação de normas jurídicas e não jurídicas.

Apesar de a formalização de medidas/regras sociais pelo Estado estagnar sua adaptação temporal, imputando às subsequentes gerações medidas referenciais de um grupo que não mais subsiste, essa prática mantém-se constante, pois como ressalta Foucault, relaciona-se intrinsecamente à manutenção de um discurso de poder que advém desde os Estados monárquicos. Nas palavras de Ewald:

Numa passagem precedente de *A vontade de saber*, Foucault tinha procurado as razões pelas quais “se esquematiza o poder numa forma jurídica; e se definem os seus efeitos como obediência”. Dava duas razões. A primeira é geral: ‘É sob a condição de mascarar uma parte importante de si mesmo que o poder é tolerável’. O poder faz do direito o instrumento da sua apresentação de modo a reservar o segredo que lhe é essencial. A segunda é essencial: a monarquia reduziu a ‘multiplicidade dos poderes preexistentes’ à forma do Estado, fazendo-se princípio do direito – deveria dizer-se de um direito jurídico, caracterizado pela unidade, pela lei como modo de expressão, pela interdição e a sanção como mecanismos. Deste modo, o jurídico não foi, para o poder monárquico, apenas a forma da sua aceitabilidade, mas também a sua ‘linguagem’, o seu ‘modo de manifestação’, o seu ‘código’ (EWALD, 2000, p. 121)

Ewald ressalta que a equalização dos homens através da norma é essencial para a efetivação da igualdade de direitos no âmbito jurídico. Nesse viés, foi também a ideia de norma que possibilitou ao direito instituir figuras como o criminoso, o estrangeiro, o incapaz, e legislar especificamente sobre elas, mais uma vez englobando as técnicas disciplinares nos códigos jurídicos. A apropriação da norma pelo discurso jurídico resulta em uma detenção do poder de enunciar verdades, de dizer o que é certo e o que é errado, o punível e o aceitável.

Em “Os anormais” Foucault discorre sobre essas produções históricas da figura do “anormal”, dos indivíduos desviantes e de sua concepção no imaginário social, provenientes de valores “médios” estritamente entrelaçados com os variados discursos de verdades (religioso, científico/biológico, psiquiátrico) predominantes no decorrer do tempo. Discursos que resultaram em figuras como o monstro, o leproso, o masturbador, o sodomita, a histérica, todos estes anormais patológicos tratados diferenciadamente pelo poder jurídico. O autor também demonstra como à medida que as “anomalias” passam a se tornar recorrentes, o discurso se altera e o desvio se incorpora à regra, provocando um reordenamento jurídico:

O enfermo pode não ser conforme a natureza, mas é de certa forma previsto pelo direito. Em compensação, a monstruosidade é essa irregularidade natural que, quando aparece, o direito é questionado, o direito não consegue funcionar. O direito é obrigado a se questionar sobre seus próprios fundamentos, ou sob suas práticas, ou se calar, ou se renunciar, ou apelar para outro sistema de referência, ou a inventar uma casuística. No fundo, o monstro é a casuística necessária que a desordem da natureza chama no direito (FOUCAULT, 2002, p. 80)

Nesse momento, Foucault percebe a presença da norma no direito como estratégia de poder disciplinar, quando a necessidade da internação, da segregação do “anormal” que insurge naturalmente no seio social, passa a ser regulamentada pelo poder soberano, poder jurídico conjugado com o saber médico.

Encontram-se igualmente associados a essa figura do Direito, procedimentos de organização do espaço institucional representado pelo asilo psiquiátrico segundo um modelo que será, para Foucault, a matriz comum dos procedimentos de caráter médico e relação à loucura no Ocidente, a partir do início do século XIX (FONSECA, M. A., 2012, p.119).

O direito deixa de ser associado então somente com o exercício punitivo/repressivo do poder soberano por meio da lei e do suplício que buscava extirpar o anormal da realidade dos homens, a partir do momento que passa a estar diretamente conectado às instituições onde saberes são produzidos e técnicas disciplinares atuam não mais na repressão, mas na prevenção por meio da normalização e do regulamento.

Em “Vigiar e Punir”, Foucault percebe que a partir da produção do saber nas instituições ligadas ao poder soberano (sendo as penitenciárias seu maior exemplo), que revelavam tanto o normal (no sentido de média social já apresentado), quanto o anormal (as recorrentes e múltiplas dissonâncias), surge a noção de ilegalismo, ou irregularidade, como resultado, e também componente, da própria ideia de legalismo e regularidade. São nesses desvios, em suas particularidades, que o direito passa direcionar seu foco.

A diversificação das atividades que passam a ser consideradas ilícitas exigirá uma codificação de todas essas práticas. Codificação que será fundamental para o exercício de uma punição que não poderá mais ser geral e uniforme (como era o suplício), mas que terá de ser específica, proporcional à gravidade da falta a que estava ligada.

[...]

Na gestão dos ilegalismos, trata-se de impedir a ocorrência de algumas ilegalidades e de deixar que outras sejam realizadas. A penalidade será, então, calculada: o que e quanto se quer evitar e o que e quanto pode ocorrer. Toda a “pedagogia” da punição deve obedecer a este critério maior da gestão diferencial dos ilegalismos. (FONSECA, M. A., 2012, pp. 134-134)

Nesse sentido, Foucault traz à tona a constante necessidade de um ordenamento jurídico buscar elementos externos a ele mesmo para manter sua coesão e legitimidade frente aos eminentes desvios sociais que busca regular, frente às constantes alterações da medida, da norma social na qual se baseia. Ewald volta a citar Canguilhem quanto à necessária articulação entre normas, inclusive as jurídicas e não jurídicas, para uma existência social. Ou seja, para a manutenção de um ordenamento normativo é necessária uma relação entre normas horizontal/modular, como em uma rede relacional e fluida de afinidades entre os diversos campos da realidade:

Haveria, deste modo, que traçar o mapa das redes normativas: ver-se-ia sucessivamente como uma norma em um nível se articula com uma norma de outro nível, norma de segurança com norma de performance, norma de disciplina com norma de produção, norma de produção com norma de população. “As normas, volta a explicar G. Canguilhem, são relativas umas às outras num sistema, pelo menos potencialmente. A sua correlatividade num sistema social tem tendência a fazer desse sistema uma organização, ou seja, uma unidade em si, senão por si, e para si.

Tal como não há norma que não seja social, não poderia existir norma isolada. Uma norma nunca se refere senão a uma outra norma da qual, por isso mesmo, depende. As normas comunicam entre si, de um nível ou de um espaço para o outro, de acordo com uma espécie de lógica modular. Uma norma encontra o seu sentido numa outra norma: só uma norma pode dar valor normativo à outra norma (EWALD, 2000, p.107)

Por fim, Márcio Alves da Fonseca nos remete a uma entrevista de Mireille Delmas-Marty (1996, pp. 85-97) que aborda o tema da lei e sua relação com a norma a partir do pensamento Foucaultiano:

Em um momento da entrevista, dirá que Foucault descreve, em *Vigiar e Punir* e em *A vontade de saber*, a passagem “da lei à norma” e que esta seria um dos “problemas maiores do direito atualmente”, pois o movimento da referida passagem não seria um deslizamento num único sentido. Não se estaria “passando” da lei à norma. Mas o que haveria entre ambas seria uma espécie de “engavetamento”. E a descrição desse “engavetamento” só poderia ser feita a partir da consideração de dois conceitos: a “normatividade” da lei e a “normalização”. Enquanto o primeiro, apesar dos “movimentos” que envolve, está sempre referido a limites e interdições, ou seja, ao plano de um “dever-ser”, o segundo reporta-se às noções de “média” ou “medida”, estando referido ao plano do “ser”. De um lado, a “normatividade” da lei responde aos critérios de “medida” dados pela norma. De outro lado, a norma

se reporta às formas da lei para atuar concretamente. (FONSECA, M. A., 2012, p. 149)

Nesse ponto, compreendida a conexão entre lei e norma no pensamento foucaultiano como uma relação de implicação ambivalente entre o disciplinar e o jurídico, modelo que ao tentar abarcar e regular cada desvio, cada dissonância social, culmina necessariamente em uma inflação legislativa, analisemos a atual concepção da norma jurídica no tradicional estudo do direito.

#### 4.2) A norma jurídica

Diversos juristas discorreram teoricamente sobre a norma e o ordenamento jurídico no estudo do direito, no entanto, imperativo reconhecer a teoria de Hans Kelsen como cânone no estudo da norma jurídica desenvolvida por eles.

O Direito, conforme o define Kelsen, é “uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 1999, p. 5). Por sua vez, o caráter jurídico da norma jurídica advém da sua inserção no próprio ordenamento jurídico, ou seja, elas não surgem de fontes e de instâncias estranhas ao sistema jurídico, mas se formam mediante um processo por ele regulado, sendo o Direito a sua própria fonte, regulando seu permanente processo de autoprodução (KELSEN, 2012, p. 377, apud, AFONSO, 2013, p.53).

Inicialmente Kelsen explica que as normas em geral traduzem uma vontade coletiva no sentido de cumprimento de um ato, solidificado pela repetição durante um dado período de tempo por um determinado grupo social. Dessa forma, “a norma não necessita ser efetivamente posta, podendo estar pressuposta no pensamento” (KELSEN, 2012, p. 10). Nesse ponto, percebemos uma convergência com a noção originária de “norma” no pensamento foucaultiano, no qual, já vimos, aparece como uma regra de juízo, uma medida que ordena as multiplicidades, fornecendo uma medida que referencia a si mesma (EWALD, 2000, p. 108-109).

Nesse sentido, assumindo a norma como resultante de uma vontade humana (proveniente ou não de uma competência qualificada) carregada de juízos de valor arbitrários, Kelsen explica a mudança abrupta em certas normas no decorrer do tempo, uma vez que são expressas por valores relativos, sem que isso afete sua legitimidade durante seu período de vigência. O autor também diferencia “norma vigente” de “norma eficaz”, sendo a primeira correlata à efetiva aplicação e observância da norma, enquanto a segunda à sua adequação fática às condutas humanas (KELSEN, 1999, pp. 11-13).

Esta diferenciação assume importância somente tratando-se de normas jurídicas, as quais são postas e avaliadas por um poder coercitivo (vigente) que busca garantir sua adoção pelos cidadãos a ela submetidos (eficácia), enquanto no campo psicossociológico, normas eficazes são normas vigentes e vice-versa, uma vez que uma norma existe em determinado campo social enquanto seus integrantes nela se enquadram.

Em seu normativismo jurídico expresso na Teoria Pura do Direito, Kelsen percebe a norma jurídica como espécie do gênero norma, que assim se caracteriza por estar inserida em um ordenamento jurídico que lhe confere essa especialidade como esquema de interpretação da realidade (Ibid, p. 4). Ou seja, através da atribuição de um valor por um ato de vontade competente, que cria a norma, mas não se confunde com ela, confere-se um poder, uma competência de tradução de um “dever ser” para a conformação de determinada conduta humana que se encontra no âmbito do “ser”<sup>11</sup>:

“Norma” é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade de que ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser (KELSEN, 1999, p.4).

A partir desse raciocínio de norma como estrutura que define e protege certo valor expresso na matéria do “dever ser”, mas que não se confunde com o próprio “ser” - mundo da cultura onde se encontram esses valores - conclui-se que sua validade só pode se encontrar em outra norma, raciocínio esse chamado método normológico (MATOS, 2012, p. 255), e não em seu conteúdo valorativo, que como já vimos, devido ao seu caráter mutável e relativo, não pode constituir o objeto da ciência do Direito. Kelsen elabora então um modelo em cadeia piramidal de normas rigidamente hierarquizadas, na qual se encontra no topo uma norma emanante de validade de todo um ordenamento jurídico, à qual ele chamou de “norma fundamental”.

A norma fundamental de Kelsen (*Grundnorm*) não se confunde com a Constituição do Estado, que como norma positiva ainda encontra-se submetida a ela. Trata-se de um pressuposto lógico-transcendental de fundamento de toda a ordem jurídica, uma “norma jurídica não-positiva, que não é posta por atos humanos de vontade, mas antes pressuposta pelo pensamento jurídico” (MATOS, 2011, p.50), ponto vazio de conteúdo apto a ser preenchido por qualquer conteúdo valorativo, tangencial

---

<sup>11</sup> Separação que o jurista extraiu da 1ª fase da filosofia kantiana, da “Crítica da Razão Pura”, que exerceu grande influência no desenvolvimento de seus trabalhos.

entre o mundo do ser e do dever-ser, em que a matéria se confunde com a forma. “Com efeito, a *Grundnorm* mostra primariamente enquanto norma definidora de competência, capaz de conectar a ideia de dever-ser, estrutura lógica especificamente jurídica, à noção de autoridade criadora do direito” (MATOS, 2011, p.60). Ou seja, ao garantir a validade de todo um ordenamento jurídico, bem como a legitimidade dos atos de vontade competentes a exarar as demais normas que o compõem, a norma fundamental é o ponto limítrofe do objeto de estudo da Ciência do Direito livre da metafísica e do sincretismo metodológico. Além dela encontram-se os elementos externos que atuam como fontes ou influências sobre o direito, como as ideologias políticas, a economia, as dinâmicas sociais, os estudos psicanalíticos, etc, elementos que Kelsen fez questão de excluir de sua Ciência do Direito, com o principal intuito de “purificar” o direito das potências que pretendem colonizá-lo e utilizá-lo para seus próprios interesses.

Afirmando ser “impossível pensar um direito alheio a um contexto geral de força juridicamente qualificada” (MATOS, 2012, p.261) Matos, sob influência do pensamento de Walter Benjamin, apresenta uma interpretação da obra de Kelsen como reveladora do caráter originalmente violento do direito, “um ultrarrealismo crítico que desvenda não a relação entre direito e violência, mas, sim, a mútua convertibilidade entre ambas as instâncias” (MATOS, 2012, p. 255), a partir deste ponto tangencial que é a norma fundamental. Aproximando-se (sem se identificar) com a interpretação de Bobbio, de que a norma fundamental seria “um ato de poder fundador de dado ordenamento jurídico, de maneira que, ao se impor, o poder coercitivo funda a juridicidade” (MATOS, 2012, p.261), o autor rejeita a ideia de ato de poder, por ser esse pertinente ao âmbito do “ser”, e não do “dever ser”, optando em relacionar a norma fundamental com a experiência da violência - que é “o que garante a eficácia global do primeiro ordenamento jurídico enquanto condição para se pressupor a norma fundamental” (MATOS, 2012, p. 274) -, “tanto a que põe o ordenamento jurídico, tanto a atual que o mantém” (MATOS, 2012, p.275).

Assim, “deixando de subordinar a validade a elementos fáticos, a norma fundamental reconhece e assegura o caráter puramente simbólico dos conceitos e relações jurídicas” (LINDAHL, 1996, p. 66, apud, MATOS, 2012, p. 275), que expressam simplesmente uma relação de poder a partir de um discurso pretensamente verdadeiro/correto devido ao seu caráter jurídico. Logo, pautado na característica meramente formal da norma, independente de um conteúdo valorativo, que atribui uma

competência a determinado operador do direito, “será direito aquilo que os órgãos de aplicação de determinado ordenamento disserem que é” (MATOS, 2012, p.269), não tendo a Lógica Jurídica qualquer compromisso com o princípio da não contradição de seus conteúdos (ibid. p.270), sendo apenas a expressão do poder estatal que se realiza através do Direito.

Não há que se falar portanto em uma crise do direito devido à falibilidade e relativização de seus conteúdos, de inflação do ordenamento jurídico no sentido de desvalorização de seus elementos pela fugacidade de seus valores. Compreendendo o direito como discurso de poder e o ordenamento jurídico como violência organizada, cujas normas condicionam e normalizam comportamentos sociais tidos como referenciais em um determinado momento histórico, o excesso normativo-jurídico, com todas suas inerentes contradições, revela-se plenamente adequado a uma estrutura do direito como sistema de controle social, que na busca de apreender o real em suas mais diversas manifestações, revela-se um sistema disforme e maleável.

### **Conclusão**

É possível afirmar que a aplicação do pensamento foucaultiano ao estudo do direito tende mais para uma análise crítica não positivista, uma vez que para este a relação entre norma e o discurso do poder é tão estreita que seria indissociável qualquer estudo normativo, partindo ele de um ordenamento jurídico ou não, de uma analítica histórica do poder. A partir deste raciocínio, conclui-se em primeiro lugar que um estudo do direito estritamente limitado às suas formas jurídicas em consonância com a intenção de Kelsen, ao contrário do que pretendia o jurista, mascara e fortalece um poder e um discurso político, pois dificulta as ações de resistência a um poder normalizador que naturalmente surge quando este é identificado. Percebendo a norma jurídica como produto de um poder soberano e práticas disciplinares no exercício da governamentalidade, direcionada ao controle e ordenação de uma população e um território, inconcebível propor sob a égide foucaultiana um estudo do direito, um estudo normativo, pautado na pureza da norma jurídica per si, sem analisar as relações de poder que o atravessa. Na gestão estatal, poder, normas e direito são estruturas interdependentes, relacionando-se por implicações ambivalentes, sendo por isso insuficiente um estudo isolado de cada uma delas.

Percebendo o poder em seu aspecto microfísico, disseminado em diversos focos sociais onde atua diretamente nos indivíduos no âmbito do detalhe, é possível compreender a produção de saber resultante destas relações, e o concomitante surgimento de instituições, que se especializam e se segmentam cada vez mais. Multiplicam-se, portanto, os órgãos supranacionais que ditam diretrizes a serem adotadas pelo Estado, já descentralizado em seu modelo federalista, cujos órgãos da Administração Direta se desconcentram no ápice do modelo burocrático, e se descentralizam em uma concatenação de delegação de poderes e competências que despontam em um número incalculável de normas em forma de portarias, circulares, resoluções, instruções, regulamentos.

Ademais, tem-se a ideia de norma jurídica como uma estrutura aberta e penetrável, conectada a uma realidade social inconstante que sobrepõe um determinado discurso sobre outro, ou seja, uma violência formalizada na determinação de comportamentos por uma autoridade competente, cujo poder originário advém primordialmente de uma desigualdade de forças. A penetrabilidade em seu conteúdo permite variadas interpretações, ou mesmo sua alteração radical, a depender do discurso subjetivo da autoridade competente, interligado aos mais diversos interesses políticos ou sociais. Reconhecido o inexorável caráter mutável da norma, não há que se surpreender quanto à inconstância jurisprudencial, nem mesmo afirmar uma inflação do ordenamento jurídico frente à preponderância de uma legislação simbólica.

Compreendendo o ordenamento jurídico como uma estrutura porosa e disforme, que tanto emana quanto absorve discursos, em oposição à rígida estrutura piramidal normativa, conclui-se o excesso normativo-jurídico e suas inerentes contradições como uma ocorrência coerente com a percepção de um direito marcado pela força e exceção, e não como uma crise jurídica. Um ordenamento não pautado nas noções de segurança, completude e não-contradição, mas sim nos interesses de uma gestão marcada pela governamentalidade, em que a lei funciona cada vez mais como norma (no sentido foucaultiano de comprometida com mecanismos de normalização), e que não necessariamente busca a realização da justiça, mas sim a garantia do primado da “ordem” social, ainda que resultante de uma “desordem” do próprio ordenamento.

No entanto, ainda que esta compreensão apresente-se eivada de pessimismo, é válido lembrar a lição foucaultiana de que o poder, não importa quão multidimensional, nunca é absoluto, pois exige sempre a cooperação submissa do subordinado e, portanto, produz necessariamente uma resistência. Perceber a norma



como reflexo social, e vice-versa; visualizar o direito como elástico e transformável, não limitado por textos legais que não passam de força formalizada; conceber seu ordenamento jurídico como estrutura difusa, aberta e penetrável; são condições primárias para o combate à normalização juridicizada. No exercício de uma atitude crítica que abraça a pluralidade, que se inquieta frente a valores e discursos de pretensões universais, questionando o dever de submissão justificado pelo inócuo conceito da legalidade, caminha-se na direção de um Direito novo, aberto à multiplicidade e à produção cada vez mais profícua de subjetividades.

### Referências Bibliográficas

AFONSO, Elza Maria Miranda. Passos da teoria de Kelsen rumo à construção da teoria do Direito. In: OLIVEIRA, J.A.; TRIVISSONO, A.T.G (Orgs.). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 39-86, 2013.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. *A legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro: direito e política*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional. In: *Sequência*, UFSC, Florianópolis, v. 20 n. 39, pp. 79-95, 1999.

EWALD, François. *Foucault: A Norma e o Direito*. Lisboa: Comunicação e Linguagens, 2000.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, pp. 419-464, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, Rio de Janeiro: Graal, 2008.

FOUCAULT, Michel. Governmentality. In: BURCHELL, G. GORDON, C. MILLER, P. (Orgs.). *The Foucault effect – studies in Governmentality*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

\_\_\_\_\_. Le citron et le lait. In : *Dits et Écrits*. Paris : Gallimard, 1994. v. 3, pp. 695-698

\_\_\_\_\_. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1999a.

\_\_\_\_\_. *História da Sexualidade, vol.1 – A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1999b.

\_\_\_\_\_. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002a.

\_\_\_\_\_. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. *Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 25 Anos Da Constituição Federal de 1988*. Curitiba. 2013. Disponível em <https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/1266/NormasEditadas25AnosDaCIBPT.pdf>. Acesso em 20.05.2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, nº 58, Belo Horizonte: Faculdade de Direito – Universidade Federal de Minas Gerais, pp. 41-84, janeiro/junho de 2011.

\_\_\_\_\_. Kelsen e a violência: uma leitura crítica das “limitações” da Teoria Pura do Direito. In: OLIVEIRA, J.A.; TRIVISSONO, A.T.G (Orgs.). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 253-279, 2013.

NIETZSCHE, Friederich. *Sobre verdade e mentira*. São Paulo: Hedra, 2007.

OLIVEIRA, Leonardo D’Avila de. *Inflação Normativa: Excesso e exceção. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.*

SOARES, Fabiana Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007