

DIREITO E ILEGALISMOS: REFLEXÕES SOBRE A NORMALIZAÇÃO NA OBRA DE MICHEL FOUCAULT

RIGHT AND ILLEGALISMS: REFLECTIONS ON NORMALIZATION IN MICHEL FOUCAULT'S WORK

Caio Augusto T. Souto*

Resumo: Este artigo intenta abordar a questão do papel do direito no nascimento e consolidação da sociedade panóptica, bem como de seu engajamento na opção pela prisão como forma precípua escolhida para punição de uma categoria determinada de ilegalismos que, pela própria maneira como o poder se exerce nas sociedades modernas, não se pode tolerar: a delinquência. Para tanto, procura refazer brevemente o percurso da reforma penal humanista do século XVIII e o nascimento da prisão, a fim de mostrar que tanto o direito quanto o controle dos ilegalismos sempre estiveram em primeiro plano nas discussões que se travaram nesse âmbito e que são essenciais para a manutenção do regime de forças nas sociedades atuais, às quais Foucault chamou normalizadoras. Por fim, busca demonstrar por que se pode dizer que o nosso direito é justamente normalizado-normalizador.

Palavras-chave: Direito. Ilegalismos. Foucault.

Abstract: This article intends to approach the issue of the role of law in the birth and consolidation of the panoptic society, as well as its commitment to the option by the prison as a punishment's major form chosen for a particular category of illegalisms which, because of the way that power is exercised in modern societies, cannot be tolerated: delinquency. With this goal therefore, it briefly retraces the route of humanist penal reform of the eighteenth century and the birth of the prison in order to show that both the right and control of illegalisms have always been at the forefront of discussions that are caught within this framework and that are essential for maintaining the regime of forces in society today, which Foucault called normalizing. Finally, it seeks to demonstrate why we can say that our right is normalized-normalizer.

Keywords: Right. Illegalisms. Foucault.

INTRODUÇÃO

Um ilegalismo não é uma ilegalidade, não é um acidente, não é somente um ato praticado em desconformidade com a lei. Em *Vigiar e Punir* esse termo tem uso marcado, distanciando-se da noção de ilegalidade, cujo termo correspondente em língua francesa é *illégalité*. A palavra *illégalisme* é um neologismo, motivo pelo qual requer

* Mestrando em Filosofia pela UFSCar. Bolsista da CAPES. e-mail: caiosouto@gmail.com.

maior cuidado na tradução do que se se tratasse de um termo corrente nas duas línguas. A tradutora de *Vigiar e Punir* para o português optou por ilegalidade. Neste artigo, porém, adotaremos a tradução sugerida por Márcio Alves da Fonseca para ilegalismo, conforme nota em seu livro *Michel Foucault e o Direito*.

É certo que, por vezes, *illégalisme* e *illégalité* são aparentemente utilizados com um mesmo sentido nos escritos de Foucault em que aparecem, entretanto, há uma predominância, nesses escritos, no emprego da palavra *illégalisme* em detrimento de *illégalité* e, a nosso ver, existe uma diferença importante entre ambas. O próprio fato de o termo *illégalisme* não ser veiculado correntemente na língua francesa parece demonstrar, por parte do autor, a intenção de marcar uma especificidade do mesmo em relação ao termo mais corrente, *illégalité*.¹

Foucault criou outros neologismos, como panoptismo (*panoptisme*), biopolítica (*biopolitique*), governamentalidade (*gouvernementalité*), além de dar novos sentidos a termos já existentes, como poder (*pouvoir*), saber (*savoir*), disciplina (*discipline*), norma (*norme*) e normalização (*normalisation*) sempre explicando o porquê do uso de tais palavras e não de outras. O mesmo ocorreu com o ilegalismo (*illégalisme*), cujo sentido aparece em sua obra contrastando com o conceito jurídico de ilegalidade e aludindo a uma forma outra de entendimento sobre a lei e as práticas contrárias a ela que surgem no momento em que é erigida. Para Foucault, o ilegalismo é um elemento absolutamente positivo do funcionamento social, cujo papel está previsto na estratégia geral da sociedade: “Gostaria de dizer que, ao limite, a lei não é feita para impedir tal ou tal tipo de comportamento, mas para diferenciar as maneiras de circular a própria lei.”²

Foucault, noutra de suas muitas entrevistas concedidas, questiona o fato de a lei não ser, sob a aparência de uma regra geral, uma maneira de fazer aparecer certos ilegalismos, diferenciá-los uns dos outros, e que vai ora assegurar sua tolerância, ora autorizar sua intolerância. O sistema penal para o autor seria, nessa medida, uma maneira de gerir esses ilegalismos e suas diferenças, de mantê-los, e finalmente de fazê-los funcionar.³

A problematização foucaultiana do direito é peculiar e intrigou Fonseca a pesquisá-la, o que resultou no livro *Michel Foucault e o direito*. Nesse livro, Fonseca se

¹ FONSECA, M. A. *Michel Foucault e o Direito*. *op.cit.* p. 130.

² FOUCAULT, M. Des supplices aux cellules. IN: *Dits et Écrits*: I, *op.cit.* p. 1587.

³ FOUCAULT, M. Sur la sellette. IN: *Dits et Écrits*: I, *op.cit.* p. 1591.

propôs a pesquisar figuras do direito em Foucault e classificou-as em três grupos. Para tal classificação, que teve um objetivo epistemológico apenas transitório, tal como esclarecido pelo pesquisador, serviu-se de outro conceito presente em Foucault, o de norma, por encontrar nas diferentes categorias do direito pesquisadas algumas implicações importantes com esta e porque, dessa forma, tornaram-se mais destacadas cada uma das três figuras do direito pesquisadas.

A fim de refazer os passos de Foucault para uma *genealogia da norma*, Fonseca estudou os seus primeiros livros, como *História da Loucura* e *O nascimento da clínica*, e demonstrou tratar-se a norma de uma idéia relativamente nova na *epistêmê* ocidental, que só se tornou possível a partir de práticas de internamento que pusessem à luz um tipo especial ao qual se passou, então, a denominar, o “anormal”. Mas Foucault só iria mais pormenorizadamente estudar por quais mecanismos uma sociedade se engajaria no sentido de produzir indivíduos conformes à norma, o que o autor chamou de técnicas de normalização, em livros posteriores, onde mostraria no detalhe as relações de indissociabilidade entre o saber e o poder, livros como *Vigiar e punir* e *A vontade de saber*, onde demonstraria que as sociedades modernas têm como característica o fato de serem normalizadoras, de produzirem um tipo de indivíduo adequado à norma. Para tanto, diz Foucault, o Ocidente haveria criado certos mecanismos para exercer esse poder normalizador, tais como a prisão, aliada à disciplina e ao panoptismo, a biopolítica e suas tecnologias de segurança. Quanto ao direito, serviria de espeque tanto ao panoptismo quanto à biopolítica, caucionando-os e fazendo-os circular. Com este artigo pretendemos retomar algumas dessas discussões e pô-las em debate com os textos do próprio Foucault no sentido de uma crítica ao direito atual e a suas teorias positivas que não põem em questão as condições possibilidade nas quais ele teve lugar, nem o papel que ele, por sua própria história e pelo seu ser, é obrigado a desempenhar.

Foucault mostrou que o nascimento da norma está relacionado à criação de diversos dispositivos que a impõem coercitivamente aos indivíduos. A esse poder específico das sociedades modernas que normaliza primeiramente os corpos, após as vidas, o autor chamou poder normalizador. Mas há uma distinção importante entre estratégias desse poder normalizador: ele pode atuar por meio das disciplinas, cujo panoptismo é o modelo; ou por meio da biopolítica com suas tecnologias de segurança. Vejamos rapidamente o que caracteriza, em linhas gerais, cada um desses modelos para situar o direito em meio a eles.

A disciplina é um mecanismo do poder normalizador que atua da primeira

forma, ou seja, que separa sob um plano dos saberes a *objetivação* do que seja a norma e o normal, e que noutra plano faz recair sobre os indivíduos o imperativo dessa norma, num processo de assujeitamento (*assujétissement*). Já os mecanismos da biopolítica, com suas tecnologias de segurança, também são mecanismos do poder normalizador mas que atuam da segunda forma, uma vez que a um só tempo objetivam e assujeitam, não apartando o espaço onde se constitui no plano do saber a norma e o outro espaço em que, no plano das práticas, esses saberes exerceriam seu efeito concreto. Trata-se, portanto, de um mecanismo mais eficaz e dinâmico.

Fonseca, na obra já citada, se preocupou em demonstrar as principais teorias jurídicas embasadas no princípio da soberania, que situam teoricamente o direito como estrutura de legalidade e fornecem uma oposição conceitual entre a norma e a lei. Seria, segundo o autor, a apresentação à lei de uma concepção *imperativista*, no contexto de diferenciação entre um modelo de poder jurídico-discursivo e um modelo de poder da normalização. Mas isso só ocorreria num *plano conceitual*, que possui a exata extensão da necessidade de se identificar a diferença teórica entre a lei e os mecanismos de normalização.⁴ Porém, prossegue Fonseca, num chamado *plano das práticas*, uma lei, quando é instaurada, proíbe ou condena num só golpe um certo número de comportamentos, e logo aparece, em torno dela, uma aura de ilegalismos que não são tratados nem reprimidos da mesma maneira pelo sistema penal e pela lei propriamente dita. Para Fonseca, a noção de ilegalismo em Foucault aparece justamente no ponto de toque entre a noção de direito enquanto implicado com a lei, que ocorreria no *plano conceitual*, e a noção de direito enquanto implicado com a norma, como vetor dos mecanismos de normalização, como produtor e efeito de práticas da norma, já num *plano das práticas*. Pois as relações efetivas entre direito e norma nas sociedades modernas são de dependência e de complementaridade, o que se deu com o advento do *exame* como principal mecanismo de formação da verdade jurídica, acontecimento imbricado com a formação da sociedade panóptica. Seria impossível, portanto, estabelecer para o direito um âmbito totalmente distinto, isento dos mecanismos de normalização, um âmbito de “pureza”, ainda que referido apenas a um domínio estritamente teórico, pois não há domínio de saber isento de relações de poder.

Os ilegalismos aludem tanto à oposição no *plano conceitual* entre lei e norma, primeiro conjunto de figuras estudado por Fonseca em que o direito aparece como “o

⁴ A distinção entre *plano teórico* e *plano das práticas* é do próprio autor.

legal”, quanto à implicação no *plano das práticas*, em que o direito aparece já como “normalizado-normalizador”. É que um ilegalismo, ou seja, uma prática que a lei formaliza como contrária a ela, conceitualmente pode estar em conformidade com a norma (entendida no sentido foucaultiano) e com os mecanismos de normalização na prática. Como afirma Foucault, a forma como se gere os ilegalismos de cada classe ou grupo em uma sociedade é elemento absolutamente positivo de seu funcionamento. Assim, a oposição entre a lei e a norma não chega ao campo das práticas, pois, por via da gestão dos ilegalismos, uma depende da outra e a complementa. Os ilegalismos não seriam apenas um certo tipo de comportamento transgressivo das normas postas, mas um conjunto de atividades de diferenciação, categorização, hierarquização e de gestão social das condutas definidas como indisciplinadas.

Para Fonseca:

O “ilegalismo” remete à idéia de um jogo no interior, ou ao lado, da legalidade. Ou ainda, remete à idéia de um jogo em torno da legalidade e das ilegalidades efetivamente praticadas.

[...]

Foucault pensa que, entre o que é estabelecido pela lei e as ilegalidades que são praticadas, não se interpõe um sistema punitivo absolutamente neutro: o que ocorre é que nem toda prática ilegal deve ser punida e, no sentido inverso e ao mesmo tempo proporcional, nem toda lei deve ser respeitada.

[...]

Se o termo “ilegalismos” (*illégalismes*) é por vezes utilizado por Foucault como sinônimo de “irregularidades” (*irrégularités*) ou “atos ilegais” (*actes illégaux*), ensejando que sua tradução possa se dar pelo termo geral de “ilegalidades” (*illégalités*), o sentido que este termo assume em *Vigiar e Punir*, e anteriormente a esse texto, no curso *La société punitive*, parece indicar a necessidade de uma consideração mais cuidadosa acerca de sua tradução e, especialmente, no que tange ao significado particular que o termo “ilegalismo” possui.

Mais do que um “ato ilegal”, portanto, do que uma “ilegalidade” determinada, a noção de ilegalismo encerra a idéia de um certo regime funcional de atos considerados ilegais no interior de uma dada legislação, em vigor no interior de uma sociedade. A idéia que parece estar ligada à noção de ilegalismo é aquela de “gestão”, gestão de um certo número de práticas, gestão de um certo número de ilegalidades ou irregularidades que, considerada (a gestão) em conjunto, representa em si mesma uma certa regularidade.⁵

⁵ FONSECA, M. A. da. *Michel Foucault e o Direito*. *op.cit.* pp. 132-133 e pp. 138-139.

A NECESSIDADE DE UMA REFORMA PENAL QUE MELHOR GERISSE OS ILEGALISMOS E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

Para melhor exprimir essa idéia retomaremos algumas discussões presentes em *Vigiar e punir* e outros textos e entrevistas do autor, que discutem a questão da reforma penal humanista e da crítica ao modelo de punição absolutista, o suplício, em favor de uma outra forma, a surgir, que deveria ser mais branda e humana. Sabemos que a forma que realmente tomou o seu lugar, a prisão, de fato não representa aquilo com que sonharam aqueles reformadores. Foucault nos apresenta uma versão bastante interessante desse fato, que põe à luz a discussão do que seja o próprio direito nas sociedades que surgiram com o fim do absolutismo e sua importância como mecanismo de poder, engajado às técnicas ora de disciplina ora de segurança, às quais Foucault resumiu no termo normalização.

Foucault demonstra em *Vigiar e Punir* que o suplício, um dos principais mecanismos de punição do poder absoluto, estava prestes a desaparecer com o fim do próprio absolutismo, por vários motivos. Os reformadores penais do século XVIII o criticavam, argumentando sobre a necessidade de uma outra maneira de punir em que não houvesse tal confrontação corpórea entre o soberano e o condenado. Tanto a tirania, da qual o suplício era conseqüência, quanto a iminente revolta do povo, eram perigosas. Era preciso uma outra forma de punição que fosse mais eficaz, que comportasse menos riscos, que fosse mais “econômica”, e que, por ser mais regular, permitisse menos ilegalismos.

Sob as fórmulas humanização ou suavização das penas, em que o homem apareceria como medida do castigo, concentravam-se todas essas pretensões dos reformadores. Mas para Foucault, por trás da reforma penal havia no fundo aspirações contra o próprio absolutismo e seu poder irregular, cujo suplício era um dispositivo. Para Foucault, por trás do “homem” que se queria respeitar havia, antes, o desejo por uma nova tecnologia política de punição mais eficaz, que fosse para isso menos “corpórea” e mais “física”, que circulasse melhor e mais eficazmente pelos indivíduos. Desta feita, assim disse o autor: “A conjuntura que viu nascer a reforma não é, portanto, a de uma nova sensibilidade; mas a de uma outra política com respeito aos ilegalismos.”

6

Quanto aos ilegalismos efetivamente praticados, Foucault nos mostrou que no

⁶ FOUCAULT, M. *Surveiller et Punir. op. cit.* p. 98.

decorrer do século XVIII houve um duplo movimento originando uma verdadeira “crise do ilegalismo popular”. Este duplo movimento foi ocasionado por mudanças econômicas, políticas e institucionais, que acarretaram uma distinção e separação entre duas classes de ilegalismos e entre os respectivos regimes que caberia a cada uma delas, regimes de tolerância ou punição, de silêncio ou visibilidade: os ataques passaram a atingir os bens, não mais os direitos; a criminalidade passou a ser exercida por “profissionais”, não mais por grupos de mais de três pessoas, ou por bandos. Os crimes passaram a perder a violência, passando a atingir, de um modo geral, mais a propriedade do que os direitos; prevaleceria o roubo sobre as agressões e assassinatos; por correr maior risco de massacres, ter menor demonstração de forças, ser mais bem caçada, aquela criminalidade de bandos se deslocou para uma criminalidade de marginais. Para Foucault, foi esse o momento do desvio de um ilegalismo de ataque dos corpos para o do ataque mais ou menos direto dos bens; e de uma criminalidade de massa, para uma criminalidade de margens, reservada por um lado aos profissionais.

Quanto a isso, houve de fato uma suavização dos crimes, que impulsionou uma suavização das leis e dos castigos, um movimento, portanto, que veio de baixo. Foucault demonstra que uma série de outros processos se desenvolveu antes, e tornaram essa modificação possível: houve uma modificação no jogo das pressões econômicas, uma elevação geral do nível de vida, um forte crescimento demográfico, uma multiplicação das riquezas e das propriedades. Começou a se insurgir à vista, distanciando-se das outras, uma espécie de justiça mais pesada, com sua severidade agravada, exercida de maneira mais meticulosa, que levava em conta toda uma pequena delinquência antes tolerada.

De fato, a derivação de uma criminalidade de sangue a uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, em que figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral mais intensa das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um esquadramento mais cerrado da população, técnicas mais bem ajustadas de observação, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegalistas é correlativo de uma extensão e de um afinamento das práticas punitivas.⁷

Essa mudança da qual fizeram parte primeiramente um mecanismo complexo de desenvolvimento, depois os próprios crimes, e por fim as punições, tendia a um maior

⁷ *Ibid.* pp. 92-93.

disciplinamento dos indivíduos, num esforço para ajustar os mecanismos de poder que os enquadravam. Para isso, seria necessária uma nova política a propósito dessa multiplicidade de corpos e de forças que constitui uma população. Essa nova política dos corpos atendia à necessidade de uma justiça menos embaraçada e mais inteligente para uma vigilância penal mais atenta de todo o corpo social. Os reformadores criticavam a má economia do poder de punir concernente ao absolutismo, e mesmo quando falavam dos excessos do suplício era uma crítica à irregularidade, mais que a um abuso do poder de punir. Essa reforma, segundo Foucault, objetivava fazer da punição e da repressão dos ilegalismos uma função regular e que fosse coextensiva a toda a sociedade, pois o esquadrinhamento dos ilegalismos, a objetivação da delinquência, criariam um fundo a partir do qual se tornariam possíveis o esquadrinhamento de toda a população e sua perpétua vigilância, feita por parte pela polícia, mas também por outros mecanismos mais sutis.

Fazer da punição e da repressão dos ilegalismos uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir com uma severidade atenuada talvez, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir o poder de punir mais profundamente no corpo social.⁸

No Antigo Regime, os ilegalismos tinham uma margem de tolerância de acordo com cada estrato social formada por diversos meios, havendo uma relação de necessidade entre ela e o próprio regime. As classes mais favorecidas, como a nobreza e o clero, por exemplo, haviam obtido verdadeiros privilégios; já quanto às desfavorecidas, haviam conquistado certa tolerância pela força ou obstinação no exercício de suas práticas ilegalistas. As camadas populares estavam ligadas como condições de sua existência à prática de alguns ilegalismos. Além disso, havia também, diz o autor, entre as camadas sociais, uma certa tolerância quanto aos ilegalismos das outras. *Havia um jogo recíproco dos ilegalismos que fazia parte da vida política e econômica da sociedade.* A burguesia tinha, assim como as outras classes, o seu ilegalismo, necessário a ela para que obtivesse um proveito econômico. Ela infringia leis quanto ao sistema alfandegário, quanto às regras de corporação, de práticas comerciais, de ética econômica. Da mesma forma, existia um ilegalismo popular, dos camponeses que se esforçavam para escapar aos impostos, dos operários quanto às

⁸ *Ibid.* pp. 97-98.

regras das corporações e das fábricas. Todos esses ilegalismos constituíam um jogo, pois estavam em conflito uns contra os outros, ao mesmo tempo em que se implicavam, uns dando espaço aos outros. Por exemplo, diz Foucault: para a burguesia era muito importante que houvesse, entre as classes dos camponeses, uma luta contra o imposto, pois ela também tentava escapar a ele; assim como o personagem do contrabandista, vindo de camadas populares, era bem visto pelos burgueses. A burguesia precisava, de certa forma, dos ilegalismos populares.

Foucault descreve como se deu na metade do século XVIII a inversão desse processo, com a chamada “crise do ilegalismo popular”, e como a burguesia adaptou as estruturas do exercício do poder a seus interesses econômicos. Como consequência, o ilegalismo popular que a burguesia tolerara e que encontrara no Antigo Regime uma espécie de espaço de existência possível, tornou-se agora por ela intolerável. No sistema feudal, a riqueza era predominantemente monetária; no sistema capitalista, a riqueza passou a se concentrar principalmente entre meios de produção, acúmulo de matéria prima, organização de grandes usinas; começaram a surgir grandes centros de mercado: isso colocou os ricos sob ameaças de ataques incessantes.⁹ O alvo dos ilegalismos populares se deslocou para os bens, não sendo mais os direitos. A burguesia não toleraria mais os ilegalismos quando atingissem seus direitos de propriedade, esta que havia se tornado absoluta quando se despojou dos encargos feudais que sobre ela pesavam. O estreitamento dos laços de propriedade, o novo estatuto da propriedade terrena e sua nova exploração, transformaram em delito muitos ilegalismos que eram usuais. O que no regime feudal era tolerado, como recolher lenha, ou o direito de pasto livre, agora seria perseguido pelos novos proprietários, provocando reações na população. “O ilegalismo dos direitos que assegurava com freqüência a sobrevivência dos mais desprovidos tende, com o novo estatuto da propriedade, a tornar-se um ilegalismo de bens. Será necessário, então, puni-lo.”¹⁰

Tornou-se preciso, diz Foucault, dividir e apartar, a fim de dar a cada um deles uma visibilidade, os ilegalismos que não se toleraria, os dos bens, mais acessíveis às classes baixas e que afetariam a burguesia quanto à sua propriedade, e os ilegalismos que se toleraria, os dos direitos, dos quais a burguesia fará uso. Essa divisão se traduziu inclusive na justiça, que para os ilegalismos dos bens, como por exemplo o roubo,

⁹ FOUCAULT, M. À propos de l'enfermement pénitenciaire. IN: *Dits et Écrits*: I. op. cit. p. 1303.

¹⁰ FOUCAULT, M. *Surveiller et Punir*. op. cit. p. 101.

passaria a adotar tribunais ordinários e castigos, e para os ilegalismos dos direitos, como por exemplo as fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares, passaria a adotar jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas.

É portanto necessário controlar e codificar todas essas práticas ilícitas. É preciso que as infrações sejam bem definidas e seguramente punidas, que nessa massa de irregularidades toleradas e sancionadas de maneira descontínua com uma ostensão sem proporção se determine o que é infração intolerável e que se lhe submeta a um castigo ao qual ela não poderá escapar.

[...]

A economia dos ilegalismos se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. O ilegalismo dos bens foi separado do dos direitos.¹¹

Ao mesmo tempo, passou a se afirmar a necessidade de uma vigilância constante que se fizesse sobre esse ilegalismo dos bens e sobre a classe que os praticava. Quanto a essa vigilância, era preciso algo que suprimisse a antiga multiplicidade confusa e lacunosa das instâncias tal como ocorria no regime absolutista quando se queria punir alguém, tempo em que toda pena um pouco mais séria deveria ter um caráter supliciante. Daí a tão necessária reforma penal, que tornaria as punições mais eficazes, e a vigilância mais próxima, em todo caso mais regular.

No período absolutista, entre o superpoder do monarca e o infrapoder dos ilegalismos, Foucault mostra que havia toda uma rede de relações. Em todo regime, os diferentes grupos sociais, classes ou castas, têm seu ilegalismo. No Antigo Regime, esses ilegalismos se encontravam num estado de relativo ajuste e o funcionamento social era assegurado por intermédio deles, que faziam parte positivamente do próprio exercício do poder. O poder arbitrário do rei repercutia na arbitrariedade dos ilegalismos, permitindo-os e fazendo-os funcionar: o poder do rei era ilimitado, brilhante, irregular, lacunoso, pessoal e descontínuo; quanto aos súditos, a tolerância aos ilegalismos era também lacunosa, irregular e descontínua, e sua possibilidade dependia da arbitrariedade do monarca. Havia, dessa forma, uma relação de implicação e necessidade entre os dois, em que o poder soberano do rei garantia a tolerância aos ilegalismos dos súditos, e essa tolerância fazia com que aquele tivesse ainda mais poder. Dessa forma, a luta contra a tolerância aos ilegalismos dos bens, agora impossíveis e intoleráveis, se uniu à luta contra o poder soberano, pois ambas estavam numa relação

¹¹ *Ibid.* p. 103.

de necessidade uma com a outra.

A burguesia se reservou o domínio fecundo do ilegalismo dos direitos. E ao mesmo tempo em que se opera essa clivagem, afirma-se a necessidade de um esquadramento que se faça essencialmente sobre esses ilegalismos dos bens. Afirma-se a necessidade de se destituir da antiga economia do poder de punir que tinha por princípios a multiplicidade confusa e lacunar das instâncias, uma repartição e uma concentração de potência correlativas a uma inércia de fato e a uma inevitável tolerância, castigos ostensivos em suas manifestações e arriscados em sua aplicação. Afirma-se a necessidade de se definir uma estratégia e técnicas de punição em que uma economia da continuidade e da permanência substituirá a da despesa e do excesso. Em suma, a reforma penal nasceu no ponto de junção entre a luta contra o superpoder do soberano e contra o infrapoder dos ilegalismos conquistados e tolerados.¹²

Em *A Vida dos Homens Infames* e *A Verdade e as Formas Jurídicas*, Foucault aponta para a mesma relação entre o poder monstruoso e *shakespeariano* do soberano e o poder ínfimo dos súditos. Foucault mostra como o sistema *lettre-de-cachet*–internamento constituiu ao longo de cem anos na França um importante dispositivo do poder absoluto, por proporcionar uma espécie de disponibilização dos mecanismos da soberania, dada a quem fosse suficientemente hábil para captá-la, de desviá-los em seu próprio proveito.

A *lettre-de-cachet* não era uma lei ou um decreto, mas uma ordem do rei que concernia a uma pessoa, individualmente, obrigando-a a fazer alguma coisa. Podia-se até mesmo obrigar alguém a se casar pela *lettre-de-cachet*. Na maioria das vezes, porém, ela era um instrumento de punição. Podia-se exilar alguém pela *lettre-de-cachet*, privá-lo de alguma função, prendê-lo, etc. Ela era um dos grandes instrumentos de poder da monarquia absolutista.

[...]

Ao examinar as *lettres-de-cachet* mandadas pelo rei em quantidade bastante numerosa notamos que, na maioria das vezes, não era ele que tomava a decisão de enviá-las. Ele o fazia em alguns casos como nos assuntos de Estado. Mas a maioria delas, as dezenas de milhares de *lettres-de-cachet* enviadas pela monarquia eram, na verdade, solicitadas por indivíduos diversos: maridos ultrajados por suas esposas, pais de família descontentes com seus filhos, famílias que queriam se livrar de um indivíduo, comunidades religiosas perturbadas por alguém, uma comuna descontente com seu cura, etc. Todos esses indivíduos ou pequenos grupos pediam ao intendente do rei uma *lettre-de-cachet*; este fazia um inquérito para saber se o pedido era justificado. Quando isto ocorria, ele escrevia ao ministro

¹² *Ibid.* p. 104.

do rei encarregado do assunto mandar prender sua mulher que o engana, seu filho que é muito gastador, sua filha que se prostitui ou o cura da cidade que não demonstra boa conduta, etc. De forma que a *lettre-de-cachet* se apresenta, sob seu aspecto de instrumento terrível da arbitrariedade real, investida de uma espécie de contra poder, poder que vinha de baixo e que permitia a grupos, comunidades, famílias ou indivíduos exercer um poder sobre alguém. Eram instrumentos de controle, de certa forma espontâneos, controle por baixo, que a sociedade, a comunidade, exercia sobre si mesma. A *lettre-de-cachet* consistia portanto em uma forma de regulamentar a moralidade cotidiana da vida social, uma maneira do grupo ou dos grupos – familiares, religiosos, paroquiais, regionais, locais, etc. – assegurarem seu próprio policiamento e sua própria ordem.¹³

Dessa forma, a soberania política veio se inserir ao nível mais elementar do corpo social, pois cada um, e às vezes se tratava dos mais insignificantes, podia se valer, além dos mecanismos tradicionais de autoridade e obediência, dos recursos de um poder político com a forma do absolutismo. É nesse momento que se estabeleceu uma curiosa cumplicidade entre o rei e os súditos: a irregularidade do exercício do poder permitia uma eficaz utilização pelos súditos em proveito próprio dos dispositivos arbitrários do poder monarca. As estratégias do exercício do poder, enfim, se adaptaram mais e mais a cada dia às cotidianidades múltiplas e sem importância, como são as vidas dos infames. A tese de Foucault quanto a isso se resume então no seguinte: o rei e a forma política absolutista perderam sua força e ruíram por terem se tornado execráveis devido à sua mistura com o que havia de mais desprezível; aqueles que se utilizavam da *lettre de cachet* também perderam sua força, por recorrerem sem cessar àquilo que lhes determinasse o destino, e um poder administrativo e capilar surgiu, que mais eficazmente controla os corpos, circula por eles e, invariavelmente, os recompensa ou pune.

Cada um, se souber jogar o jogo, pode tornar-se para o outro um monarca terrível e sem lei: *homo homini rex*; toda uma cadeia política vem entrecruzar-se com a trama do cotidiano. Mas é preciso ainda quanto a esse poder, ao menos um instante, apropriar-se dele, canalizá-lo, captá-lo e inflecti-lo na direção que se quer; é preciso, para usá-lo em seu proveito, “seduzi-lo”; torna-se ao mesmo tempo objeto de cobiça e de sedução; desejável, portanto, e na mesma medida em que ele é absolutamente temível.

[...]

Aqueles que usavam as *lettres de cachet* e o rei que as concedia foram pegos pela armadilha de sua cumplicidade: os primeiros foram

¹³ FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. op. cit. pp. 95-97.

perdendo cada vez mais a sua potência tradicional em proveito de um poder administrativo; quanto ao segundo, por ter-se misturado todos os dias com tantos ódios e intrigas, tornou-se odioso.¹⁴

Para que o superpoder do rei entrasse em relação com o infrapoder dos súditos, e exercesse sobre estes uma real intervenção, como no caso de um internamento, era preciso provocá-lo, o que ocorria de maneira discursiva, fazendo surgir um interessante disparate. Havia evidentemente uma enorme dissimetria entre a linguagem comum dos súditos e a que eles deveriam usar frente ao soberano, assim como havia uma dissimetria entre a insignificância das desgraças que se relatava a fim de que fossem ouvidas, e a forma solene imanente à realeza: surgem alguns efeitos de discurso, os quais são muitas vezes risíveis para nós que os vemos à distância. Verdade é que, como mostra Foucault, esse efeito cômico de discurso desapareceu junto com as monarquias, e surgiu no lugar um discurso administrativo, judicial, científico, em que se revezam as instituições diversas da justiça, da polícia, da medicina, da psiquiatria. Com o fim do absolutismo e o deslocamento dos focos estratégicos em que o poder ora permite, ora limita, a economia política dos ilegalismos se tornou também mais regular, mais adaptada aos mecanismos disciplinares. Ora, os discursos produzidos pelas instituições modernas têm igualmente uma regularidade eficaz quanto ao isolamento e à neutralidade, sem a qual seria impossível um controle dos ilegalismos que não se quer tolerar.

Para Foucault, os reformadores queriam uma justiça mais intolerante quanto aos ilegalismos que punham em risco a sociedade capitalista que se formava, e viam nos vagabundos uma gente das mais perigosas. Isso porque a vagabundagem seria a origem de toda a criminalidade, pois aquele que se recusa a trabalhar, além de se tornar inútil, um peso a ser sustentado pelos outros, estaria apto a atentar de todo modo contra a sociedade do trabalho. Então, para mais bem vigiá-los e não permitir que se criasse uma base contra o trabalho e contra a disciplina, seria necessária uma vigilância que se fizesse ininterruptamente. Foucault descreve o nascimento das prisões como indissociável do surgimento da polícia, invenção francesa mais ou menos do século XVIII, e da criminologia, e mostra que tudo não passa de uma nova tecnologia política de governo dos ilegalismos populares, que possibilita um controle pela polícia de toda uma população.

¹⁴ FOUCAULT, M. La vie des hommes infâmes. IN: *Dits et Écrits*: II. *op. cit.* p. 247.

Foucault mostra que embora a reforma penal tivesse dois objetivos, primeiro o de suprimir o poder ilimitado do soberano, depois o de gerir diferentemente os ilegalismos populares, ela só se tornou efetivamente possível por conta do seu segundo objetivo, mostrando um verdadeiro primado com respeito ao controle dos ilegalismos que remete à importância do próprio direito nas sociedades modernas e atuais.

É porque a pressão sobre os ilegalismos populares tornou-se à época da Revolução, após sob o Império, enfim, durante todo o século XIX, um imperativo essencial, que a reforma pôde passar de estado de projeto ao de instituição e de conjunto prático. Isso quer dizer que se, em aparência, a nova legislação criminal se caracteriza por uma atenuação das penas, uma codificação mais nítida, uma diminuição notável do arbitrário, um consenso mais bem estabelecido a propósito do poder de punir (a despeito de uma divisão mais real de seu exercício), ela se sustenta por uma reviravolta na economia tradicional dos ilegalismos e uma coesão rigorosa para manter seu ajustamento novo. Deve-se conceber um sistema penal como um aparelho para gerir diferencialmente os ilegalismos, e não para suprimi-los todos.¹⁵

Queriam os reformadores que fosse respeitada a humanidade dos castigos, o que não ocorria nos suplícios. No entanto, essa humanidade era mais com relação aos espectadores e àqueles que julgam do que propriamente com os condenados. O castigo deveria atingir somente as conseqüências do crime e as desordens que poderia provocar, já que o excesso de poder visto no suplício não as anulava necessariamente. Pretendiam os reformadores que a justiça fosse mais econômica, inclusive politicamente, não desperdiçando poder.

Foucault assere a respeito de um duplo sentido do castigo nos reformadores: quanto ao criminoso, agora marcado, não deveria cometer a mais intolerável das conseqüências de um crime, a reincidência; quanto aos outros, deveriam temer castigo semelhante ao aplicado. A antiga justificação das punições quanto ao suplício era semelhante, em tentar anular a reincidência, e ter efeitos sobre os outros, que temiam o castigo. A diferença é que ela agora pertence à própria economia da punição, é medida das proporções entre delito e pena. No suplício, o exemplo era réplica do crime, agora ele é um sinal que deve marcar. Com o mesmo objetivo, entretanto: conseguir diminuir o domínio difuso dos ilegalismos.

¹⁵ FOUCAULT, M. *Surveiller et Punir. op. cit.* p. 106.

Através dessa técnica dos sinais punitivos, que tende a inverter todo o campo temporal da ação penal, os reformadores pensam dar ao poder de punir um instrumento econômico, eficaz, generalizável em meio a todo o corpo social, suscetível de codificar todos os comportamentos e por consequência reduzir todo o domínio difuso dos ilegalismos.¹⁶

O projeto político da reforma tinha, para Foucault, como ponto de partida a função “de esquadrihar exatamente os ilegalismos, de generalizar a função punitiva, e de delimitar, para controlá-lo, o poder de punir”.¹⁷ O projeto de esquadrihar os ilegalismos passa por classificar o criminoso como, no limite, o anormal. A criminologia surge para qualificar o criminoso em uma categoria científica, o que irá ao mesmo tempo perpetuar a intervenção sobre ele. Não se deverá somente entender o crime e suas normas comuns, mas o criminoso segundo critérios específicos, implicando em *efeitos de subjetividade*. Surgiram táticas de intervenção sobre todos os indivíduos, mesmo não criminosos, mas sempre vistos como potencialidades, já que há em cada um de nós um monstro adormecido que pode acordar. É verdade que a intervenção da psiquiatria e da criminologia no âmbito penal não ocorreu no século XVIII, mas teve aí seu ponto de aplicabilidade possível, para que se tornasse, nas sociedades disciplinares modernas, indispensável à economia penal.

Os processos de objetivação nasceram nas próprias táticas do poder e na distribuição de seu exercício. Mas Foucault mostra, por fim, que a teoria de reforma penal não culminou naquilo com que ela havia sonhado. Não que não tenha surgido uma nova economia do poder de punir, mas esta não condiz com o que ansiavam os reformadores, nem provém das teorias de reforma como seu desdobramento. Aquela semiótica penal, em que os signos e representações eram a medida exatamente proporcional aos crimes, em que o criminoso era marcado e sua “alma” punida mais que seu corpo, deu lugar na verdade a uma nova anatomia política, em que o corpo continua a ser personagem principal, mas de uma forma, segundo Foucault, inédita. Uma nova tecnologia política dos corpos, em que a prisão assume um papel importante, que extravasa o campo da justiça penal. Todas as instituições passam a funcionar em conjunto, numa implicação indissociável entre elas. Os corpos dos indivíduos passam a sofrer intervenções políticas correlatas às ocorridas com os que são aprisionados. A prisão, que não decorreu do sonho dos reformadores, é agora a forma de punição geral

¹⁶ *Ibid.* pp. 111-112.

¹⁷ *Ibid.* p. 120.

para todos os crimes.

Quanto aos ilegalismos, estes passaram a ser geridos de um modo outro, respeitada a diferença essencial entre aqueles que atacam os bens, provenientes das classes mais baixas, e aqueles que resistem a proibições com relação aos direitos, estes praticados pela burguesia. A cada tipo de ilegalismo foi dado um regime e a prisão tem um papel importante nessa nova economia política dos ilegalismos. Assim entramos na era panóptica da vigilância e do controle.

CONCLUSÕES SOBRE O NOSSO DIREITO “NORMALIZADO-NORMALIZADOR”

O direito esteve presente como peça essencial na mudança ocorrida do Antigo Regime para as sociedades modernas. Como mostrou Fonseca, o direito acompanhou as modificações sociais oriundas do advento do capitalismo e foi adaptado pela burguesia junto com as outras esferas políticas uma vez que pôde, pouco a pouco, adaptar em seu proveito a organização social para melhor garantir o livre câmbio e comércio e assegurar que não lhe fosse ameaçado o controle sobre seus bens, guardando para si uma certa tolerância sobre os ilegalismos que continua a praticar. Porém, mais do que um direito apenas normalizado, vivemos a era de um direito também normalizador, pois não se trata de mecanismo passivo que tão-somente sofre uma normalização em seu funcionamento, sob as máscaras de uma pretensa neutralidade científica. Nosso direito é normalizador pois ele age e cauciona o exercício do poder tal como ele atualmente circula em meio às populações modernas, ou seja, de maneira normalizadora: eis porque Foucault disse tratar-se de um *dispositivo*, no sentido peculiar e preciso que o autor concedeu a esse conceito.

Referências

- BENTHAM, J. *O panóptico*. In: SILVA, T. T. da (Org.). Belo Horizonte: Autentica, 2000.
- DELEUZE, G. *Foucault*. São Paulo: Brasiliense, 2005.
- FONSECA, M. A. da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FOUCAULT, M. À propos de l'enfermement pénitenciaire. In: _____. *Dits et écrits*. I. 1954-1975. Paris: Gallimard, 2001. p. 1303-1313.
- _____. Des supplices aux cellules. In: _____. *Dits et écrits*. I. 1954-1975. Paris: Gallimard, 2001. p. 1584-1585.
- _____. Entretien sur la prison : le livre et sa méthode. In : _____. *Dits et écrits*. I. 1954-1975. Paris: Gallimard, 2001. p. 1608-1621.
- _____. Lutttes autour des prisons. In: _____. *Dits et écrits*. II. 1976-1988. Paris: Gallimard, 2001. p. 806-818.
- _____. Les mailles du pouvoir. In: _____. *Dits et écrits*. II. 1976-1988. Paris: Gallimard, 2001. p. 1001-1020.
- _____. Points de vue. In : _____. *Dits et écrits*. II. 1976-1988. Paris: Gallimard, 2001. p. 93-94.
- _____. La prison vue par un philosophe français. In : _____. *Dits et écrits*. I. 1954-1975. Paris, Gallimard, 2001. p. 1593-1599.
- _____. Punir est la chose la plus difficile qui soit. In : _____. *Dits et écrits*. II. 1976-1988. Paris, Gallimard, 2001. p. 1027-1029.
- _____. La société punitive. In : _____. *Dits et écrits*. I. 1954-1975. Paris, Gallimard, 1994. p. 1324-1338.
- _____. La vie des hommes infâmes. In: _____. *Dits et écrits*. II. 1976-1988. Paris: Gallimard, 2001. p.237-253.
- _____. Radioscope de Michel Foucault. In : _____. *Dits et écrits*. I. 1954-1975. Paris, Gallimard, 1994. p. 1651-1670.
- _____. Sur la sellette. In : _____. *Dits et écrits*. I. 1954-1975. Paris, Gallimard, 1994. p. 1588-1593.
- _____. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Galimard, 2007
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.
- _____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1999.

Artigo recebido em: 20/07/10

Aceito em: 24/11/10