

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO
SISTEMA DE JUSTIÇA

Direito, Ciência e produção de verdades: uma análise do conceito de Ordem
Pública no âmbito de prisões preventivas

São Luís – MA

2022

PEDRO VITAL EUGÊNIO MELO

Direito, Ciência e produção de verdades: uma análise do conceito de Ordem
Pública no âmbito de prisões preventivas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Dinâmica e efetividade das Instituições do Sistema de Justiça.

Orientador: Professor Dr. Delmo Mattos

São Luís – MA

2022

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Eugênio Melo, Pedro Vital.

Direito, Ciência e produção de verdades : uma análise do conceito de Ordem Pública no âmbito de prisões preventivas / Pedro Vital

Eugênio Melo. - 2022.

113 p.

Orientador(a): Delmo Mattos da Silva.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís - MA, 2022.

1. Ciência. 2. Direito. 3. Poder. 4. Razão. 5. Verdade. I. Mattos da Silva, Delmo. II. Título.

Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

Pedro Vital Eugênio Melo

Direito, Ciência e produção de verdades: uma análise do conceito de Ordem Pública no âmbito de prisões preventivas.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Delmo Mattos da Silva (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Cláudio Alberto Gabriel Guimarães
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Thiago Alisson Cardoso de Jesus - UEMA
Universidade Estadual do Maranhão

RESUMO

Análise da utilização do conceito de Ordem Pública como fundamento em prisões preventivas, visando discutir seu caráter aberto e político-pragmático, como forma de refletir sobre essas características no Direito como um todo. A problematização proposta perpassa pelas questões a respeito da pretensão de Verdade, pureza e universalidade da própria Ciência, no sentido de que os esforços para cunhar métodos próprios ao Direito que sejam reprodutores de tais anseios, geram embaraços que são sentidos nas discussões a respeito das influências políticas e morais nas ferramentas jurídicas. A utilização de um objeto prático para reflexão de caráter epistemológico é justificada pelo uso da genealogia foucaultiana utilizada como método.

Palavras-chave: Verdade; Razão; Ciência; Poder; Direito.

ABSTRACT

Analysis of the use of the concept of Public Order as a foundation in preventive arrests, aiming to discuss its open and political-pragmatic character, as a way of reflecting on these characteristics in Law as a whole. The proposed problematization permeates the questions regarding the claim to Truth, purity and universality of Science itself, in the sense that the efforts to create methods specific to the Law that reproduce such anxieties, generate embarrassments that are felt in the discussions about the influences of politics and morals in legal tools. The use of a practical object for reflection about an epistemological object is justified by the use of Foucauldian genealogy used as a method.

Keywords: Truth; Reason; Science; Power; Right.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. A IMPORTÂNCIA DA QUESTÃO DA VERDADE PARA O DIREITO E PARA CIÊNCIA.....	13
2.1 VERDADE CIENTÍFICA E MÉTODO	26
2.2 RUPTURAS METODOLÓGICAS E RELATIVISMO.....	32
2.3 ALGUNS APONTAMENTOS A FAVOR DE UMA REFORMULAÇÃO DAS PRÁTICAS CIENTÍFICAS PAUTADAS NO EMPIRISMO LÓGICO	35
2.4 A HISTÓRIA DA CRISE DO MODELO RACIONAL MODERNO – UMA “INTRODUÇÃO” AO CAPÍTULO II.....	38
3. A ABORDAGEM GENEALÓGICA: OS CONCEITOS JURÍDICOS, SUA PRETENSA CIENTIFICIDADE/TECNICIDADE E SUAS RELAÇÕES COM AS ESTRUTURAS DE PODER	42
3.1 POR QUE PENSAR METODOLOGICAMENTE?.....	42
3.2 OS INSTRUMENTOS DE PRODUÇÃO DE VERDADE – A BASE PARA A POSTERIOR CONSOLIDAÇÃO DE UM MÉTODO FOUCAULTIANO	43
3.2.1 As raízes das ideias foucaultianas e os instrumentos de produção de verdade	44
3.2.2 Foucault x materialismo hegeliano – a tradição marxista da academia 53	
3.3 O SURGIMENTO DA GENEALOGIA COMO MÉTODO	58
3.4 VERDADE E PODER.....	61
3.5 CINCO ADVERTÊNCIAS (OUTRAS) METODOLÓGICAS E INTRODUTÓRIAS AO CAPÍTULO FINAL	69
3.5.1 A primeira advertência: o poder descentralizado	70
3.5.2 A segunda advertência: a intenção dos agentes	71
3.5.3 A terceira advertência: a ideia de posse do poder e o conspiracionismo 73	
3.5.4 Quarta advertência metodológica: da análise ascendente	75

3.5.5	Quinta advertência metodológica: da colonização dos instrumentos de formação do saber.....	76
4.	A ORDEM PÚBLICA E AS INFLUÊNCIAS POLÍTICAS E MORAIS NO DIREITO	78
4.1	QUESTÕES INTRODUTÓRIAS.....	78
4.2	A QUESTÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: A VIGÍLIA DO FUTURO	80
4.3	A QUESTÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL	82
4.4	PRISÃO PREVENTIVA E SUA RELAÇÃO COM AS TÉCNICAS DE DOMINAÇÃO DO ESTADO BASEADAS NA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA.....	86
4.5	TENTATIVAS E UTILIDADES DE UMA ESTRUTURAÇÃO UNIVERSAL DO CONCEITO	98
4.6	ABSORÇÃO DAS INFLUÊNCIAS MORAIS E POLÍTICAS PELO DIREITO .	102
5.	CONCLUSÃO.....	108

1. INTRODUÇÃO

Duas preocupações iniciais motivaram este trabalho. A primeira delas foi a inquietação em demonstrar como as grandes perguntas da Filosofia (e, por consequência, da Filosofia do Direito) são, a despeito do que parece acreditar a maior parte dos juristas, a real fonte de todas as divergências práticas enfrentadas no dia-a-dia das instituições do sistema de justiça.

Por conta da replicação de uma luta antiga na Filosofia (todas as discussões da Filosofia, quando já obsoletas, parecem vir morar no Direito), é cada vez mais exigido do pesquisador da realidade jurídica que se revista de um viés “prático”. Daquele que se propõe a pensar é exigido que sua realidade seja expressada através de gráficos, dados “empíricos”, fatos trazidos do mundo que possam confirmar ou negar sua *objetiva* e límpida hipótese.

O embate entre o racionalismo clássico e empirismo lógico como sistemas de pensamento a disputar a dianteira de epistemologia dominante no discurso científico, parece ter sido vencido por aqueles, que como Bacon¹, acreditavam que as leis da natureza poderiam ser conhecidas através da *experiência* (POPPER, 2008).

Para a tradição que vem se formando desde então, resta às ciências sociais o sonho da etnografia, que remete à modelos metodológicos primeiramente cunhados para operar nas chamadas ciências naturais. Ao pesquisador é *imposto* o papel de tratar dados e colocá-los em seu devido lugar, fazendo constatações que puderam ser retiradas de seu objeto extremamente supostamente apreensível, possível, real, delimitado, material e tangível. O jurista olha de frente para o Direito, descreve-o, toma suas medidas, coloca-o numa placa de petri para analisar pormenorizadamente seus aspectos mais ínfimos onde podem ser encontrados seus defeitos e suas virtudes.

¹ Nesse sentido: “A verdadeira causa e raiz de todos os males que afetam as ciências é uma única: enquanto admiramos e exaltamos de modo falso os poderes da mente humana, não lhe buscamos auxílios adequados. [...] A natureza supera em muito, em complexidade, os sentidos e o intelecto. Todas aquelas belas meditações e especulações humanas, todas as controvérsias são coisas malsãs. E ninguém disso se apercebe. [...] De modo algum se pode admitir que os axiomas constituídos pela argumentação valham para a descoberta de novas verdades, pois a profundidade da natureza supera de muito o alcance do argumento. Mas os axiomas reta e ordenadamente abstraídos dos fatos particulares, estes sim, facilmente indicam e designam novos fatos particulares e, por essa via, tornam ativas as ciências.” (BACON, 2002. p. 13-16)

Descrevendo-o, apreendendo-o, crava seu diagnóstico. Com pretensão matemática, aponta aquilo que precisa ser consertado na grande estrutura que parece se conservar independentemente do mundo das ideias: ela existe.

O trabalho traça reflexões a respeito do empirismo lógico e sua incapacidade de produzir Verdades *logicamente* estruturas, a despeito do que grande parte da comunidade científica parece crer.² Nessa parte, abrindo o viés de crítica à racionalidade moderna, será utilizado o trabalho de Popper (2008).

Relacionando essa crença em Verdades obtidas através da possibilidade de conhecimento das leis imutáveis e universais da natureza, a discussão será transportada para o impacto na metodologia advindo de tal *otimismo metodológico*.

A visão do trabalho se apoiará nas reflexões de Kuhn (1998), Feyerabend (2011). Popper (1972) seguirá sendo utilizado por conta de suas críticas à *lógica da pesquisa científica*. Ressalta-se que todos esses referenciais possuem idiosincrasias em seus pensamentos que diferenciam suas posições. Porém, a ideia da utilização do uso conjunto de suas teorias e reflexões parte da noção de que todos os autores partem de problemas comuns que os unem e possibilitam tal interação (MORIN, 2005)

A ideia é demonstrar que a pretensão de universalidade e neutralidade científica verificada principalmente na questão metodológica é um desserviço ao avanço da Ciência, pois, através da verificação da história da *evolução* do pensamento científico, pode-se constatar que as revoluções científicas se deram através de mudanças bruscas também no campo metodológico (FEYERABEND, 2011).

Essas ideias são muito importantes para o trabalho, pois o trabalho partirá da ideia de que o Direito é um instrumento de produção de verdades (FOUCAULT, 2013). Verificada a ingenuidade da pretensão de pureza e universalidade da própria ciência, os esforços para cunhar métodos próprios ao Direito que sejam reprodutores de tais características, geram embaraços que são sentidos nas discussões a respeito das influências políticas e morais nas ferramentas jurídicas.

O ativismo judicial, as relações do Direito com a política e a moral, a crise do Direito como elemento capaz de salvar a sociedade da barbárie, e até mesmo

² “Uma doutrina do direito meramente empírica é (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) uma cabeça que pode ser bela, mas que, lamentavelmente, não tem cérebro.” (KANT, 2013. P. 35)

desavenças doutrinárias sobre determinados temas, não são desavenças empíricas, mas dissensos a respeito de seus próprios fundamentos (DWORKIN, 1999). Para *consertar* o Direito é preciso reinventá-lo, inclusive em seus métodos.

A pretensão do trabalho é demonstrar que a própria forma como a discussão é estruturada, no sentido de saber ou não se o Direito pode ser livre de influências políticas e morais, e que, em caso positivo, tornar-se-ia meio para produção de conhecimento científico válido, está errada. Tal discussão é organizada sob a perspectiva de que o conhecimento científico e seus métodos atendem a tais requisitos, o que se pretende rechaçar por meio das reflexões foucaultianas.

A utilização de Foucault como referencial teórico exige alguns compromissos metodológicos. Certos objetos exigem certos métodos. Algumas perguntas são tão grandes que sua própria existência em qualquer trabalho compromete os caminhos a serem tomados.

Um trabalho que pretende refletir sobre a Ciência e que utiliza Foucault como referencial teórico tem um grande desafio a superar que é a própria construção de sua metodologia para que não se torne excessivamente anárquica.

O autor possui duas fases em seu pensamento: a *arqueológica* e a *genealógica* (HABERMAS, 2002). Como metodologia, a parte que integrará o trabalho será a genealogia, pois parte de caras reflexões sobre a relação entre as verdades e as dinâmicas de poder que são extremamente úteis para o estudo do objeto aqui posto.

A genealogia exige que as reflexões sejam feitas através de objetos que estão na *periferia* das redes microfísicas do poder, e não diretamente de reflexões epistemológicas que partem de um centro dominador e detentor do poder (FOUCAULT, 1979).

Para analisar o caráter sectário da razão moderna, Foucault parte da história da loucura (FOUCAULT, 1978); para analisar a razão como dominação metafísica, Foucault parte da história do cárcere (FOUCAULT, 2011); para analisar o papel do controle sobre os corpos na construção das subjetividades, Foucault parte da sexualidade (FOUCAULT, 1999).

Para analisar nosso objeto, qual seja, a relação entre as verdades juridicamente construídas, a tradição científica e as influências das relações de poder e da moral na produção de conhecimento, a pesquisa partirá do conceito de Ordem Pública utilizado como fundamento de prisões preventivas.

Tal objeto possibilitará a demonstração de como conceitos jurídicos pretensamente *técnicos* são colonizados por influências políticas e morais sob o verniz de conhecimento cientificamente estruturado.

A segunda motivação do trabalho nasceu da pretensão de fazer uma crítica de viés reparador. Como conclusão, tentar-se-á demonstrar como o Direito estruturado pelas democracias liberais pode receber tais influências das relações de poder e de conteúdos morais, e, ainda assim, sobreviver como instrumento válido para a produção de conhecimento apoiado na ideia de racionalidade.

2. A IMPORTÂNCIA DA QUESTÃO DA VERDADE PARA O DIREITO E PARA CIÊNCIA

A porta da verdade estava aberta
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só conseguia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia os seus fogos.
Era dividida em duas metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era perfeitamente bela.
E era preciso optar. Cada um optou
conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

(ANDRADE, 2012. p. 52)

Se a democracia se constitui como um dos elementos racionalizantes da política, o Direito é seu elemento ultra-racionalizador. Durante muito tempo, as reflexões a respeito das estruturas políticas de organização do Estado estiveram totalmente condicionadas às relações de força que os soberanos travavam com aqueles que viviam sob seu poder político.

Com a chegada da modernidade, as ferramentas jurídicas passaram a ter um papel cada vez maior na estabilização do exercício do poder político dentro das sociedades. A ascensão do Liberalismo no Ocidente exigiu que a política fosse conduzida através de um ideal racional de raízes iluministas³, em que seus procedimentos e limites estivessem claros e detivessem a previsibilidade necessária para o avanço de uma sociedade baseada cada vez mais na liberdade individual.

³ “Alguns aspectos da mentalidade iluminista são de especial interesse para a história da teoria jurídica. A própria ideia de que as instituições políticas ou jurídicas podiam ser criticamente avaliadas e sua conveniência, questionada, manifestava-se na percepção de Montesquieu de que as leis são contingentes, tendentes a refletir as condições de vida das pessoas que vivem segundo elas, e não a adaptar-se a um único padrão universal.” (KELLY, 2010. p. 331)

O movimento constitucionalista nasce justamente desse processo. É a partir daí que os grandes filósofos da política e do Direito voltam suas atenções para a construção de um projeto capaz de expressar os ideais políticos através de construções que seriam inteiramente jurídicas.

As constituições modernas são frutos de uma mudança de perspectiva a respeito das relações de poder entre os indivíduos e o Estado. Domar o Leviatã e torná-lo uma máquina cada vez mais tecnocrática e racional estava no centro das preocupações.⁴

O desenvolvimento de todas essas noções que hoje nos parecem muito sólidas foi lento. A própria noção de Estado só veio aparecer no sentido moderno a partir de Maquiavel (1996), que é quem definitivamente a usa como uma *“configuração política que implica a organização da relação de forças entre o comando e a obediência”* (GOYARD-FABRE, 2002. p. 19).

As revoluções burguesas do século XVIII expressam mais que ideais políticos. O movimento moderno e suas novas formas de racionalidade também são carregados de um discurso científico, ora pautado em empirismo lógico, ora em racionalismo teórico. Porém, ambos apresentam uma base comum.

Desse contexto de revoluções filosóficas e políticas é que nasce o movimento constitucionalista, já carregado da necessidade de absorção do discurso da técnica, da ciência, da nova forma de razão adotada como projeto comum do Ocidente.

O surgimento do Direito como Ciência, o discurso da técnica envolvido na aplicação do poder político, e, posteriormente, a crise das bases da modernidade, fazem parte de um mesmo fenômeno que deve ser analisado de maneira holística.

Todas essas questões, apesar de parecerem puramente históricas ou políticas, possuem uma ligação muito forte com a ideia de verdade que se formou no Ocidente através do pensamento filosófico erigido pela razão moderna.

Destaque-se que tal construção das bases filosóficas da modernidade não se deu de maneira homogênea. O embate entre os empiristas lógicos e os metafísicos

⁴ “[...] os escritores do Iluminismo francês interessados em política só concebiam a ideia de fazer uma remoção completa das antigas estruturas (embora certamente não por meio de uma revolução violenta como a que de fato aconteceu) e começar novamente do nada, construindo dessa vez o edifício do Estado sobre princípios puramente racionais” (KELLY, 2010. p. 330)

cartesianos foi fundamental para o curso de certos eventos que até hoje permeiam a cultura epistemológica daquilo que se afirma como conhecimento científico.

Para a espécie de Direito que se formou através desses processos históricos e políticos, pautado em certas concepções humanistas, de direitos individuais e da necessidade de segurança jurídica, a questão da verdade é fundamental.

Fala-se do Direito Liberal, que é, por natureza, assim como a filosofia que o gerou, dependente da ideia de Verdade⁵, ou, no mínimo, da possibilidade de se chegar mais perto de um conhecimento provisório que a reflita, mesmo que a Verdade em si, seja praticamente inalcançável.

Para essa perspectiva, a possibilidade da estruturação de fatos objetivos que possam ser apreendidos pela razão se mostra como condição imprescindível, já que um julgamento deve poder ser questionado quando verificada (em tese) ausência de fundamentação racionalmente estruturada.

[...] A situação é muito simples. A crença de um liberal – crença na possibilidade do império das leis, da justiça igualitária, dos direitos fundamentais e na sociedade livre – pode conviver facilmente com o reconhecimento de que os juízes não são oniscientes e cometem erros; que a justiça absoluta jamais se realiza plenamente. Mas a crença na possibilidade do império das leis, da justiça e da liberdade certamente não resistirá à aceitação de uma epistemologia que propugne a **inexistência de fatos objetivos, não só neste caso particular mas em qualquer outro; e que diga que o juiz não pode cometer erros factuais uma vez que não pode estar equivocado a respeito dos fatos, da mesma forma como não pode ter certeza deles.** (POPPER, 2008. p. 33. Grifo nosso)

⁵ Ao longo do texto, o uso do termo “verdade” aparece tanto grafado com a inicial maiúscula como minúscula. A escolha por essa diferenciação veio da necessidade de distinguir o uso da palavra em dois sentidos: uma verdade concebida em sentido ontológico, escrita com inicial maiúscula, e aquelas verdades que não possuem tal pretensão, pois seu caráter transitório e limitado é reconhecido desde o início. Como exemplo do último tipo de verdade, pode-se citar a “verdade processual”, que é utilizada no Direito como forma de fazer referência às conclusões jurídicas que não decorrem necessariamente de sua relação com a realidade, mas com determinadas regras procedimentais que as condicionam. As verdades ontológicas são aquelas que pretendem ser únicas e definitivas, frutos de uma tradição baseada em certo essencialismo aristotélico e em diferentes correntes que ou atribuem ao sujeito cognoscente a capacidade de reconhecer verdades previamente postas no mundo, ou mesmo as estruturam a partir de um referencial místico, concepções que não estão livres de união. Sobre essa última colocação a respeito da possibilidade de mistura entre as verdades ontológicas baseadas em referenciais racionais e místicos, Santo Agostinho (1980), por exemplo, filosofa sobre as relações indissociáveis entre fé e razão. Na mesma linha, o sistema platônico pode ser lido como uma estrutura que culmina num referencial místico ao se referir a um mundo extrínseco à realidade sensível. O cristianismo chegou a ser chamado por Nietzsche (2017) de “platonismo para o povo”.

O relativismo epistemológico representa a morte da aspiração de um Direito capaz de ser algo além do que um simples braço dos grandes aparelhos políticos. Se um juiz não pode perseguir a Verdade, já que, epistemologicamente, acredita que ela não existe, é impossível que os cidadãos possam aspirar um tratamento que reflita a ideia de igualdade formal.

Para que seja possível a interpretação de qualquer coisa, a ideia de que existem interpretações mais corretas do que outras é um traço fundamental que não pode ser abandonado; é o ponto de partida.

Como interpretar algo partindo do pressuposto de que não existe uma interpretação correta? Mesmo que de maneira completamente pressuposta, apenas hipotética, é preciso que o intérprete tenha em si a crença de que está caminhando rumo a uma interpretação que melhor reflete a Verdade, mesmo que essa seja, em teoria, inalcançável, ou praticamente inalcançável.

Assim também são as verdades platônicas. Na alegoria da caverna (Platão, 2012), o filósofo deixa claro que a Verdade só pode ser percebida por alguns, e mesmo assim, parcialmente. Que a Verdade chega apenas a alguns poucos escolhidos, que ainda assim a enxergam com extrema dificuldade, e enfrentam ainda maiores problemas ao tentar comunicá-la.

Em se tratando da Verdade, Platão oscila “entre a esperança, o desespero e a resignação” (POPPER, 2008. p. 40), não é um ingênuo que desconheça a complexidade do mundo, pelo contrário. O escolhido que consegue sair da caverna tem dificuldades extremas para enxergar a Verdade a partir de seus olhos; experimenta grandes dificuldades para se readaptar ao mundo da caverna, e falha miseravelmente ao tentar comunicar tal Verdade àqueles que permaneceram encarando as sombras na parede.

A ideia de um escolhido hostilizado pelos seus companheiros de caverna ao tentar comunicar que havia um mundo real para além das sombras vai além de uma crítica a pessoas de cabeça fechada que se irritam quando alguém aponta suas crenças ilusórias em que baseiam suas realidades. O final trágico do escolhido que teve um vislumbre a mais do “mundo real”, também representa a dificuldade de comunicação da Verdade, mesmo que ela fosse acessada por alguém.

Portanto, não seria estranho pressupor a existência de uma interpretação Verdadeira e ao mesmo tempo acreditar em sua inacessibilidade. Existe uma diferença enorme entre acreditar em juízos que podem nos aproximar mais da

Verdade, e acreditar que a realidade se apresenta de maneira objetiva e de fácil apreensão aos nossos sentidos.

Para a reflexão proposta, o importante é perceber como todas essas ideias que partem de um otimismo epistemológico – mesmo que vacilante, como no caso de Platão – apresentam traços em comum que se desdobram em certas características compartilhadas por todos os sistemas de pensamento oriundos dessa crença fundamental em relação à Verdade.

A própria ideia de liberdade, ponto chave da crença liberal, origem de todos os seus outros dogmas, apoia-se na ideia de que o indivíduo pode conhecer, e, portanto, pode ser livre (POPPER, 2008).

O homem que pode conhecer, que é dotado de razão e através dela pode realizar escolhas, descobrir caminhos que fazem mais sentido e que refletem melhor o que seria a Verdade, é libertadora no sentido de que ele pode, a qualquer momento, emancipar-se de uma concepção que para ele não faz mais sentido.

A própria ideia de progresso, inerente à modernidade⁶, surge a partir dessa perspectiva de otimismo epistemológico. Se perguntássemos a um indivíduo do Egito Antigo, ou da alta idade média, como seria o mundo depois de alguns séculos, sua resposta, provavelmente, envolveria quase todos os aspectos da sociedade em que já vivia. As suas condições de compreensão sobre a Verdade e sobre si mesmo estavam dadas.

É a partir da construção da racionalidade moderna que os indivíduos puderam se sentir livres para ter a pretensão de que através do conhecimento cada vez mais refinado, da lógica cada vez mais perfeita, dos instrumentos cada vez mais precisos, o homem seria capaz de desvendar os mistérios da existência que estavam inscritos nas leis da natureza, modificar o mundo e a si mesmo⁷.

⁶ Nesse sentido, Paz (1984. p. 34): “A época moderna - esse período que se inicia no século XVIII e que talvez chegue agora a seu ocaso - é a primeira época que exalta a mudança e a transforma em seu fundamento. Diferença, separação, heterogeneidade, pluralidade, novidade, evolução, desenvolvimento, revolução, história - todos esses nomes condensam-se em um: futuro. Não o passado nem a eternidade, não o tempo que é, mas o tempo que ainda não é que sempre está a ponto de ser.”

⁷ Harari (2015. p. 273) expressa de forma clara: “Até a Revolução Científica, a maioria das culturas humanas não acreditava em progresso. Elas pensavam que a Era de Ouro estava no passado e que o mundo estava estagnado, se não ruindo. [...] Quando a cultura moderna admitiu que havia muitas coisas importantes que ainda não sabíamos, e quando a admissão da ignorância se casou com a ideia de que as descobertas científicas poderiam nos dar novas capacidades, as pessoas começaram a suspeitar que o progresso real poderia ser possível, afinal.”

O homem passa a aspirar provar da árvore do conhecimento, chegar mais próximo de Deus (ou da Verdade) e da compreensão de sua obra. Não podemos esquecer que os primeiros defensores da racionalidade moderna guardavam, ainda, uma estreita relação com o divino⁸. A inteligência humana era, em si, uma qualidade dada por Deus que conhecia todas as coisas.⁹

Não acreditar no caráter divino da razão poderia ser um contrassenso no sentido de que não haveria razão para confiar que uma poeirinha que vive numa poeira suspensa no espaço¹⁰ pudesse conhecer as coisas como realmente são, se aquilo que chama de razão, não fosse uma propriedade divina, na forma como entendia, por exemplo, Santo Agostinho (1980).

Claro que essa lógica não era universal, mas pode se fazer notar em autores como Descartes (2005), que Deus ainda representava um grande ponto para estruturação da racionalidade, mesmo que pautada na ideia primeira da dúvida, principalmente para os metafísicos.

Nesse ponto, interessante observar que a *vitória* do empirismo lógico sobre o racionalismo, acabou por diminuir a importância de tais reflexões. Para o empirismo, o essencial é que tudo seja confirmado através da experiência. Tal ideia representa o que, hoje, considera-se como conhecimento científico. (POPPER, 2008)

⁸ Foucault (2013. p. 24) ao falar sobre a visão de Nietzsche do conhecimento: “O que assegurava ao conhecimento o poder de conhecer bem as coisas do mundo e de não ser indefinidamente erro, ilusão, arbitrariedade? O que garantia isto na filosofia ocidental, senão Deus? Deus, certamente, desde Descartes, para não ir mais além e ainda mesmo em Kant, é esse princípio que assegura haver uma harmonia entre o conhecimento e as coisas a conhecer. Para demonstrar que o conhecimento era um conhecimento fundado, em verdade, nas coisas do mundo, Descartes precisou afirmar a existência de Deus.”

⁹ Importante observar que as revoluções científicas do século XVII, por se darem num mundo no qual a religião ainda detinha um alcance muito grande, os próprios embates no campo religioso foram importantes para a possibilidade de desenvolvimento dessa nova perspectiva de mundo baseada na ideia de progresso, já que seria incondizente com a visão imposta pela Igreja durante a medievalidade: “No século XVII, só a Inglaterra passou por uma revolução política (a Holanda também, em virtude da libertação nacional); porém, esse século foi uma época de revolução científica em toda parte. No século anterior, ela já se fizera sentir no campo da astronomia; seguia-se agora uma transformação mais geral do pensamento científico, tacitamente inspirada pela ideia, estranha ao homem medieval, de que descobertas ilimitadas podiam ser feitas em todos os ramos do conhecimento e todos os aspectos da vida humana podiam ser indefinidamente melhorados. Isso não se casava bem com as convicções últimas e universais que a Igreja medieval pretendia oferecer; e a rejeição da autoridade papal, comum a todas as formas da religião reformada, foi uma importante condição para o desenvolvimento das bases da ciência moderna.” (KELLY, 2010. p. 270-271)

¹⁰ Parafraseando o famoso aforismo de Nietzsche (2001. p. 230): “A eterna ampulheta da existência será sempre virada outra vez – e tu com ela, poeirinha da poeira!”

O sucesso do empirismo lógico nas chamadas ciências duras, e a crença de que qualquer “avanço” obtido na produção de conhecimento representaria também a *confirmação* de um método legítimo para a apreensão das leis naturais¹¹, fez com que todas essas ideias metodológicas fossem transportadas para as ciências do espírito.

Como tentaremos mostrar no próximo tópico, quantificar a massa de um objeto para inferir seu descolamento através do espaço, não é a mesma coisa que tentar quantificar o comportamento humano, a moral, ou as estruturas jurídicas perfeitas e pretensamente decorrentes de leis naturais.

Essa ideia de que a Verdade pode ser apreendida é manifestada de diversas maneiras e adquire, a depender da perspectiva, diferentes consequências.

Para a maioria dos crentes nesse tipo de epistemologia, a apreensão da Verdade sobre determinado assunto só depende da leitura correta dos fenômenos apreendidos pelos sentidos e que refletem os fatos inscritos no tecido da existência que é, em sua essência, objetiva e confirmada pela *experiência*.¹²

O engano sempre viria de uma interpretação errônea, proposital ou não. O marxismo, por exemplo, é uma forma de racionalismo que vê a possibilidade de enxergar os acontecimentos históricos de maneira “científica” e, a partir daí, construir diagnósticos do presente e do passado, além de projeções para o futuro. (POPPER, 1974)

¹¹ Explica-se: como o empirismo lógico clássico ainda partia de uma visão pautada no *otimismo epistemológico*, ao se confirmarem os resultados que poderiam ser replicados, sedimentava-se, também, os métodos que propiciaram aqueles resultados, pois, da mesma forma, refletiam às leis eternas da natureza.

¹² Essa concepção, geralmente, também é permeada pela crença na indução como método. A ideia de que é possível estabelecer enunciados universais a partir dos singulares está intrinsecamente ligada ao empirismo e ao valor que essa corrente epistemológica confere à experiência como elemento validador do conhecimento. Como já explicitado, essa lógica também parte da ideia de Verdade e materialidade do mundo sensível que pode ser apreendido através dos sentidos. Nesse sentido, esclarece e problematiza Popper (1972. p. 28): “O problema da indução também pode ser apresentado como indagação acerca da validade ou verdade de enunciados universais que encontrem base na experiência, tais como as hipóteses e os sistemas teóricos das ciências empíricas. Muitas pessoas acreditam, com efeito, que a verdade desses enunciados universais é “*conhecida através da experiência*”; contudo, está claro que a descrição de uma experiência – de uma observação ou do resultado de um experimento – só pode ser um enunciado singular e não um enunciado universal. [...] Assim, indagar se há leis naturais sabidamente verdadeiras é apenas outra forma de indagar se as inferências indutivas se justificam logicamente.” A questão da indução é tão importante para o desenvolvimento da contemporânea visão sobre construção do conhecimento científico, que mereceu um tópico específico a ser desenvolvido mais adiante.

Popper vê essa perspectiva como decorrente da ideia de uma Verdade manifesta, que enxerga no processo de alienação, uma tentativa do capital ou da classe burguesa de distorcer a verdade material para beneficiar seus próprios interesse e mecanismos de dominação:

A teoria da conspiração é bastante conhecida, na forma marxista, como a conspiração da imprensa capitalista que perverte e suprime a verdade, inculcando falsas ideologias no espírito dos trabalhadores. Entre elas estão, obviamente, as doutrinas religiosas. É surpreendente a pouca originalidade da teoria marxista. O sacerdote malvado e fraudulento empenhado em perpetuar a ignorância do povo era uma figura típica do século XVII e, temo, constituir uma das aspirações do liberalismo, a qual remonta à crença protestante na ação conspiratória da Igreja de Roma e também à opinião dos dissidentes que tinham pontos de vista semelhantes em relação à Igreja estabelecida. (POPPER, 2008. p. 35)

Pode ser que no marxismo esse caráter conspiratório atinja seu nível mais elaborado, mas, em sua essência, podemos verificar a mesma fórmula adquirindo diversas facetas, todas, como já demonstrado, provenientes do otimismo epistemológico.

Tais concepções podem ser verificadas até mesmo na maneira como são formuladas as perguntas em relação a determinado objeto. Nas ciências jurídicas, tentar formular um conceito que determine o que é o Direito é uma tarefa que já atravessa séculos e que tem sua motivação de existir numa prática muito comum entre aqueles que acreditam que as coisas possuem algo como uma essência, e que, inclusive, estão em relação direta com a própria linguagem.

Acredita-se que os conceitos refletem uma pretensa essência das coisas e que as palavras são veículos dos conceitos. Isso supõe que a relação entre o significado das expressões linguísticas e a realidade consiste em uma conexão necessária que os homens não podem criar ou alterar, mas apenas reconhecer, detectando os aspectos essenciais da realidade que devem, inevitavelmente, estar armazenados em nossos conceitos. (NINO, 2010. p. 12)

Nessa visão, indagar-se sobre o que é o Direito, parece ser um bom caminho para reflexão que pode conduzir a um conceito que possa isolar tal elemento em sua essência, distinguindo-o do restante dos objetos do mundo inteligível. O conhecimento enciclopédico foi, primeiramente, estruturado dessa forma.

A visão menos ingênua e atualmente mais aceita entre aqueles que conservam sua capacidade de duvidar das próprias verdades, é que as palavras e as coisas não possuem necessária conexão:

Os filósofos analíticos supõem que a relação entre a linguagem – que é um sistema de símbolos – e a realidade foi estabelecida arbitrariamente pelos homens e, embora haja um acordo consuetudinário em denominar certas coisas como determinados símbolos, ninguém é obrigado, nem por razões lógicas, nem por fatores empíricos, a seguir os usos vigentes, podendo escolher qualquer símbolo para se referir a qualquer tipo de coisas e podendo criar as categorias de coisas que lhe forem convenientes. (NINO, 2010. p. 13)

A linguagem, nesses casos, é vista como uma ferramenta para comunicação, e que não necessariamente está atrelada a qualquer noção de verdade:

Como todos os termos que são definidos o são por meio de outros termos, é claro que o conhecimento humano deve sempre se contentar em aceitar alguns termos como inteligíveis sem definição, de maneira a ter um ponto de partida para suas definições. [...] Como as capacidades humanas são finitas, as definições conhecidas por nós sempre começam em certo ponto, com termos indefinidos no momento, embora talvez não permanentemente. (RUSSEL, 1974. p. 14)

O reconhecimento da finitude das capacidades humanas é uma ideia muito antiga, que pode ser encontrada até mesmo em doutrinas religiosas, como a do próprio Cristianismo¹³. Essa concepção se revela cada vez mais superior, permitindo a evolução de conceitos e até mesmo de concepções sobre o universo e a natureza humana que estimulam a capacidade criativa por melhores formas de compreensão da realidade, além de ser uma blindagem eficiente contra preconceitos arraigados por tradições irracionais.

Tais colocações podem parecer puramente filosóficas e distanciadas das questões práticas que desejamos enfrentar, mas revelam-se valiosas ao constatarmos que certas contendas do mundo jurídico se organizam em torno de discussões que parecem ignorar esses aspectos da linguagem.

Muitas discussões doutrinárias se debruçam sobre a formulação de conceitos. Os debates a respeito do conceito de crime, de segurança jurídica ou do próprio Direito, parecem estar contaminados por pensadores que refletem aquela primeira visão a respeito da linguagem. Acusam-se os juristas de que seus pares possuem definições errôneas sobre termos e institutos, o que seria a causa dos desacordos doutrinários.

¹³ Podemos reconhecer tal ideia na colocação da doutrina cristã de que a sabedoria dos homens é loucura aos olhos de Deus. Os platônicos emulam a mesma lógica, porém tendo como referência a concepção de que a Verdade só pode ser atingida no mundo das ideias, rejeitando o mundo sensível como fonte legítima de conhecimento. Nesse sentido, Platão (2012).

Para os partidários de tal visão, as próprias divergências de interpretação jurídica são provenientes de desacordos puramente conceituais em relação ao uso de determinados termos. Uma vez unificados os conceitos, as divergências também desapareciam.¹⁴ (DWORKIN, 1999)

Parte dos estudos a respeito do conceito de Ordem Pública compartilham do mesmo pressuposto. É comum que a problemática gire em torno da tentativa de formulação de um conceito que possa representar melhor a Verdade jurídica por trás de tal instituto.

Essas posições, geralmente, principiam da ideia de que o problema é a subjetividade exagerada do conceito, e se algum doutrinador puder estruturar uma definição que seja aceita como a mais legítima e próxima à Verdade, restaria aos juízes sua aplicação.

Essa percepção é fruto da mesma ideia de Verdade manifesta já desenvolvida. De algum modo, esses indivíduos acreditam que a Verdade está sempre enevoadada por algum obstáculo que pode ser superado pelo uso de melhores instrumentos ou raciocínios.

A consequência disso é tratar a história do conhecimento humano como uma espécie de evolução gradual rumo ao que é verdadeiro. Substitui-se pensamentos que, teoricamente, são ultrapassados, dando lugar a outros que se adequariam melhor a ideia de verdade, o que faz com que novos dogmas surjam, novos paradigmas, novos métodos de validação e novas crenças que sempre retardam a capacidade criativa do desenvolvimento científico.

A história da Ciência não se fez através de um caminho linear de continuidade, mas de rupturas. Quando um certo paradigma é estabelecido em certo campo do conhecimento, grande parte do saber produzido passa a ser a emulação enfadonha dos mesmos princípios chegando às mesmas conclusões e esbarrando nos mesmos becos sem saída.

A própria Filosofia se prende a certas perguntas que talvez não façam mais tanto sentido. As grandes revoluções científicas que representaram ganhos significativos para a humanidade não se deram quando respostas foram finalmente

¹⁴ A esse respeito, esclarecedora a posição de Dworkin (2007)

dadas, quando, através de determinada dogmática, desvelou-se uma Verdade encoberta. A mudança real só veio a partir da mudança das perguntas.

O abandono de certos objetos, e até mesmo de certa linguagem utilizada para refletir sobre alguma problemática, constituem o elemento comum do avanço. Pensar contraindutivamente é, na maior parte das vezes, o único caminho para quebrar o ciclo vicioso de certos dogmas estabelecidos em determinada área do conhecimento dito científico (FEYERABEND, 2011).

A crença na ideia de uma verdade manifesta é a base para o surgimento de crenças fanáticas de autoritarismo (POPPER, 2008). Verdades estabelecidas de tal maneira, geram a conclusão de que aqueles que não as percebem são ignorantes, mal-intencionados, malignos e inimigos do próprio bem.

É importante observar que a racionalidade e a crença no poder do indivíduo de, por si só, buscar o conhecimento mais apropriado, é um avanço significativo para humanidade e que não pode ser perdido.

O relativismo puro é uma saída simples que não contempla aspectos da realidade objetiva necessários à vida prática. Frequentemente possui uma compreensão a respeito do que representa a busca pela Verdade dentro do conhecimento científico e da modernidade. Claro que boa parte das confusões em torno da problemática partem da própria comunidade científica.

Aquilo que está na base da modernidade não é a obsessão pela Verdade, mas pela dúvida. É a dúvida que deve ser o elemento fundante de qualquer teoria do conhecimento que se pretenda digna.

É incrível como esse aspecto basilar da obra de Descartes (2001) é frequentemente abandonado para dar lugar a conclusões rasas que o colocam como um sujeito quase que ingênuo que percebia a realidade de uma maneira objetiva.

Sim, é verdade que Descartes via no intelecto humano uma estrutura capaz de se direcionar rumo à Verdade que ainda era muito atrelada a ideia da existência como a grande obra de Deus. Porém, o que o destaca como pensador, pois essa ideia em si não é exatamente nova, é a questão da dúvida.

“*Cogito, ergo sum*”, sua máxima mais conhecida, surge diante de um exercício em que aquele que se propõe a pensar sobre qualquer coisa, deve duvidar de absolutamente todas as ideias que traz consigo, até as mais básicas, incluindo sua própria existência ou a própria benevolência divina, perguntando-se se Deus pode ser

um ser que engana sua criatura e a envolve num jogo em que oculta a verdadeira realidade (DESCARTES, 2005).

As *meditações metafísicas* propostas por Descartes visitam questões tão profundas e existenciais que primeiramente foram mandadas à teólogos para que pudessem criticá-las.

A dúvida como ponto de partida para o conhecimento é um artifício absolutamente revolucionário e libertador. O indivíduo que pode pensar por si mesmo é livre. O individualismo e o Liberalismo político, em seu cerne, trazem a dúvida como elemento fundante, assim como trazem a busca pela Verdade através do intelecto como um outro ponto.

Essa tradição foi muitas vezes vilipendiada por filósofos dogmáticos e cientistas que mais se assemelhavam a fariseus formalistas do que a pensadores livres.

A ideia de um pensador livre deveria constituir, em si, uma espécie de pleonasma. Não é possível pensar sem liberdade. Pensar é necessariamente um ato crítico, criativo, e que só deve ser guiado pela coragem de colocar em dúvida, assim como Descartes fez, os aspectos mais básicos de nossas compreensões.

Essas colocações servem, inclusive, para que possamos abandonar até certos problemas que chegaram a impasses dos quais já não muito se aproveita. O Direito se encontra nesse estágio.

Muito já se refletiu, por exemplo, sobre as relações entre Direito e Política. O comprometimento do Direito Liberal com a ideia de igualdade formal, direitos individuais e segurança jurídica, foi transformado na ideia de que as influências políticas e morais dentro do Direito seriam perniciosas. Tal conclusão provém, de certa maneira, da ideia de verdade manifesta.

Com o “sucesso” do empirismo lógico como procedimento de avanço das ciências naturais, os crentes numa Verdade previamente existente, inscrita nas leis da natureza, entenderam, partindo do pressuposto de que a realidade se organiza de maneira lógica, e, portanto, coerente com princípios e leis gerais, que o mesmo método deveria ser transportado para todas as áreas no conhecimento.

Daí provém a ideia da estruturação de um Direito que tenha bases empíricas, pautado na simples observação e conclusões retiradas de um objeto palpável. O positivismo jurídico tem sua base dessa ideia.

Kelsen (2011) ainda conserva em sua teoria pura do Direito um elemento que possui algo de transcendental e metafísico representado pela ideia de uma norma fundamental hipotética. Outros autores, como Ross (2007), identificando-se como “realistas”, almejam extirpar qualquer metafísica do conhecimento jurídico.

É por isso, por exemplo, que existe uma incompreensão em boa parte da comunidade acadêmica, que enxerga nos positivistas pessoas que defendem o Direito como algo objetivo em toda a sua amplitude.

Porém, na verdade, por conta de seu entendimento a respeito da necessidade de produção de conhecimento jurídico válido apenas a partir de objetos empiricamente identificáveis, os positivistas tendem a defender o uso da discricionariedade em todos os casos que não possam ser objetivamente dirimidos através do Direito positivo. Nesse sentido, estão bem mais próximos de uma visão cética a respeito do Direito, pois não acreditam na possibilidade de que algo de científico possa sair do uso da interpretação.¹⁵

Daí também se pode retirar uma lição para a Ciência como um todo. A construção de conhecimento nunca pode ser baseada unicamente de fatos absolutos e verificáveis pela experiência (KANT, 2013). Quando se defende a construção de conhecimento e de Verdades desse tipo, mascara-se o poder discricionário e criativo presente na produção de qualquer saber.

Frequentemente, decisões jurídicas ou posições científicas parciais são apresentadas sob o verniz da tecnicidade e da pureza científica, impedindo sua contestação.

A Ciência a ideia de verdade precisa recuperar seu poder criativo em seus aspectos mais básicos. Alguns críticos a esse tipo de posição podem dizer que são poucos os cientistas e filósofos que defendem a ideia de Verdade manifesta, do conhecimento absoluto sobre algo.

O que se defende é que essa mesma ideia permanece mais viva do que nunca quando se fala do que realmente constitui o cerne daquilo que é defendido como Ciência: o método.

¹⁵ A obra de Dworkin (2005) é especialmente esclarecedora nesse sentido. O autor dedica grande parte de seu trabalho para combater o uso da discricionariedade em *sentido forte* defendida por positivistas como Hart.

Se já não é bem vista a ideia de defender verdades objetivas na Ciência, o dogmatismo metodológico ainda é uma realidade inegável. A forma passou a importar muito mais do que o conteúdo. De certa maneira, é isso que importa, pois uma metodologia faz muito mais do que controlar a qualidade, ela condiciona os próprios resultados.

Portanto, a discussão sobre verdades não pode deixar de passar pela questão do método. Se, na modernidade, a Ciência consolidou-se como o caminho para a produção de conhecimento válido, e, partindo do pressuposto de que Ciência é caracterizada pela preocupação com o método, a partir desse momento abordaremos a questão da ideia de verdade moderna através da Ciência e de suas aspirações de universalismo (outra característica da Verdade manifesta) procedimental.

2.1 VERDADE CIENTÍFICA E MÉTODO

A história da Ciência é a história das revoluções de seus métodos. Existe uma concepção, pode-se dizer até dominante, de que os procedimentos metodológicos aceitos como científicos fazem parte de uma longa história de evolução e aprimoramento que tem a ver com a melhor adequação do conhecimento à realidade. Essa também é uma concepção que ainda vê a Ciência moderna como um instrumento que deve estar em busca da verdade, ou pelo menos de chegar o mais próximo possível do que seria a realidade em si: a essência de seus objetos.

A tradição moderna de racionalidade pode ser percebida tanto em visões ingênuas sobre a existência e sua finitude objetiva, mas também em teorias altamente complexas (como o idealismo hegeliano, que, segundo Popper (1974) possui origens no essencialismo aristotélico), que se a priori não pretendem traçar um conceito de verdade proveniente de suas conclusões, defendem a maior correção de seus métodos em relação aos passados não porque são necessariamente mais eficazes, mas porque, do ponto de vista ontológico, estão mais próximos daquilo que seria a forma *correta* de se produzir conhecimento a respeito de uma realidade que já está posta e que contém suas próprias leis, que apenas esperam para serem descobertas pelo progresso científico.

Tais leis, para aqueles que acreditam numa espécie de Verdade manifesta, organizam-se em torno de uma realidade que é previsível, finita e ordenada. Essa ordem que regeria a existência em suas mais diversas instâncias pode ser percebida através de leis que são universais, e que, portanto, devem ser descobertas por métodos que são igualmente universais.

Ainda hoje, quando se fala em desenvolvimento científico, o imaginário coletivo parece nos conduzir ao progresso de ferramentas que se organizam em unidade. Até mesmo discussões sobre o fomento da Ciência por parte dos governos, parecem esquecer que há muito os Estados pararam de investir em algo tão abstrato quanto “conhecimento científico”.

Hoje, a Ciência não é fomentada através da ideia geral de progresso científico. Os Estados e pessoas interessadas no desenvolvimento de alguma área do conhecimento, tendem a financiar projetos específicos (FEYERABEND, 2008).

A ideia de que todo o conhecimento pode, de alguma forma, estar conectado e ser desenvolvido através de métodos universais parte de uma visão que subestima a complexidade da existência.

A discussão a respeito do método parte de uma reflexão não tão complexa de ser colocada: “os eventos, os procedimentos e os resultados que constituem as ciências não têm uma estrutura em comum; não há elementos que ocorram em toda investigação científica e estejam ausentes em outros lugares.” (FEYERABEND, 2008. p. 19)

Essa foi uma visão que impactou e impacta de maneira significativa o desenvolvimento das ciências sociais. As ideias de universalidade e de leis gerais para produção de conhecimento fizeram com que as ciências chamadas duras ditassem as regras para produção do conhecimento, fazendo com que as ciências do espírito tivessem que se adequar aos seus procedimentos.

Na maior parte das vezes, tal transferência gerou embaraços que persistem e que fizeram com que aqueles que se dedicaram ao estudo das ciências do espírito passassem menos tempo discutindo e criando conhecimento em si, e mais preocupados em responder perguntas sobre a própria “seriedade” de seus campos de estudo.

O que existe por trás famosa pergunta “Direito é Ciência?” A própria indagação reflete pretensões de filósofos do Direito como Kelsen (2011)

A História dá muitos exemplos sobre essa influência. A teoria da relatividade Einstein moldou, em parte, o pensamento filosófico ao longo do século XX. Pensariam os indivíduos que se o espaço e tempo são relativos, que dizer dos costumes humanos e da percepção sobre a própria existência. Podemos falar ainda de outras amostras históricas mais concretas dessa influência.

Em 1907, a monarquia czarista russa conseguiu reprimir a revolução de 1905, levante popular motivado tanto pelo desastre na Guerra Russo-Japonesa quanto pelos eventos do famoso Domingo Sangrento.

No final do século XIX, Joseph Thomson descobriu que existiam partículas que habitavam o interior do átomo. Essa descoberta iniciou uma série de discussões a respeito do que era a matéria, do que realmente se poderia dizer do que era feita, além de redimensionar a própria noção de unidade de objeto para a Ciência.

Após os eventos ocorridos entre 1905 e 1907 na Rússia, filósofos da contrarrevolução de corrente idealista tentaram combater a ascensão do materialismo dialético utilizando como argumento-base a ideia de que as mais recentes descobertas das ciências da natureza tornavam o conceito de matéria algo obsoleto (LENIN, 1982), e, portanto, a construção filosófica baseada no materialismo estava em desacordo com os postulados científicos incontestáveis do momento.

Para os novos idealistas, o próprio conceito de matéria havia desaparecido, o que tornava ilógico uma ciência baseada na realidade objetiva do mundo material.

Destaque-se que o materialismo depende do mesmo tipo de crença numa espécie de verdade manifesta, pois enxerga nos processos históricos e na luta de classes, elementos que podem conferir um caráter lógico aos acontecimentos sociais, o que à época parecia o tornar vulnerável a ataques do tipo.

O pensamento humano é, pela sua natureza, capaz de nos dar, e dá, a verdade absoluta, que se compõe da soma de verdades relativas. Cada degrau no desenvolvimento da ciência acrescenta novos grãos a esta soma de verdade absoluta, mas os limites da verdade de cada tese científica são relativos, sendo ora alargados ora restringidos à medida que cresce o conhecimento. (LÊNIN, 1982. p. 101)

Diante de tais ataques, em 1909, Lênin publicou *Materialismo e empiriocriticismo*, uma tentativa de refutar tais ideias, que não ficou apenas na velha discussão entre hegelianos de esquerda e de direita. Lênin chegou a fazer reflexões sobre as próprias descobertas a respeito do átomo e o que elas representavam para a concepção materialista:

O elétron é tão *inesgotável* como o átomo, a natureza é infinita, mas ela *existe* infinitamente, e este reconhecimento, o único categórico, o único incondicional, da sua *existência* fora da consciência e da sensação do homem, é que distingue o materialismo dialético do agnosticismo relativista e do idealismo. (LÊNIN, 1982. p. 199)

Para os materialistas, e para seus detratores idealistas, o que estava acontecendo na física dizia não só a respeito de propriedades físicas da matéria, mas representavam consequências no campo da Filosofia ao impactar na ideia que se poderia ter ou não de uma realidade *objetiva*:

A essência da crise da física contemporânea consiste na destruição das velhas leis e princípios fundamentais, na rejeição da realidade objetiva fora da consciência, isto é, na substituição do materialismo pelo idealismo e pelo agnosticismo. (LÊNIN, 1982. p. 195-196)

Se os materialistas foram bem-sucedidos ou não em sua empreitada para descredibilizar tais argumentos utilizados contra sua Filosofia, não interessa. Aqui, o importante é observar que uma “descoberta” no campo da física teve o poder de levar argumentos para um velho embate filosófico que teve que formular respostas para se defender como conhecimento possível.

Interessante observar que a Ciência, a partir de sua pretensão ontológica, representou até mesmo uma guinada na forma como a espiritualidade do homem moderno passou a ser construída.

A Filosofia em suas mais diversas formas, durante grande parte da história, foi o instrumento responsável pela produção de conhecimento relacionado à maneira como os indivíduos compreendiam seu lugar na existência.

Durante a modernidade, correntes como o positivismo ou o historicismo, através da física, ciências da história, biologia, psicologia, entre outras áreas, arquitetaram compreensões de mundo e impactaram na percepção do homem sobre si mesmo, pela primeira vez, sem a mediação do conhecimento filosófico. (HABERMAS, 2002).

Se, antes, a humanidade depositava seus esforços em conhecimentos filosóficos para a compreensão sobre o tempo ou a origem da existência, a razão moderna transporta esse papel para as teorias da Física. Se, antes, o ramo das sensações era explicado através de trabalhos filosóficos sobre o amor, por exemplo, na modernidade, os sentimentos podem ser explicados através de uma cascata de reações neuroquímicas que desencadeiam comportamentos específicos.

Foi justamente a crítica à Ciência e seus postulados epistemológicos que devolveram à Filosofia seu papel de conhecimento capaz de produzir concepções sobre a realidade (HABERMAS, 2002). Apesar de, ao longo da modernidade, ter se mostrado o instrumento com maior capacidade de produzir conhecimento apto a manipular os fenômenos relacionados aos objetos sobre os quais se debruça, sobre si mesma, a Ciência tem a dizer muito pouco. Parece se bastar, pretender-se a-histórica e autorreferenciada:

[...] a ciência não controla sua natureza própria na sociedade. Mais profundamente: a ciência não controla sua própria estrutura de pensamento. O conhecimento científico é um conhecimento que não se conhece. Essa ciência, que desenvolveu metodologias tão surpreendentes e hábeis para apreender todos os objetos a ela externos, não dispõe de nenhum método para se conhecer e se pensar. (MORIN, 2005)

A pergunta “Direito é Ciência” ainda chega carregada de uma incompreensão absurda a respeito de como realmente funciona e é produzido o conhecimento científico nessas áreas ditas “exatas”.

Parte-se do ingênuo pressuposto que os “fatos” “descobertos” por essas áreas do conhecimento são verificáveis a tal ponto que devem servir de base para guiar todo aquele que se debruça sobre determinado objeto, e, metodologicamente, guiar aquele que deseja produzir mais conhecimento nessa mesma área.

Nem as chamadas ciências duras se fazem de fatos incontestáveis:

A história da ciência, afinal de contas, não consiste simplesmente em fatos e conclusões extraídas de fatos. Também contém ideias, interpretações conflitantes, erros e assim por diante. Em uma análise mais detalhada, até mesmo descobrimos que a ciência não conhece, de modo algum, “fatos nus”, pois os fatos de que tomamos conhecimento já são vistos sob certo ângulo, sendo, em consequência, essencialmente ideativos. (FEYERABEND, 2011)

“Como contestar a existência da gravidade?” podem perguntar alguns. Esses indivíduos falham em perceber que não estão falando de conhecimento, mas apenas da descrição dos fenômenos sensíveis. A compreensão sobre o que seja o fenômeno da gravidade, por exemplo, muda drasticamente se temos como base a física newtoniana ou teoria da relatividade geral de Einstein.

Essa percepção tem impacto sobre a comunidade científica como um todo. A academia está lotada de pesquisadores dogmáticos, que esqueceram de aplicar o exercício da dúvida na própria ciência.

A educação científica, tal como hoje a conhecemos, tem precisamente esse objetivo. Simplifica a ciência, simplificando seus elementos: antes de tudo, define-se um campo de pesquisa; esse campo é desligado do resto da História (a Física, por exemplo, é separada da Metafísica e da Teologia) e recebe uma “lógica” própria. (FEYERABEND, 2011)

O fragmento acima expõe ainda uma outra fragilidade fruto dessa série de crenças: cientistas, e mais grave ainda, cientistas sociais, que veem a questão epistemológica como propedêutica de menor importância; como discussões abstratas e sem reflexos reais para suas pesquisas.

É impossível, frise-se, impossível, qualquer pesquisa jurídica minimamente relevante, que não contenha em si preocupações epistemológicas acerca de seu objeto.

Cada “especialista” vê a lógica de seu campo como o bastante, renegando uma compreensão holística a respeito da realidade do Direito e seu impacto prático na resolução de problemas em suas respectivas áreas de estudo.

Dessa mesma deseducação, surge a tão feita pergunta aos pesquisadores do Direito: “qual o impacto prático dessa reflexão?”. Essa miopia que beira a cegueira, falha em perceber o óbvio: que as divergências que dão origem aos problemas práticos do Direito não são empíricas, mas teóricas. Ainda mais longe, falham em perceber que o empirismo lógico não é uma tese empírica.

O Direito não é um objeto que se pode pegar com as mãos. Não se pode medir o Direito, pesá-lo, calcular seu volume, sua massa, não se pode expô-lo à combustão. O Direito é uma série de convenções metafísicas compartilhadas por muitos. Só assim pode existir como coisa no mundo. Mudam-se as ideias, também muda o Direito.

Não se pode alterar com a força do pensamento a trajetória de um objeto a se deslocar no espaço físico, mas com a mudança do pensamento pode-se alterar o Direito por completo, cambiar seu caminho, seu conteúdo e até mesmo extingui-lo. É preciso ter a mesma sensibilidade de Aureliano Buendía que “não entendia como se chegava ao extremo de fazer uma guerra por coisas que não se podiam tocar com as mãos”. (MARQUEZ, 2010).

Com isso não se está a advogar a favor do relativismo completo. A conhecida máxima de Montesquieu ainda é forte: “Dizer que não há nada de justo ou de injusto além daquilo que as leis positivas ordenam ou proíbem é dizer que antes de se traçar o círculo todos os raios não são iguais.” (MONTESQUIEU, 1996)

A questão da possibilidade de Verdade é uma das principais perguntas que qualquer filósofo pode se debruçar:

Existe no mundo algum conhecimento tão certo que nenhum homem razoável possa dele duvidar? Esta questão, que à primeira vista poderia não parecer difícil, é, na realidade, uma das mais difíceis que podemos fazer. Quando tivermos compreendido os obstáculos na direção de uma resposta clara e segura, estaremos bem encaminhados no estudo da filosofia – pois a filosofia é simplesmente a tentativa de responder a estas questões fundamentais, não de uma forma descuidada e dogmática, como fazemos na vida cotidiana e mesmo nas ciências, mas de uma maneira crítica, após examinar tudo o que torna estas questões intrincadas, e após compreender tudo o que há de vago e confuso no fundo de nossas ideias habituais. (RUSSELL, 1972. p. 5)

Porém, conforme já desenvolvido, para o presente trabalho, esse questionamento é apresentado através do debate acerca da possibilidade de universalização das ferramentas metodológicas, que também é algo proveniente do otimismo epistemológico que vê no mundo leis naturais que podem ser desveladas pouco a pouco pela razão. Assim que uma parte dessa Verdade é “descoberta”, alguns caminhos se revelam como os autênticos para a continuidade da busca, e assim se faria a evolução do conhecimento científico.

Porém, a história da Ciência é menos linear do que parece. As teorias e paradigmas dominantes que substituem os mais velhos não guardam necessária relação de continuidade. Quase sempre, a “evolução” rumo a teorias que se mostram mais apropriadas para a manipulação de fenômenos relacionados a determinado objeto se dá através de rupturas.

2.2 RUPTURAS METODOLÓGICAS E RELATIVISMO

Kuhn (1998) foi um dos filósofos da Ciência que chamou atenção para o caráter revolucionário da Ciência e de seus métodos. Imediatamente após a publicação de *A estrutura das revoluções científicas*, teóricos como Popper e Shapere o adjetivaram de um termo que por muito tempo maculou aqueles que ousaram enfrentar a complexidade da história da Ciência sem o menor constrangimento: relativista.

A crítica nesses termos foi tão forte que, em edições posteriores, o autor adicionou um novo tópico à obra apenas para se defender de tais acusações.

Existem grandes problemas com o relativismo. O primeiro de todos é que ele é “simples”. Negar toda possibilidade de evolução do conhecimento ao partir da

premissa de que nenhum processo epistemológico passa do resultado de uma série de imposições políticas e morais provenientes de um certo momento histórico não nos permite diferenciar a teoria da relatividade de Einstein de qualquer assumpção baseada em senso comum sobre a realidade.

Hawking (1994) conta uma história que ilustra bem o que essa reflexão:

Um conhecido homem de ciência (segundo as más línguas, Bertrand Russel) deu uma vez uma conferência sobre astronomia. Descreveu como a Terra orbita em volta do Sol e como o Sol, por sua vez, orbita em redor do centro de um vasto conjunto de estrelas que constitui a nossa galáxia (1). No fim da conferência, uma velhinha, no fundo da sala, levantou-se e disse: "O que o senhor nos disse é um disparate. O mundo não passa de um prato achatado equilibrado nas costas de uma tartaruga gigante." O cientista sorriu com ar superior e retorquiu com outra pergunta: "E onde se apoia a tartaruga?" A velhinha então exclamou: "Você é um jovem muito inteligente, mas são tudo tartarugas por aí abaixo!" (HAWKING, 1994)

Se abraçássemos um relativismo sem limites, o que diferenciaria o conhecimento de Russel da visão da velhinha que o confrontou durante sua palestra? Colocar todos os conhecimentos numa vala comum pode nos levar a esse exato tipo de comparação ridícula, e não nos permitiria reconhecer a clara evolução presente na história do conhecimento.

A saída relativista para a fundamentação da razão humana é simples porque desiste daquilo que é o verdadeiro desafio da Filosofia: a fundamentação das bases da racionalidade humana. Aos moldes de Habermas (2002), a modernidade deve ser encarada como um processo em construção, e não como algo a ser totalmente rechaçado em prol do absoluto nada.

O problema com a ideia de evolução científica surge apenas quando esse progresso é concebido como algo ontológico.

Em geral uma teoria científica é considerada superior a suas predecessoras não apenas porque é um instrumento mais adequado para descobrir e resolver quebra-cabeças, mas também porque, de algum modo, apresenta uma visão mais exata do que é realmente a natureza. Ouvimos frequentemente dizer que teorias sucessivas se desenvolvem sempre mais perto da verdade ou se aproximam mais e mais desta. Aparentemente generalizações desse tipo referem-se não às soluções de quebra-cabeças, ou predições concretas derivadas de uma teoria, mas antes à sua ontologia, isto é, ao ajuste entre as entidades com as quais a teoria povoa a natureza e o que "está realmente aí". (KUHN, 1998. p. 253)

Se o relativismo possui seus problemas, a ideia de associar ciência a uma percepção de verdade, mesmo que apenas em relação à correção de seus procedimentos, traz os tantos problemas que serviram de alvo para os críticos mais

radicais à história da razão moderna. Tal visão engessa a evolução do conhecimento, que passa a ter em seus métodos não apenas um controle de qualidade sobre o que é produzido, mas ferramentas condicionantes dos próprios resultados, daí a percepção de que as maiores revoluções científicas foram também revoluções metodológicas.

Abraçar esse ponto de vista não quer dizer dar um passo em direção a visões que pretendem retirar do conhecimento qualquer possibilidade de evolução:

Não tenho dúvidas, por exemplo, de que a Mecânica de Newton aperfeiçoou a de Aristóteles e de que a Mecânica de Einstein aperfeiçoou a de Newton enquanto instrumento para a resolução de quebra-cabeças. Mas não percebo, nessa sucessão, uma direção coerente de desenvolvimento ontológico. Ao contrário: em alguns aspectos importantes, embora de maneira alguma em todos, a Teoria Geral da Relatividade de Einstein está mais próxima da teoria de Aristóteles do que qualquer uma das duas está da de Newton. (KUHN, 1998. p. 253)

Importante esclarecer esse ponto porque essas reflexões são recebidas com bastante desconfiança pela academia que vê nesses apontamentos um ataque direto ao valor da ciência enquanto método de produção de conhecimento. Tal preconceito impede que a ciência possua a dinamicidade e abrangência necessária para encarar suas próprias contradições e aperfeiçoar seus modelos de acordo com a evolução de nossa compreensão da realidade.

Refletir nesses moldes é necessário para que se possa trazer à Ciência aquilo que talvez seja seu principal motor: a criatividade. Essa pode parecer uma visão muito revolucionária, mas mesmo Weber (1970) já comparava a ciência ao processo artístico, fazendo questão de explicitar o grande papel da intuição e da inspiração no avanço das ideias racionais.

Não é raro que trabalhos científicos que remodelam a visão sobre algum campo, também inaugurem grandes reflexões metodológicas. A construção da teoria da relatividade de Einstein, por exemplo, foi base para muitas reflexões de caráter epistemológico. O físico é frequentemente citado em obras que pensam a Ciência de um ponto de vista crítico. Feyerabend (2011), filósofo defensor das revoluções metodológicas da Ciência, chega a citar trechos de escritos do próprio Einstein nesse sentido:

Escreve Einstein: "As condições externas que são colocadas para o cientista pelos fatos da experiência não lhe permitem deixar-se restringir em demasia, na construção de seu mundo conceitual, pelo apego a um sistema epistemológico. Portanto, ele deve afigurar-se ao epistemólogo sistemático

como um tipo de oportunista inescrupuloso [...]”. Um meio complexo, contendo desenvolvimentos surpreendentes e imprevistos, demanda procedimentos complexos e desafia uma análise baseada em regras que tenham sido estabelecidas de antemão e sem levar em consideração as condições sempre cambiantes da história.” (FEYERABEND, 2011. p. 33)

Para que o discurso do método sobreviva, ele precisa estar cada vez mais em consonância com as revoluções epistemológicas que muitas vezes nascem de novas formulações teóricas que inicialmente nem tinham a reflexão metodológica como alvo.

A metodologia de um trabalho científico deve estar em consonância com as formulações acerca do próprio objeto, servindo como demonstração dos caminhos racionais até determinada formulação teórica provisória que se mostrou mais eficaz em algum aspecto, e nunca como um elemento condicionante absoluto que engessa e impede o desenvolvimento da Ciência.

2.3 ALGUNS APONTAMENTOS A FAVOR DE UMA REFORMULAÇÃO DAS PRÁTICAS CIENTÍFICAS PAUTADAS NO EMPIRISMO LÓGICO

Grande parte dos problemas relacionados ao engessamento das ideias e métodos considerados científicos vem da contaminação de praticamente todas as áreas pelo empirismo lógico. Até os dias atuais, essa talvez seja a versão mais próxima da ideia geral do que significa ciência. O discurso científico seria um processo de descobertas canceladas em seu encadeamento lógico pela experiência, quase sempre dominada por uma abordagem indutiva.

Popper (1972) apresenta um ponto de vista interessante sobre os problemas postos pela Filosofia, antes de comentar a respeito de sua descrença no método indutivo como meio de justificação lógica de enunciados.

Quando um físico, por exemplo, se coloca diante de um problema, esse problema pode ser reconhecido como algo que existe, e esse pesquisador irá encontrar uma sólida estrutura prévia em que poderá se apoiar e encaixar suas contribuições. Para os problemas postos pela Filosofia, a coisa funciona de uma maneira diferente. Muitas das vezes, nem mesmo a existência daquele problema é reconhecida pelos interlocutores. A própria formulação da indagação, sua forma e

abordagem, já causam embaraços que muitas vezes inviabilizam todo o resto da discussão.

O Filósofo e os estudiosos das *ciências humanas* em geral podem sugerir problemas que antes não eram nem mesmo de conhecimento da comunidade de pesquisadores daquela área. Apesar de que, nas chamadas ciências duras, os objetos podem passar por verdadeiras revoluções quanto à percepção de sua natureza a depender da construção teórica em que seus fenômenos são colocados, existem *situações-problemas* muito bem delineadas, de forma que os resultados das experiências empíricas permitem um avanço mais perceptível no sentido de que sua validade pode ser medida pelo grau de *eficiência* que aquela teoria conseguiu imprimir à previsão e manipulação dos fenômenos relacionados àquele objeto.

Nesse sentido, se a teoria da relatividade de Einstein permite aos físicos calcular com mais precisão a rota de determinados astros, essa teoria será necessariamente considerada um avanço em relação à perspectiva newtoniana do tempo e do espaço. Porém, nesse ponto, podemos ir um pouco mais além: esse exemplo descrito não quer dizer que Newton estava errado, quer dizer que ele nunca se propôs a estar certo, nem a produzir conhecimentos últimos e universais sobre a essência de seu objeto. A teoria newtoniana ainda pode ser utilizada com extrema precisão para uma quantidade significativa de fenômenos físicos.

Nas ciências do espírito, essa clareza *evolutiva* dos enunciados é de muito mais difícil verificação porque seu apoio na experiência é ainda mais problemático do que nas chamadas ciências duras, em que a indução, apesar de ser um caminho que pode levar a enunciados com alto grau de *eficiência*, já apresenta problemas de ordem *lógica* em sua pretensão de universalização de enunciados singulares.

O problema da indução e sua relação com as ciências empíricas pode ser encarado sob a mesma ótica da discussão a respeito da validade ou verdade de enunciados universais que são provenientes da *experiência* (POPPER, 1972). No fundo, o que o método indutivo almeja, é apreender um enunciado que tenha pretensões universais a partir de premissas singulares, o que pode ser útil para uma gama extensa de procedimentos que baseiam seu sucesso ou fracasso na eficiência com que tal enunciado ajuda a manipular os fenômenos relacionados a determinado objeto.

Dessa maneira, pode ser que através do método indutivo possamos chegar a um conhecimento que nos permita prever, com alto índice de acerto, o movimento

de determinado corpo, ou o comportamento de determinada partícula, porém, não há razão *lógica* alguma na inferência a respeito da universalização de tal enunciado com base na premissa de que o mesmo foi confirmado pela experiência.

Utilizando um conhecido exemplo também posto por Popper (1972): não é porque a maioria dos cisnes são brancos que se pode concluir *logicamente* que todos os cisnes são brancos. Nesse sentido, um enunciado de tal tipo pode ajudar a prever determinados fenômenos a respeito da possível coloração dos cisnes, o que ajuda em sua manipulação, mas não se pode concluir uma inferência lógica entre enunciados particulares e uma máxima universal, mesmo à maneira kantiana.

Nas ciências sociais, tal ganho em eficiência da teoria não pode ser demonstrado tão facilmente, porque esse avanço na previsão e manipulação dos fenômenos relacionados a determinado objeto são, muitas vezes, revestidos de dificuldades quanto a sua verificação, em que mesmo os mais sólidos dados empiricamente coletados podem ser reinterpretados e dispostos dentro dos mais diversos arranjos teóricos.

Apesar de ser um grande filósofo da Ciência, Popper ainda é considerado por muitos como um “conservador” quando se trata da possibilidade de reformulação das bases da racionalidade moderna.

Nesse ponto, importante esclarecer algo que pode pesar contra a organização metodológica do presente trabalho: a unidade de pensamento dos autores até aqui utilizados.

É bem sabido que Popper, Feyerabend e Kuhn possuem muitos pontos de discordância, o que pode tornar contraditória uma linha argumentativa que aspire utilizá-los em conjunto. Porém, deve-se atentar para o fato de que as particularidades presentes em cada autor não têm o poder de apagar os pontos comuns entre as suas ideias:

Ora, os diversos trabalhos, em muitos pontos antagônicos, de Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend, entre outros, têm como traço comum a demonstração de que as teorias científicas, como *icebergs*, têm enorme parte imersa não científica, mas indispensável ao desenvolvimento da ciência. Aí se situa a zona cega da ciência que acredita ser a teoria reflexo do real. Não é próprio da cientificidade refletir o real, mas traduzi-lo em teorias mutáveis e refutáveis. (MORIN, 2005. p. 22)

As reflexões traçadas neste capítulo inicial têm o propósito de introduzir os problemas e a relevância da questão da Verdade, da produção de conhecimento válido, do discurso do método para o Direito e para o conhecimento científico em geral.

O que interessa à pesquisa são as perguntas das quais partem todos esses autores, pois todas as suas reflexões possuem preocupações comuns que são úteis ao presente trabalho.

2.4 A HISTÓRIA DA CRISE DO MODELO RACIONAL MODERNO – UMA “INTRODUÇÃO” AO CAPÍTULO II

A história da Filosofia é a história da busca pela compreensão da racionalidade humana. A modernidade e o Iluminismo trouxeram de volta uma perspectiva de compreensão da realidade baseada no sujeito, seja através do contato com suas próprias experiências, seja através das *inatas* estruturas metafísicas de sua consciência cartesiana.

As chamadas ciências duras, marcadas por grande empirismo, revolucionaram o mundo ao produzir ferramentas que tornaram a vida material do homem totalmente diferente daquela vivida em outros tempos. Tal revolução material também alterou a visão que o homem ocidental moderno tinha sobre si e sobre o mundo.

O discurso científico, com seus métodos e ramos do conhecimento, criou não só formas de conhecimentos práticos, mas verdadeiros entendimentos sobre a realidade e a vida. Na modernidade, correntes como o positivismo ou o historicismo, através da física, ciências da história, biologia, psicologia, entre outras áreas, arquitetam compreensões de mundo e impactam na percepção do homem sobre si mesmo, pela primeira vez, sem a mediação da Filosofia. (HABERMAS, 2002).

O discurso do método teve tanto êxito nessas ciências, que logo é transportado para todos os outros tipos de conhecimento. É nesse contexto que se dá o surgimento da sociologia, e de ideias pautadas numa razão objetiva, com suas bases fincadas numa espécie de ideia cartesiana de estruturas *inatas* e consequências percebidas desde o positivismo jurídico até as próprias tecnologias políticas utilizadas pelo aparato burocrático contemporâneo.

O direito político moderno, por exemplo, que desde Hobbes, tem sua face jusnaturalista substituída por uma visão prática, quando combinado ao cartesianismo, cientificou-se, tornando-se muitas vezes uma série de premissas técnicas para o exercício do poder (GOYARD-FABRE, 2002).

De certa forma, tal pretensão monopolizante da razão moderna, lança seu objetivismo cartesiano sob uma perspectiva que pretende não pertencer a nenhum movimento histórico específico, mas ser detentora de procedimentos universalizantes para produção de quaisquer conhecimentos, até mesmo sobre aspectos que antes foram pensados unicamente sob a ótica espiritual.

A relação de seu conhecimento com a Verdade, ou pelo menos com a verdade associada à correção e universalidade de seus procedimentos, seria um dos primeiros alvos de seus críticos, e para os mais *radicais*, como Nietzsche, o principal deles.

Se em Nietzsche essa crise atinge o seu ápice teórico mais radical, desde a fixação dos pressupostos estabelecidos pelos filósofos do esclarecimento, figuras com Hume, ainda que direcionando suas críticas à autores como Hobbes e Locke, denunciam que essas pretensões de universalidade e cientificidade, inclusive das premissas individualistas que moldam a visão constitucional, reduzem as estruturas jurídico-políticas a procedimentos meramente especulativos e fórmulas destituídas de substância. (GOYARD-FABRE, 2002).

Depois de toda a efervescência dos clássicos modernos, Hegel foi o primeiro a introduzir a ideia de que as formas de Filosofia são frutos de um momento histórico, e apesar de ainda ser um idealista, essa semente dá origem à hegelianos de esquerda como Marx, que se utilizam dos processos históricos, dessa vez pautado numa concepção materialista do conhecimento, para explicar não só as condições políticas, mas da própria consciência¹⁶.

Daí nasce um grande problema para a racionalidade moderna: em pouco tempo, essa tendência se voltará contra a própria razão, que retirada de seu pedestal a-histórico, é acusada de ela mesma fazer parte de estruturas de dominação e relações de poder. Essa razão aparentemente tão sólida, teria erigido a si mesma como ídolo, convertendo-se em uma nova forma de mistificação, desmascarada como *“subjetividade subjugadora e, ao mesmo tempo, subjugada, como vontade de dominação instrumental”* (HABERMAS, 2002).

¹⁶ Aqui valeria lembrar da célebre frase de Marx: *“Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência”* (MARX, 2008. p. 47). Mais esclarecedora ainda, aqui colocada como forma de ilustrarmos a presença dessa tendência apresentada pelo texto, é sua outra frase em *A ideologia alemã*: *“[...] a consciência já é um produto social e continuará sendo enquanto existirem homens.”* (ENGELS e MARX. 2007. p. 35)

Críticos ao Historicismo, como Popper¹⁷, estruturam suas teorias na tentativa de “salvar” as bases tanto da racionalidade moderna como de seus procedimentos de produção de conhecimento. A virulenta crítica à razão ocidental produziu um mar de incertezas cristalizadas sob um conceito igualmente nebuloso a respeito de suas estruturas, que é a pós-modernidade.

A crítica à ciência, que diversas vezes se confunde com a própria crítica à racionalidade moderna, devolve à Filosofia o lugar de instrumento de racionalização do mundo, voltando a ter competência para fazer um diagnóstico de época e das estruturas do conhecimento, através de autores como Husserl e Bachelard (HABERMAS, 2002), este último com grande influência sobre Foucault, que fará parte de nosso referencial teórico.

Perspectivas fundadas em críticas à razão à maneira da primeira geração da escola de Frankfurt, por exemplo, na maior parte das vezes, representam um grande problema para o Direito, pois consistem na sua própria negação. Ora, se até mesmo a razão ocidental é fruto de um processo histórico parcial e imbricado de relações de poder, as estruturas jurídicas podem ser vistas no máximo como uma nota de rodapé em reflexões sobre a História e a Filosofia.

Foucault, autor que já se utilizou das ferramentas jurídicas como meio para refletir sobre os instrumentos de produção de verdade e validação de conhecimento, está dentro dessa leva de autores que tem um discurso altamente crítico à ciência moderna.

É bem verdade que a obra de Foucault é extensa e perpassa por várias investigações em campos aparentemente diferentes, mas a realidade é que na evolução de seu pensamento podemos perceber uma evolução lógica que parte sempre das mesmas preocupações: a racionalidade moderna e seu caráter monológico, sua tendência à objetificação do próprio sujeito através da estrutura das ciências humanas, práticas que são notadas na *violência disciplinadora* presente em diversas instituições da modernidade, e que fazem parte de várias de suas obras mais conhecidas: a clínica, as instituições psiquiátricas, o sistema prisional, etc.

¹⁷ O autor dedica parte de sua obra, como em *A sociedade aberta e seus inimigos* (1974), para explicar as origens aristotélicas do hegelianismo e como essa filosofia desemboca nos problemas do historicismo, corrente que teria em Marx seu maior representante.

Nesses espaços, as ciências humanas escancaram as características dessa razão moderna que será alvo das reflexões do autor: uma razão regulamentadora, objetificante de tudo aquilo que toca, de caráter monológico (HABERMAS, 2002) e a serviço de uma estrutura que pretende separar de si tudo aquilo que estiver fora da funcionalidade do sistema em que está inserida.

Os ambientes físicos dessas instituições, identificados com a ideia do panóptico de Bentham, em que um sujeito é capaz de observar a todos sem ser visto, como objetos que podem ser descritos, manipulados, estudados, separados ou não de seu ideal racional, representam apenas a cristalização arquitetônica de um modelo de controle social sobre o qual o autor começa a teorizar em sua historiografia das instituições psiquiátricas e da clínica. (HABERMAS, 2002)

A partir do capítulo II, a pesquisa se destinará a esmiuçar os pormenores de como essa razão moderna, através da Ciência, coloniza certos instrumentos de produção de verdade e como o próprio conhecimento pode estar, em sua origem, envolto com a questão do poder.

Essa reflexão é especialmente importante para a Filosofia do Direito, que tem boa parte de sua literatura voltada para debates a respeito da relação entre as ferramentas jurídicas e as grandes estruturas políticas.

3. A ABORDAGEM GENEALÓGICA: OS CONCEITOS JURÍDICOS, SUA PRETENZA CIENTIFICIDADE/TECNICIDADE E SUAS RELAÇÕES COM AS ESTRUTURAS DE PODER

3.1 POR QUE PENSAR METODOLOGICAMENTE?

O primeiro capítulo foi importante no sentido de fazer uma crítica a pretensa *objetividade* e *universalidade* dos métodos trazidos pela tradição científica. Este segundo capítulo procura destituir a ciência de sua pretensão de *neutralidade* e *pureza* através de reflexões sobre o papel das relações de poder para a formação e validação do conhecimento.

O papel da crítica feita até aqui e que continuará a ser feita adiante, não é o de demonstrar que a questão do método não tem importância, e que se deve abandonar completamente qualquer pretensão metodológica. Na verdade, a pesquisa segue no sentido contrário: o objetivo é demonstrar a grande relevância que as reflexões epistemológicas têm para qualquer processo de produção de conhecimento, e que são muito mais complexas e condicionantes dos resultados do que os dogmáticos desejam admitir.

Os positivistas e dogmáticos, ao contrário do que se pode pensar, veem as questões metodológicas e epistemológicas como questões que operam em segundo plano¹⁸. Por conta da visão naturalista de que a experiência pode confirmar o conhecimento, veem em seus próprios procedimentos a expressão dessa Verdade objetiva que deve ser muito mais considerada por suas conclusões do que reflexões a respeito do caminho.

Algumas ressalvas ainda são necessárias: pensar metodologicamente ainda é uma necessidade. Nem mesmo Foucault, defensor da ideia de que não deve haver métodos universais para a produção de conhecimento válido, furtou-se à tarefa de pensar e estruturar – ainda que de maneira menos dogmática e mais aberta – metodologias que lhe fossem *úteis* ao seu objetivo.

¹⁸ Nesse sentido: “O positivista desaprova a ideia de que possam existir problemas significativos fora do campo da ciência empírica ‘positiva’ – problemas a serem enfrentados por meio de uma teoria filosófica genuína. O positivista não aprova a ideia de que deva existir uma teoria genuína do conhecimento, uma epistemologia ou metodologia. Ele inclina-se a ver, em todos os problemas ditos filosóficos, meros “pseudoproblemas” ou “charadas”. (POPPER, 1972. p. 53)

Autores críticos, como Popper (1972), ainda pensam metodologicamente, porém sem a pretensão ontológica de universalidade. Pensam metodologicamente porque lhes é útil estruturar metodologias que sirvam aos seus objetivos e que possam reorganizar problemas teóricos e práticos para conferir-lhes melhor manejo.

Método não deve ser uma ferramenta de controle de qualidade do conhecimento produzido, mas uma organização que confira ao pesquisador as ferramentas necessárias para repensar criativamente os problemas sobre os quais se debruça. O método deve ser, acima de tudo, útil.¹⁹

Assim operam as convenções que nos sustentam e permitem que os seres humanos possam compartilhar entre si elementos coadunadores capazes de possibilitar uma realidade comum. A linguagem, a cultura e o conhecimento seguem tal lógica.

3.2 OS INSTRUMENTOS DE PRODUÇÃO DE VERDADE – A BASE PARA A POSTERIOR CONSOLIDAÇÃO DE UM MÉTODO FOUCAULTIANO

Afora sua pretensão de refletir sobre o próprio objeto do presente trabalho, este segundo capítulo também tem o papel de apresentar as bases de uma estruturação metodológica que justifique o uso de um fenômeno prático das instituições do sistema de justiça para pensar questões que parecem tão distantes do cotidiano dos tribunais.

A genealogia e sua pretensão de demonstrar as relações entre o conhecimento e as dinâmicas de poder só pode ser posta depois de esclarecidas algumas reflexões sobre a visão do trabalho sobre o Direito, sobre a Ciência e sobre o conhecimento.

Ao final deste capítulo, algumas advertências metodológicas retiradas da própria obra de Foucault ao refletir sobre o Direito são colocadas na tentativa de

¹⁹ Esclarece Popper (1972. p. 57) antes de passar a fazer suas críticas ao empirismo dogmático: “Não se deve esperar verdades profundas da metodologia. Não obstante, em muitos casos, ela pode auxiliar-nos a ver mais claramente a situação lógica e mesmo a resolver alguns problemas de longo alcance, que até agora se revelaram insuscetíveis de tratamento. [...] O único motivo que tenho para propor meu critério de demarcação é o de ele ser proveitoso: com seu auxílio, muitas questões podem ser esclarecidas e explicadas.

demonstrar como se encaixa na presente reflexão o problema relacionado ao conceito de Ordem Pública aplicado como fundamento de prisões preventivas.

3.2.1 As raízes das ideias foucaultianas e os instrumentos de produção de verdade

Utilizar a genealogia como método é extremamente desafiador do ponto de vista científico porque Foucault, como bom crítico das epistemologias modernas, jamais pensou em estruturar procedimentos que pudessem ser replicados de maneira sistemática e homogênea. O autor é um daqueles que tecem graves críticas à Ciência e suas pretensões de validade universal e a-histórica.²⁰

Tal desconfiança é antes fruto de uma suspeita quanto ao próprio conhecimento concebido como algo que se busca ontologicamente, como estabelece a tradição da razão moderna, sempre contaminada por certo essencialismo aristotélico.

Em Foucault, a história da Ciência é ampliada para se transformar na própria história da racionalidade (HABERMAS, 2002). Ao expor as fragilidades do método científico e de suas aspirações universalizantes, o autor acaba fazendo o mesmo com a racionalidade moderna.

Essa característica deve ser ressaltada porque ao longo do trabalho, ora se dirige à construção da racionalidade moderna, ora se dirige mais especificamente ao discurso do método científico. Encarar a Ciência como um ponto de cristalização de todos os ideais da racionalidade ocidental moderna é essencial para compreensão das reflexões críticas a uma série de movimentos que reúnem de gregos clássicos a filósofos contemporâneos positivistas, iluministas, entusiastas do empirismo lógico e outras linhas teóricas que mostram certas semelhanças em suas bases.

Num de seus primeiros textos em que as ferramentas jurídicas são utilizadas diretamente sob o enfoque genealógico, Foucault opta por iniciá-lo a partir

²⁰ “Enquanto Heidegger e Derrida pretendiam dar continuidade ao programa Nietzscheano de crítica à razão pela via de uma destruição da metafísica, Foucault pretende prosseguir-lo por meio de uma historiografia que se apresenta como anti-ciência. Os dois lados neutralizam justamente as pretensões de validade levantadas por aqueles discursos científicos que eles examinaram ao reduzi-los a uma compreensão epocal do Ser ou a regras de formação dos discursos respectivamente.” (HABERMAS, 2002. p. 356)

do fragmento de um conhecido escrito de Nietzsche que traz à tona o problema da Verdade:

No desvio de algum rincão do universo inundado pelo fogo de inumeráveis sistemas solares, houve uma vez um planeta no qual os animais inteligentes inventaram o conhecimento. Este foi o minuto mais soberbo e mais mentiroso da história universal, mas foi apenas um minuto. Depois de alguns suspiros da natureza, o planeta congelou-se e os animais inteligentes tiveram de morrer. Esta é a fábula que se poderia inventar, sem com isso chegar a iluminar suficientemente o aspecto lamentável, frágil e fugidivo, o aspecto vão e arbitrário dessa exceção que constitui o intelecto humano no seio da natureza. Eternidades passaram sem que ele existisse; e se ele desaparecesse novamente, nada se teria passado; pois não há para tal intelecto 8 Comum 17 uma missão que ultrapasse o quadro de uma vida humana. Ao contrário, ele é humano e somente seu possuidor e criador o trata com tanta paixão, como se ele fosse o eixo em torno do qual girasse o mundo. Se pudéssemos entender a mosca, perceberíamos que ela navega no ar animada por essa mesma paixão e sentindo em si que voar é o centro do mundo. (NIETZSCHE, 2001.p. 1)

Esse texto é um ótimo sintetizador das críticas feitas à racionalidade moderna, já que até mesmo a questão da linguagem, que também é utilizada por Foucault ao longo de sua obra, é introduzida como elemento essencial para a compreensão do processo de formação de conhecimento e percepção da realidade, tudo isso muito antes da chamada virada linguística.

A força das palavras de Nietzsche, sua crítica aguda, sua posição radical, por vezes visceralmente direta, por vezes nebulosa, dá vazão a uma série de pensadores que não mais olham para o problema da fundamentação da racionalidade como algo a ser pensado como um problema simplesmente teórico e quase espiritual.

As acusações de desfaçatez e soberba da própria Filosofia, assim como o aprisionamento do homem num ciclo vicioso que se repete desde o embrião da sociedade ocidental, permitem o surgimento de uma desconfiança a respeito de uma possível lógica de dominação imbricada na própria metafísica.

Foucault é um desses pensadores. Se Nietzsche frequentemente prega contra uma moral dos fracos²¹ e contra verdades úteis para mais nada além de unir os rebanhos; se ele denuncia a decadência do homem ocidental que se vê subjugado por muletas metafísicas que o impedem de buscar a força e a autenticidade necessárias para superar o sofrimento e a condição da existência, Foucault parte

²¹ Nesse sentido, ver Nietzsche (1998), em que o autor faz uma crítica aguda a respeito da origem dos sentimentos morais do Ocidente. Tal escrito une reflexões a respeito da verdade, do cristianismo e até da própria Filosofia.

dessa reflexão sobre dominação através de conteúdos mais práticos: a relação direta entre a constituição das ciências do espírito e as práticas de dominação cristalizadas sob as formas das instituições de controle e vigília como as prisões, as instituições psiquiátricas, etc.

Toda essa perspectiva surge da desconfiança quanto a origem *moral* do conhecimento. Se antes o conhecimento era visto como uma busca pela Verdade, pela essência das coisas, ou mesmo pela busca de certa revelação mística, em Nietzsche, ele se transforma sempre no desdobramento de algum argumento que, em sua base, é moral.

Pouco a pouco se tornou evidente para mim o que foi toda grande filosofia até agora: a saber, a confissão pessoal de seu autor e uma espécie de *mémoires* involuntárias e inadvertidas; também se tornou evidente que os propósitos morais (ou imorais) de toda filosofia constituíram o autêntico broto vital a partir do qual sempre cresceu a planta inteira. De fato, para explicar o modo como verdadeiramente surgiram as mais remotas asserções metafísicas de um filósofo, age-se bem (e com prudência) ao perguntar sempre em primeiro lugar: de que moral partem (*ele parte*)? Eu não acredito, por conseguinte, que um “impulso ao conhecimento” seja o pai da filosofia, mas que um outro impulso, aqui como em outros casos, serviu-se do conhecimento (e do desconhecimento!) apenas como de um instrumento. (NIETZSCHE, 2017. p. 26)

A partir do fragmento acima, podemos notar que as raízes de todas essas discussões propostas e desenvolvidas por Foucault já se encontravam totalmente postas por Nietzsche: a ideia do conhecimento como um simples *instrumento* e de uma epistemologia que não pode se separar dos conteúdos morais e da vontade de poder.

Se filósofo do martelo ensina a desconfiar do erudito e de seus interesses, que frequentemente estão em lugares completamente diferentes daqueles nos quais se encontram suas reflexões (NIETZSCHE, 2017. p. 27), Foucault ensina a perceber, no conhecimento, a possibilidade da existência de instrumentos de dominação que podem sustentar uma rede de poder que não precisa necessariamente estar centralizada, constituída de uma *rede* com diversas relações que possibilitam a dominação através da construção de sujeitos, objetos e verdades.

Nesse sentido, conceitos como o de loucura, por exemplo, podem ser moldados em relação ao seu antípoda, a razão, como forma de dominação de uma certa racionalidade sobre outros meios de percepção da realidade que não são úteis (ou mesmo hostis) ao discurso dominante: “Foucault vê os monumentos da vitória da razão regulamentadora. Esta submete não apenas a loucura, mas também as

necessidades naturais do organismo individual e o corpo social de uma população inteira.” (HABERMAS, 2002)

A *razão controladora* será percebida nos mais diversos aspectos da vida humana e através de sua ligação com as ciências humanas possui uma característica que a ajuda a ser mais eficiente do que outros instrumentos: será protegida pela figura do cientista, daquele que observa e transforma em simples objetos todos os alvos de sua magnânima capacidade de conhecer e projetar como se estivesse no centro de um panóptico.

Os argumentos para prender, isolar, vigiar, punir e controlar não são simplesmente políticos ou morais, agora tomam a forma de conhecimentos erigidos por aqueles que gozam de uma posição “técnica”. Podem dizer, de maneira “científica”, o que é loucura e o que é razão, o que é moral e imoral, o que é conhecimento e o que é senso comum, que comportamentos sociais são “saudáveis” e quais devem ser reprimidos para o bem de todos.

Como lutar contra aquilo que se coloca como a própria Verdade? Como Ciência fria e pragmática produzida através de estruturas universalizantes que podem delimitar os caminhos válidos da discussão? O cientista social, no centro de seu panóptico, passa a observar, descrever e prescrever; vê e não é visto em suas próprias origens, que, a despeito de suas pretensões, não são a-históricas ou amorais.

Todas essas formas de dominação nascem sob o verniz de esclarecimento científico e evolução, mas também apresentam a possibilidade de um refinamento da capacidade de controle: ao louco pode ser oferecido tratamento, mas, também, a partir da mesma lógica, pode-se recolher e vigiar aqueles que simplesmente são indesejáveis para a estrutura do sistema, por exemplo.

O estudo do sistema carcerário, parte importante e conhecida da obra de Foucault, também mostra algo no sentido dessa dupla lógica. A ideia de reforma do sistema de punições advém do utilitarismo de Bentham (1979), que tem suas raízes numa espécie de hedonismo racional: busca-se sempre infringir ao condenado o mínimo de dor possível para que se atinja uma punição suficiente.

Através da racionalização do sistema de punições, o Estado poderia se livrar de determinados riscos quanto ao processo que ao longo da história mostrou-se, por diversas vezes, caótico e dispendioso (FOUCAULT, 1987). O controle racional da pena, em sua origem, possui uma intenção *humanitária*, mas em seu

desdobramento legitimou, sob o pretexto da técnica e da Ciência, uma forma mais refinada de controle baseada nessa nova forma de razão controladora.²²

O problema não é a intenção humanitária, mas a barreira anticrítica que se forma quando determinados comportamentos que são políticos e morais são vistos como julgamentos técnicos e provenientes de conhecimentos racionalmente – com pretensões de neutralidade - produzidos.

A antropologia criminal de Lombroso (2013) é um bom exemplo do relatado. A ideia de analisar as dinâmicas criminológicas não apenas através de institutos advindos da racionalidade, mas de partir do sujeito para compreensão de suas relações, pretendia tornar o Direito Penal algo muito mais *concreto* e até mesmo humanizado: era importante conhecer as motivações que levavam o criminoso a praticar o delito. Tal pretensão, de certa forma, está na base do surgimento da criminologia como conhecimento organizado.

Porém, dessa motivação primeira, pôde-se dar vazão ao fortalecimento de inferências baseadas em conteúdo de caráter frenológico: os indivíduos eram classificados como criminosos natos através da verificação de determinadas características físicas.

[...] estudando a massa inteira desses infelizes, como o fiz nas casas de detenção, conclui-se que, ainda que não tenham sempre uma fisionomia rebarbativa e assustadora, têm eles uma particular e quase especial a cada forma de criminalidade.

Entre os violadores (quando não são cretinos), quase sempre os olhos são salientes, a fisionomia é delicada, os lábios e as pálpebras são volumosos. A maior parte é frágil, loura, raquítica e, às vezes, corcunda. Os pederastas distinguem-se, frequentemente, por uma elegância feminina, pelos cabelos longos e frisados e conservam, mesmo sob o uniforme das prisões, uma certa aparência feminina. A delicadeza da pele, o aspecto infantil, a abundância de cabelos – lisos e repartidos à moda das mulheres – são traços frequentes entre esses infelizes. O mesmo observamos também entre os incendiários, por exemplo no incendiário de Pesaro, apelidado *a mulher*, de que tinha, com efeito, o aspecto e as maneiras.

Os homicidas, os arrombadores, têm cabelos crespos, são deformados no crânio, têm possantes maxilares, zigomas enormes e frequentes tatuagens;

²² “O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente. [...] Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições.” (FOUCAULT, 1987. p. 20)

são cobertos de cicatrizes na cabeça e no tronco. (LOMBROSO, 2001. p. 247-248)

O autor segue em sua famosa obra enumerando características físicas particulares como cor da íris, formato do crânio, cabelo, orelhas, nariz, dentre outros, como forma de relacionar uma fisionomia específica à inclinação nata à criminalidade.

Essa ideia pode ser a base de legitimação de preconceitos e políticas públicas que desconsideram totalmente as dinâmicas sociais que fizeram com que aqueles indivíduos constituíssem maioria em situações delituosas.

Frequentando as cadeias brasileiras, Lombroso verificaria uma esmagadora maioria de pessoas negras e pardas, por exemplo, o que poderia levar a conclusões errôneas, e à estruturação de formas de dominação passíveis de serem colonizadas por discursos interessados em legitimar convicções perniciosas sobre raça, sob o verniz da constatação empírica e técnica da realidade.

Denunciar a pretensão ontológica das ferramentas científicas e chamar atenção para a forma como o conhecimento é realmente produzido é uma importante ferramenta de libertação até da própria Ciência, que pode passar a evoluir sem ingênuas ou má intencionadas pretensões de essencialismo baseadas na lógica (quase sempre ilusória) do *melhor argumento*.

Os discursos podem apresentar encadeamentos lógicos internos, mas a forma como se relacionam com os demais é frequentemente caótica, política, excludente e violenta.

A ideia de que o melhor argumento ou a melhor teoria prevalece diante de um embate com outros discursos só se sustenta sob a concepção, já discutida, de um otimismo epistemológico baseado na crença de uma Verdade manifesta.

A aparente ausência de violência do melhor argumento desaparece tão logo se mude 'para um outro plano' e se adote a atitude do arqueólogo, que dirige seu olhar sobre os fundamentos de sentido encobertos, sobre as infraestruturas, difíceis de pôr a descoberto e que fixam *no interior* do discurso aquilo que em cada caso deve ser considerado como verdadeiro ou falso. A verdade é um pérfido mecanismo de exclusão, já que só funciona sob a condição de permanecer oculta a *vontade de verdade* que nele se impõe em cada caso: "É como se para nós a vontade de verdade estivesse encoberta pela própria verdade em seu curso necessário... O discurso *verdadeiro*, que a necessidade de sua forma desliga do desejo e libera do *poder*, não pode reconhecer a *vontade de verdade* que o atravessa; e a vontade de verdade, aquela que se impõe a nós desde há muito, é tal que a verdade que ela quer não pode outra coisa senão mascarar-la." (HABERMAS, 2002. p. 347)

A ideia passa sempre por perceber a relação entre os discursos que se impõe uns sobre os outros em relações de dominação e exclusão. Nesse sentido,

Foucault parte da loucura para examinar a história da racionalidade, da sexualidade para estudar o controle dos corpos, e do sistema prisional para refletir sobre a racionalização do poder de punir como forma de implementação de uma modalidade de vigilância disciplinadora mais eficiente.

A partir desse momento, a questão do *poder* para Foucault representa um ponto central para a análise das epistemes dos conhecimentos, ou nas palavras de Habermas (2002): “Foucault eleva agora o ‘poder’ a conceito histórico-transcendental fundamental de uma historiografia crítica da razão”.

O autor passa a se debruçar sobre como o poder age sobre os conhecimentos para a imposição de determinadas formas de validação dos discursos que podem ser considerados como verdadeiros a partir de estruturas previamente postas que servem também como instrumentos de controle.

Em *A verdade e as formas jurídicas*, para tratar, especificamente, do Direito, o autor parte dos inquéritos para analisar como as práticas judiciárias são um dos mais antigos instrumentos de produção de verdades.

A ideia aparece logo na apresentação da obra:

As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar na história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu o tipo de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas. (FOUCAULT, 1999. p. 11)

A posição de que cada sociedade e cada tempo possui estruturas e procedimentos através dos quais validam os discursos que podem ser considerados como verdadeiros é desenvolvida mais tarde pelo autor na sedimentação de sua fase *genealógica*:

O importante, creio, é que a verdade não existe fora do poder ou sem poder (não é – não obstante um mito, de que seria necessário esclarecer a história e as funções – a recompensa dos espíritos livres, o filho das longas solidões, o privilégio daqueles que souberam se libertar). A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a

obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro. (FOUCAULT, 1979. p. 10)

A Ciência também pode ser considerada como um desses instrumentos, mas possui um problema que se apresenta ao longo de sua tradição: a pretensão ontológica.

Pensar o Direito como um instrumento de produção de verdades não é estranho ao jurista, que está acostumado a ouvir falar em diferentes verdades, como uma “verdade real” e uma “verdade processual”. A ideia de uma verdade provisória e condicionada por procedimentos específicos é aceita com relativa naturalidade no meio jurídico. Como diria Latour (2019), o Direito sofreu menos com o modernismo, talvez por nunca ter sido realmente moderno.

Isso não quer dizer que faltaram tentativas de fazê-lo moderno. O positivismo jurídico de autores como Kelsen (1999) tentou estruturar algo como uma Ciência do Direito, mas jamais pretendeu negar as influências das relações de poder nas estruturas jurídicas. Resignou-se com a tentativa delimitar seu objeto de estudo dentro de uma metodologia que lhe seria própria, porém considerando as relações de poder e a moral como elementos validadores que precediam a existência de qualquer ordenamento. Reconhecia-se tais influências, mas o Direito como Ciência não deveria se ocupar de tais coisas: “[...] *já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito.*” (KELSEN, 1999)

No desenvolvimento da Ciência como proposta metodológica, essa pretensão ontológica faz parte de sua própria tradição. Poder-se-ia argumentar que essa é uma questão superada, que nenhum cientista sério acha que suas teorias fazem parte de Verdades imutáveis, o que está, em parte, correto. Porém, a posição verificada pela pesquisa, é de que a verdadeira pretensão ontológica da Ciência está na ambição de universalidade de seus métodos.

Tal concepção, como já demonstrado no primeiro capítulo, parte de concepções essencialistas do conhecimento. A ideia da *origem*, da essência que precede a existência e determina o lugar do *ser* no cosmos, é típica de noções que partem de um otimismo epistemológico à maneira aristotélica.

Para Foucault, mais interessam as relações que se pode apreender entre os discursos do que suas origens e conceitos baseados em sua *verdadeira* essência:

O método consistia em dizer: suponhamos que a loucura não exista. Qual é, por conseguinte, a história que podemos fazer desses diferentes

acontecimentos, dessas diferentes práticas que, aparentemente, se pautam por esse suposto algo que é a loucura? Portanto é exatamente o inverso do historicismo que eu gostaria de estabelecer aqui. (FOUCAULT, 2008)

Frequentemente, o conhecimento é produzido através de pensamentos baseados na tentativa de formular conceitos. Tal prática provém de certo essencialismo aristotélico que acredita na ideia de que se pode chegar ao conhecimento quando os conceitos sobre determinada coisa descrevam, exatamente, sua essência particular que seria totalmente diversa das outras.

[...] podemos dar, creio eu, uma completa descrição do ideal aristotélico do conhecimento perfeito e integral, a dizermos que ele via como alvo derradeiro de qualquer indagação a compilação de uma enciclopédia que contivesse as definições intuitivas de todas as essências, isto é, seus nomes juntamente com suas fórmulas definidoras; e que ele considerava o progresso do conhecimento como consistindo em uma gradual acumulação de tal enciclopédia, expandindo-a assim como preenchendo as lacunas nela existentes, e, sem dúvida, derivando silogisticamente dela “o corpo inteiro de fatos” que constitui o conhecimento demonstrativo. (POPPER, 1974. p. 18)

Muitos são os exemplos dos embaraços causados por tal “método”. Há um clássico episódio de cunho anedótico na história da filosofia em que Diógenes, diante da suposta afirmação de Platão de que “o homem é um animal bípede sem asas”, atira um galo depenado no meio da academia platônica dizendo “Eis o homem de Platão!”. Constrangido, Platão adiciona à sua definição “de unhas chatas”.²³(LAËRTIOS, 2008. p. 156)

O episódio representa as dificuldades do conhecimento produzido através de uma tentativa de se chegar a conceitos puros que reflitam uma natureza individualizada dos objetos.

Ao perguntarmos, por exemplo, o que é o Direito, já partimos de uma espécie de realismo verbal e pretensão essencialista que nos retira a possibilidade de enxergar a série de práticas complexas reduzidas sob o signo de Direito ao longo da história.

Foucault é veemente contra a ideia de *origem*²⁴, que encontra sua base na visão de que o conhecimento e o mundo a conhecer guardam, necessariamente, uma relação de correspondência.

²³ Como cínico, Diógenes estava sempre em embate com racionalistas e essencialistas como Platão, que o definia como um “Sócrates demente”. Para mais embates do tipo, ver Laértios (2008).

²⁴ “O ideal não tem origem. Ele também foi inventado, fabricado, produzido por uma série de mecanismos, de pequenos mecanismos. [...] Vilania, portanto, de todos estes começos quando são

Para clarificar mais o ponto de vista do autor, traçar-se-á uma distinção (feita pelo próprio autor em vários momentos) em relação a uma outra metodologia, esta de cunho pretensamente racional, científico e pautada numa realidade objetiva: o materialismo histórico.

3.2.2 Foucault x materialismo hegeliano – a tradição marxista da academia

Nesse ponto, cabe uma diferenciação entre a forma com que Foucault, influenciado por Nietzsche, enxergava o conhecimento, e o materialismo dos marxistas, já que se poderia argumentar que ideia de que as relações de poder, colocadas como fontes validadoras do conhecimento, parece remeter a uma espécie de visão que culmina na concepção da luta de classes aplicada a nível de epistemologia.

Importante esclarecer que, apesar de ser um autor muito lido pelas esquerdas teóricas, Foucault apresenta divergências irreconciliáveis com o materialismo dialético.

Em vários momentos de sua obra, Foucault deixa clara essa discordância, principalmente em relação ao historicismo e sua teoria que pressupõe um sujeito de conhecimento que existe prévia e definitivamente.²⁵

A visão de conhecimento perseguida em suas obras se constrói no sentido de que não há no conhecimento uma origem possível, condições universais ou mesmo uma relação com a história que possa ser percebida como um encadeamento de relações lógicas capazes de explicar o surgimento e desaparecimento de determinadas formas de conhecimento e de seus sujeitos correlatos.

opostos à solenidade da origem tal como é vista pelos filósofos. [...] À solenidade de origem, é necessário opor, em bom método histórico, a pequenez meticulosa e inconfessável dessas fabricações, dessas invenções.” (FOUCAULT, 2013. p. 24-25)

²⁵ “A questão é a seguinte: existe uma tendência que poderíamos chamar, um tanto ironicamente, de marxismo acadêmico, que consiste em procurar de que maneira as condições econômicas de existência podem encontrar na consciência dos homens o seu reflexo e expressão. Parece-me que essa forma de análise, tradicional no marxismo universitário da França e da Europa, apresenta um defeito muito grave: o de supor, no fundo, que o sujeito humano, o sujeito de conhecimento, as próprias formas de conhecimento são de certo modo dados prévia e definitivamente, e que as condições econômicas, sociais, e políticas da existência não fazem nada mais do que depositar-se ou imprimir-se neste sujeito definitivamente dado.” (FOUCAULT, 2013. p. 18)

O materialismo ainda é dependente de um certo racionalismo que se explica pela necessidade de um objeto material que possa ser desvendado pelo sujeito diante de uma análise das condições econômicas e de poder (POPPER, 1974). O cientista social, através de sua dialética materialista, poderia explicar o encadeamento de fatos históricos do passado, o presente, e até mesmo os rumos da civilização numa espécie de profetismo, ou determinismo sociológico.

Nesse sentido, o marxismo ainda é um método que se pretende científico à maneira moderna e, portanto, passível de todas as críticas foucaultianas:

O socialismo devia ser desenvolvido de sua etapa utópica para sua etapa científica; devia basear-se no método científico de analisar causa e efeito e na predição científica. E visto como ele admitiu ser a predição no campo da sociedade a mesma coisa que a profecia histórica, o socialismo científico teria de basear-se num estudo das causas históricas e dos efeitos históricos, bem como, por fim, na profecia de seu próprio advento. (POPPER, 1974. p. 91)

Essa percepção sobre a história, que leva ao determinismo, é totalmente contrária à de Foucault, que não percebe linearidade alguma nos movimentos históricos. De certa maneira, a arqueologia e a genealogia podem enxergar nas práticas sociais e nos conhecimentos, marcas de eventos de seus tempos, mas jamais como um encadeamento lógico de eventos passíveis de serem dissecados a partir de um método específico que permita compreender a realidade em relações de causa e consequência.

Marx, racionalista que era, acreditava, como tantos outros, ter descoberto as leis da natureza que seriam a mola da história. Suas convicções chegam, em certos momentos, a nos levar a certos paralelos entre os erros de seu pensamento e daqueles modernos mais objetivistas:

Esta acentuação sobre a predição científica, em si mesma uma descoberta metodológica importante e progressista, fez Marx infelizmente extraviar-se. É que o argumento plausível de que a ciência só pode predizer o futuro se o futuro for predeterminado – se, por assim dizer, o futuro estiver presente no passado, incrustado nele – levou-o a aderir à falsa crença de que um método rigidamente científico deve ser fundado num determinismo rígido. (POPPER, 1974. p. 92)

Foucault tem uma visão cética quanto à possibilidade de que as ciências sociais entreguem qualquer diagnóstico certo a respeito dos caminhos a serem traçados pela sociedade. Apesar de que Marx, como vimos, não entendia que o comunismo era uma prescrição teórica, mas antes uma previsão baseada no caminho

que, segundo suas análises *científicas*, seria inevitável. Caberia a sociedade política apenas facilitar o processo.

Quando se fala de Nietzsche e sua denúncia à metafísica em suas mais diversas formas, ficamos muito próximos do que parece o materialismo, principalmente, quando se rejeita a ideia de um mundo das ideias separado da realidade material que nos é imposta. Nietzsche via tal tradição expressa pelo reiterado platonismo de filosofias que se jugavam “novas”, mas representavam mais do mesmo.

Marx, apesar de materialista, não rejeita completamente o “mundo das ideias”. O marxismo segue no sentido de encaminhar a humanidade para a superação das condições materiais da existência em direção ao *reino da liberdade*. Se Nietzsche queria abraçar o mundo e suas condições como prova de um espírito forte e determinado a aceitar sua condição, Marx rejeita essa condição e busca a fuga dessas condições materiais que não permitiriam ao homem gozar de sua verdadeira liberdade.

De certa forma, podemos ver nessa pretensão emancipadora do marxismo, as suas raízes hegelianas (POPPER, 1974), enquanto para Nietzsche, e, portanto, para Foucault, essa caminhada rumo a um momento histórico de libertação do homem não existe.

Em diversas passagens, nota-se um pessimismo na obra de Foucault, em que uma forma de dominação é simplesmente substituída por outra, muitas vezes mais eficiente e refinada em seus métodos, como na biopolítica exercida através das próprias estruturas metafísicas validadoras do conhecimento.²⁶

Inspirado na filosofia Nietzscheana, Foucault explica a visão de Nietzsche sobre conhecimento, que também é a sua:

Nietzsche quer dizer que não há uma natureza do conhecimento, uma essência do conhecimento, condições universais para o conhecimento, mas que o conhecimento é, cada vez, o resultado histórico e pontual de condições que não são da ordem do conhecimento. O conhecimento é um efeito ou

²⁶ “O genealogista explica esse ir-e-vir com o auxílio de inúmeros eventos e de uma única hipótese: **a única coisa que perdura é o poder, que se apresenta sob máscaras sempre novas na mudança dos processos anônimos de sujeição**: por evento é preciso entender não uma decisão, um tratado, um reino ou uma batalha, mas uma relação de forças que se inverte, um poder confiscado, um vocabulário, tomado e dirigido contra aqueles que o empregavam, uma dominação que se enfraquece, se detém, se envenena a si mesma, **a entrada mascarada a uma outra dominação.**” (HABERMAS, 2002. p. 355. Grifo nosso)

acontecimento que pode ser colocado sob o signo do conhecer. O conhecimento não é uma faculdade, nem uma estrutura universal. Mesmo quando utiliza um certo número de elementos que podem passar por universais, esse conhecimento será apenas da ordem do resultado, do acontecimento, do efeito. (FOUCAULT, 2013. p. 32)

Para além do *niilismo*, aqui, o conhecimento também ganhará um caráter estratégico muito parecido com aquilo que se pode perceber na tradição sofista. Os discursos são enxergados como uma série de colocações que batalham entre si como num jogo contínuo:

[...] o conhecimento é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado. É esta relação estratégica que vai definir o efeito de conhecimento e por isso seria totalmente contraditório imaginar um conhecimento que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo, perspectivo. O caráter perspectivo do conhecimento não deriva da natureza humana, mas sempre do caráter polêmico e estratégico do conhecimento. Pode-se falar do caráter perspectivo do conhecimento porque há batalha e porque o conhecimento é o efeito dessa batalha. (FOUCAULT, 2013. p. 33)

Apesar da admiração de Foucault pelos sofistas, importante destacar que quando o autor fala do caráter polêmico e estratégico dos discursos e do conhecimento, não restringe sua concepção à ideia da retórica, como acontecia no sofismo.²⁷

Essas características, em Foucault, adquirem um caráter mais refinado e destinado a compreender as relações de dominação e de verdade que os discursos travam entre si, e não apenas nas técnicas de argumentação.

Uma segunda diferença entre o método marxista e as reflexões de Foucault, e ponto muito importante para compreender a genealogia proposta pelo último, se dá em relação à teoria do sujeito.

²⁷ Nesse sentido: “Acho que os sofistas são muito importantes. Porque temos aí uma prática e uma teoria do discurso que é essencialmente estratégica; estabelecemos discursos e discutimos, não para chegar à verdade, mas para vencê-la. É um jogo: quem perderá, quem vencerá? É por causa disso que me parece muito importante a luta entre Sócrates e os sofistas. Para Sócrates não vale a pena falar a não ser que se queira dizer a verdade. Em segundo lugar, se para os sofistas falar, discutir, é procurar conseguir a vitória a qualquer preço, mesmo ao preço das mais grosseiras astúcias, é porque, para eles, a prática do discurso não é dissociável do exercício do poder. Falar é exercer um poder, falar é arriscar seu poder, falar é arriscar conseguir ou perder tudo, e aí ainda há algo muito interessante, e que o socratismo e o platonismo afastaram completamente: o falar, o logos, enfim, a partir de Sócrates, não é mais o exercício de um poder, é um logos que não passa de um exercício da memória. Essa passagem do poder à memória é algo muito importante. Em terceiro lugar, parece-me igualmente importante nos sofistas essa ideia de que o logos, enfim, o discurso, é algo que tem uma existência material. (FOUCAULT, 2013. p. 136)

Segundo Foucault (2013), a academia sustenta uma espécie de tradição marxista em que o sujeito de conhecimento é posto previamente às condições materiais da existência que, de certa forma, apenas enevoam seu julgamento da realidade.

Pode-se inferir que tal sujeito marxista é, ainda, aquele mesmo moderno que se apoia na possibilidade de conhecimento de uma Verdade manifesta, que, se ainda não foi alcançada por ele, é porque lhe faltam os instrumentos ou os raciocínios adequados para tal.

Essa visão tende a cunhar uma ideia de poder diferente daquela de Foucault, já que enxerga a sociedade através de uma luta de classes bem definida em que aqueles possuidores dos meios de produção, e, portanto, do poder político, controlam a sociedade em seus mais diversos domínios, enquanto o francês busca por um poder que não é capaz de ser apreendido e nem centralizado. (FOUCAULT, 1979)

Tanto a percepção da verdade manifesta, expressa através da possibilidade de enxergar na história um método que consiga explicar suas sucessões de eventos, como a ideia de um sujeito cognoscente anterior às condições materiais da existência, deixam o marxismo mais próximo de um dualismo do que de um materialismo puro, e o aproximam dos deslizes cometidos pela razão moderna em seu otimismo epistemológico.

Nas análises marxistas tradicionais a ideologia é uma espécie de elemento negativo através do qual se traduz o fato de que a relação do sujeito com a verdade ou simplesmente a relação de conhecimento é perturbada, obscurecida, velada pelas condições de existência, por relações sociais ou por formas políticas que se impõe do exterior ao sujeito do conhecimento. A ideologia é a marca, o estigma destas condições políticas ou econômicas de existência sobre um sujeito de conhecimento que, de direito, deveria estar aberto à verdade. O que pretendo mostrar nestas conferências é como, de fato, as condições políticas e econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. (FOUCAULT, 2013. p. 34)

Essa talvez seja a contribuição mais revolucionária de Foucault em relação às outras teorias que se pretendem críticas: ele pretende fazer um desprendimento completo de toda a estrutura da razão moderna, inclusive, no seu ponto base, que é a relação entre o sujeito e o objeto.

Se, antes, quando a questão do poder entrava na filosofia, tanto o sujeito como o objeto eram previamente constituídos, e suas problemáticas, por mais críticas

que fossem, eram encaradas apenas como uma questão de ajuste quanto à verdadeira perspectiva pela qual se poderia revelar as características tanto de um como de outro (enevoadas pelas relações de poder), Foucault rompe com esse ciclo vicioso para mostrar como o próprios sujeitos e objetos surgem dessas relações microfísicas de poder, dominação e idiosincrasias de momentos históricos. (FOUCAULT, 2013)

3.3 O SURGIMENTO DA GENEALOGIA COMO MÉTODO

As relações entre a verdade e o poder passam a desempenhar um papel muito importante quando Foucault reflete sobre os mecanismos de domínio que sustentam e validam os instrumentos de produção de conhecimento, entre eles, o Direito.

Ponto importante para a presente pesquisa é que essa relação pode ser percebida até mesmo nos domínios da Ciência:

Até na ciência encontramos modelos de verdade cuja formação deriva das estruturas políticas que não se impõe do exterior ao sujeito de conhecimento, mas que são, elas próprias, constitutivas do sujeito de conhecimento. (FOUCAULT, 2013. p. 35)

As discussões aqui postas, geralmente, são levadas para reflexões a respeito da cientificidade das ferramentas jurídicas, à possibilidade de seu entrelaçamento ou purificação, às relações de poder em seu método de construção de decisões, pretensões de objetividade, etc.

Mesmo no Direito visto como Ciência, e mesmo na Ciência, através dessa razão controladora, os indivíduos são objetificados, percebidos sem a substância necessária e incapazes de se relacionar com seu distante e panóptico sujeito controlador. Bentham, de alguma forma, passa a estruturar todo o aparelho político e jurídico das sociedades modernas sob o verniz do humanismo²⁸.

²⁸ Nesse sentido: “Em uma sociedade como a sociedade feudal não se encontra nada de semelhante ao panoptismo. Isto não quer dizer que em uma sociedade de tipo feudal ou nas sociedades europeias do século XVII não tenha havido instâncias de controle social e de punição e recompensa. Entretanto, a maneira pela qual elas se distribuíam era completamente diferente da maneira através da qual elas se instalaram no fim do século XVIII e no começo do século XIX. Vivemos hoje em uma sociedade programada, no fundo, por Bentham, uma sociedade panóptica, sociedade onde reina o panoptismo.” (FOUCAULT, 2013. p. 103)

Nesse sentido, a arqueologia proposta por Foucault busca expor as estruturas que validam esse conhecimento e quais as condições possíveis de produção de saber dentro dessas estruturas:

Foucault ultrapassa as ciências humanas por meio de uma historiografia que se apresenta como anti-ciência. Os dois lados neutralizam justamente as pretensões de validade levantadas por aqueles discursos filosóficos e científicos que eles examinam ao reduzi-los a uma compreensão epocal do Ser ou às regras de formação dos discursos respectivamente. (HABERMAS, 2002. p. 356)

É apenas na década de 70 que Foucault começa a desenvolver a diferenciação entre dois conceitos que marcam as fases de seu pensamento: a ideia de *arqueologia* e a ideia de *genealogia*.

A *genealogia* é a parte do pensamento do autor que mais nos interessará, por conta do fato de que, nessa fase, Foucault explora a relação das estruturas de poder com os critérios de validade e de verdade, problematizando o discurso científico pautado na razão moderna.

A ideia de dominação por meio do conhecimento, da relação indissociável entre saber e poder, agora constitui a forma refinada de controle exercida no Ocidente, de forma que “a genealogia tenta explicar a sequência descontínua das ordens de signos, em si não fundamentadas, que forçam os homens a entrar no quadro semântico de uma determinada interpretação de mundo”. (HABERMAS, 2002. p. 358).

Importante destacar que é muito problemático tentar atribuir a arqueologia ou à genealogia um conceito que abarque de maneira universal os trabalhos realizados por Foucault. Seus métodos jamais foram fixos, suas análises jamais priorizaram um caminho metodológico que o guiassem de maneira contínua e sem desvios, até para que não caísse nos mesmos problemas da ciência moderna denunciados pelo próprio.

Porém, se na extensa obra do autor pode-se notar uma unidade quanto a determinadas reflexões que são retiradas dos objetos mais variados (sexualidade, loucura, medicina, etc), em seus métodos podemos perceber características que nos permitem emular suas lições como procedimentos auxiliares da composição de um diagnóstico a respeito de determinada instituição ou fenômeno.

Uma característica importante da genealogia é sua relação com o conceito de poder de Foucault, que não parte de algo centralizado, focado na figura de um soberano ou do Estado. O poder é sempre um estado de relações que atravessa todo

o corpo social em que todos os envolvidos estão numa posição de exercício e replicação desse poder, e não através da relação simplificada de dominadores e dominados. (FOUCAULT, 1979)

Uma ideia atrelada à genealogia é a de rejeitar investigações sobre a origem dos fenômenos, que como já citado, provém de uma tradição do essencialismo aristotélico. Essa ideia, e talvez grande parte do que é a genealogia, já havia sido anunciada por Nietzsche, de quem também se pode extrair o raciocínio a respeito do conhecimento como elemento de dominação metafísica envernizado pelo discurso da técnica.

Para se utilizar da genealogia é preciso entender os discursos em seus campos de batalha. Para se perguntar, por exemplo, o que é Ordem Pública, no lugar de tentar elaborar uma definição a partir da qual se poderia isolar tal conceito em sua essência, mais acertado seria indagar sobre a desordem, sobre aqueles comportamentos que o conceito de Ordem Pública deseja expurgar de si e marginalizar.

Até o momento, todos os esforços do trabalho foram no sentido de demonstrar como a verdade possui uma série de mecanismos advindos das relações de poder que atuam como suas estruturas validadoras. Desse pensamento, nasce também uma forma de perceber e explicar a realidade: a genealogia como método.

O Direito, como um desses instrumentos de validação, será desconstruído a partir de sua relação com a Ciência, já que, como demonstrado, em Foucault, a crítica à Ciência se expande para a crítica à própria razão moderna.

Perguntou-se quais as condições que levaram ao surgimento da pretensão de um direito científico; quais discursos pretendeu-se sufocar com essa pretensão; quais as novas formas de dominação e controle que surgiram desse discurso; para que ao final se possa compreender de que maneira o Direito liberal do Ocidente e sua vontade de Verdade podem sobreviver a essas desconstruções.

A genealogia seguirá sempre ajudando na desconstrução e esclarecimento de determinados fenômenos, ao mesmo tempo que se pretende oferecer uma conciliação possível a partir de uma razão crítica que já reconhece seus limites e sua verdadeira força.

Tal análise se justifica porque no primeiro capítulo partimos de análises que buscaram mostrar como as pretensões ontológicas da Ciência podem trazer embaraços do ponto de vista metodológico.

A partir dessa perspectiva, agora, o foco será mostrar como as relações de verdade (e das verdades científicas) com o poder e a moral são tão fortes que não podem ser ignoradas pela Ciência. Para Nietzsche (1998), todo conhecimento possui uma origem moral, e, portanto, já que o autor está na base do pensamento de Foucault²⁹ explorar-se-á essas ideias de maneira mais direta também o trazendo como fonte.

Esse caminho é necessário porque quando se fala na possibilidade do Direito como Ciência, atribui-se a essa cientificidade características como neutralidade, objetividade, empirismo lógico e assim por diante.

Daí provém a reflexão necessária, e já parcialmente feita através de ponderações sobre o caráter revolucionário dos métodos científicos no desenvolvimento do pensamento ocidental, de saber se a própria Ciência pode aspirar a ser instrumento com tais características.

A resposta da pesquisa, como já bem encaminhada naquilo que foi dito até o momento, é certamente que não, mas que isso não significa um salto de fé rumo ao desconhecido e um comprometimento com um niilismo radical que asfixiaria o Direito liberal. Demonstrar-se-á que as influências do poder e da moral estão presentes até mesmo nas ciências mais *duras*, e que mesmo assim tais traços não as inviabilizaram.

O direito liberal ocidental deve possuir uma forma de absorver tais influências sem nenhum constrangimento para que ele não se torne propagador de argumentos que serão políticos e morais de qualquer forma, mas sob um verniz técnico. Tal visão impede o progresso do Direito como instrumento político que é.

Depois de constadas tais características da própria Ciência, à pesquisa restará demonstrar como o Direito pode (deve) absorver essas influências e, ainda assim, sobreviver como instrumento válido para fornecimento das aspirações do direito liberal do ocidente em se constituir como campo do conhecimento autônomo.

3.4 VERDADE E PODER

Durante muito tempo, o poder foi visto por seus estudiosos através de uma perspectiva repressiva; um objeto que poderia ser ganhado ou perdido por um

²⁹ Foucault utiliza Nietzsche e suas reflexões sobre a origem do conhecimento como ponto de partida de suas análises feitas em *A verdade e as formas jurídicas*. Para mais, ver Foucault (2013. p. 29-35)

soberano ou regime para assegurar determinada *Ordem Pública* que representaria o próprio sistema político daqueles que pela força ou qualquer outro meio - quase sempre, em última instância, sendo a força – exerciam o ato de governar.

Passando por Platão na antiguidade, Santo Agostinho e outros representantes do pensamento filosófico e político do período medieval, a questão do poder e seu exercício ainda estava muito imbricada a lógicas transcendentais de legitimação que viam ou aspiravam que a figura do soberano fosse a realização terrena de princípios que advinham de uma cosmovisão específica.

A partir de Maquiavel (1996), e do surgimento do pensamento político moderno, o processo de secularização deu origem a uma cisão entre o poder político exercido pelos homens e as filosofias morais e espirituais que antes fundamentavam as práticas do soberano, e, em vias de sua construção, do Estado:

Considerando que a política pertence a este ter, ela não procura, a exemplo do idealismo platônico, os fundamentos metapolíticos da política; tampouco lhe atribui, a exemplo de Santo Tomás, uma fonte divina. Ao recusar qualquer fundação transcendental da organização e da vida políticas, ele já envereda peça via que conduz ao “fim da metafísica” e prepara o advento de uma “ciência política”. (GOYARD-FABRE, 2002. p. 16)

Historicamente, aí está a raiz de uma das maiores características do Estado moderno: a tentativa de cisão entre a moral e as estruturas políticas.

Tal processo faz parte do império da razão ocidental sobre todas as estruturas de saber e poder. O próprio exercício da política passa a ser visto como a realização de procedimentos técnicos, não mais relacionados a determinada ordem política específica e contextual, mas a partir de leis naturais e pretensamente retiradas unicamente da dedução racional.

Hobbes (2003) é um autor decisivo nesse campo, pois ele é quem desenvolve essa tendência inaugurada por Maquiavel, mas abrindo caminho, definitivamente, para o papel da lógica e da técnica na condução do Estado:

A postulação mecanicista do sistema revela logo seu caráter antiescolástico: não só a “ciência política” se pretende, como a física ou a antropologia, racional, analítica e sintética, mas também substitui a linguagem da qualidade utilizada até então pelas doutrinas políticas que se situavam, de maneira mais ou menos consciente, na esteira de Aristóteles, pela linguagem precisa e rigorosa da quantidade, como os esquemas da física mecanicista de Mersenne e de Galileu. (GOYARD-FABRE, 2002. p. 30)

A figura do Estado passa a ser, ou pelo exercício da técnica racional, ou por outros processos de legitimação de suas ações, o lugar onde se concentra o exercício do poder.

Essas ponderações históricas são relevantes para compreender uma característica sobre o pensamento de Foucault que já foi comentada no trabalho, mas que no presente tópico precisa ser melhor desenvolvida: o poder como algo descentralizado.

Se, como se demonstrou, a filosofia política moderna pensa a questão do poder sob o viés repressivo e centralizado na figura do Estado, para o Foucault o poder assume uma característica multidirecional, descentralizada e *criadora*.

Sobre a descentralização do poder, talvez seja outra característica do autor já herdada do pensamento Nietzscheano, que de certa forma, parecida com as reflexões dos materialistas³⁰, na sua posição de iconoclasta radical, vê com desconfiança o surgimento do novo ídolo que é o Estado. Sobre a perspectiva de Nietzsche, esclarece Goyard-Fabre:

No ídolo monstruoso que o Estado é, tudo é *mentira*; não apenas a mistificação liberal do direito burguês, mas uma “mentira extramoral”, antípoda das forças criadoras originais, portanto, mentira metafísica sobre a vida. [...] Quando se diz, por exemplo, que o Direito político tem como fim a ordem e a justiça, isso significa que ela serve de coerção, que brande a espada e refreia a dança dionisíaca da vida. As instâncias que dizem “governar” adormecem as paixões e condicionam um rebanho gregário mediante as promessas, a propaganda, a imagem do conforto, os dogmas igualitários, a doutrinação etc. [...] A dialética estatal – legislar, administrar, julgar (outros dizem “os três poderes”) – é comparável à razão socrática que tem a clareza gélida da teoria, ou a fé cristã que tem o peso do pecado. (GOYARD-FABRE, 2002. p. 427-428)

Tal desconfiança é, também, reflexo da descrença na metafísica. O Estado concebido à maneira moderna é convertido no lugar onde a técnica e a razão são a base para a nova maneira de governar.

³⁰ Importante destacar que apesar da guinada autoritária atribuída à Marx nas reflexões sobre os rumos da causa operária do século XIX, outras figuras importantes do materialismo, e que à época travaram disputa com Marx e os marxistas, como Bakunin, desacreditavam por completo da figura do Estado, mesmo como ferramenta para a condução do processo revolucionário em quaisquer de suas fases. O materialismo histórico possui uma forte base anarquista, até mesmo em Marx, compreendendo-se que apesar de sua defesa da utilização do Estado burguês para fins de concretizar a revolução, seu objetivo último seria sua extinção completa.

Em Foucault, o poder aparece quase como um elemento transcendental, que, em instância última, valida os instrumentos de produção de conhecimento e é ao mesmo tempo sustentado por eles.

O que tentei investigar, de 1970 até agora, grosso modo, foi o como do poder; tentei discernir os mecanismos existentes entre dois pontos de referência, dois limites: por um lado, as regras do direito que delimitam formalmente o poder e, por outro, os efeitos de verdade que este poder produz, transmite e que por sua vez reproduzem-no. Um triângulo, portanto: poder, direito e verdade (FOUCAULT, 1998. p. 179)

Essa visão de poder é inovadora porque apresenta um refinamento em relação a teorias estruturalistas que veem o poder como resultado final de forças atuantes dentro de um determinado sistema. Foucault, como afirmado pelo próprio, é extremamente anti-estruturalista.

Da mesma maneira, sua visão de poder não pode ser confundida, como já demonstrado, com a ideia materialista que parte da concepção de que as forças políticas dominantes estruturam conhecimentos e ideologias que servem para dominação das massas. Da mesma maneira como as outras, essa visão tem um raiz na ideia de um poder que pode ser apreendido e que é centralizado na figura caricata de uma oligarquia burguesa dominante. (FOUCAULT, 1979)

Apresenta-se a visão Foucaultinana de poder como um refinamento teórico porque ela pode ser melhor utilizada para fazer diagnósticos mais adequados à realidade presente em que essa oligarquia burguesa dominante que domina o aparelho estatal para satisfazer seus próprios interesses que são conflitantes com uma massa trabalhadora não pode ser tão facilmente identificada.

A sociedade contemporânea não possui uma divisão de classes e relações de poder hierarquicamente bem definidas já que sua complexidade política cresceu exponencialmente desde os tempos da primeira revolução industrial. Na era pós-industrial, é muito difícil para qualquer estudioso identificar os atores sociais com todos os seus papéis bem definidos em suas respectivas classes.

A complexidade social requer um conceito de poder que possa ser igualmente complexo e *dinâmico*, para que as reflexões sobre as formas de dominação, inclusive metafísicas, não sejam tomadas por afirmações conspiracionistas.

Nesse sentido, a exemplo do que é feito pelos marxistas, é possível deduzir qualquer coisa de fenômenos gerais como o da dominação da classe burguesa

(FOUCAULT, 1979). A análise pretendida pela genealogia não é descendente, quer dizer, não parte de uma estrutura geral de poder e tenta a partir dela inferir seus fenômenos e consequências particulares.

Para uma análise mais segura, antes se deve partir das técnicas, das táticas, dos mecanismos “moleculares”, da microfísica do poder, para a partir daí fazer o caminho para reflexões mais gerais sobre a dinâmica das relações de poder estabelecidas de maneira mais geral (FOUCAULT, 1979).

Por conta disso, a presente pesquisa, antes de fazer perguntas gerais sobre o direito, o caráter político de suas tecnicidades, ou sua relação com o método científico, partirá de uma técnica específica, que é o manejo do conceito de Ordem Pública aplicado como fundamentação de prisões preventivas para que a partir dessas reflexões se possa traçar e fundamentar reflexões mais gerais.

Esse é exatamente o caminho traçado por Foucault para compreender, por exemplo, a história da razão moderna como em sua face controladora, mas a partir do fenômeno da loucura.

Caso estivéssemos fazendo uma análise baseada no materialismo histórico, por exemplo, analisaríamos o fenômeno a partir da reflexão que uma classe dominante burguesa fez prevalecer certas formas de saber que terminaram por segregar aqueles cuja estrutura mental não condizia com o modelo de produção do sistema arquitetado de acordo com os seus interesses.

No processo genealógico, parte-se primeiro do fenômeno da loucura, dos saberes, das técnicas específicas de segregação, das práticas de dominação e relações de poder na periferia do sistema, para daí fazer reflexões mais gerais, mas não necessariamente conclusivas. Não se trata de simples indução:

[...] o importante não é fazer uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde se prolonga para baixo, em que medida se reproduz, até chegar aos elementos moleculares da sociedade. Deve-se, antes, fazer uma análise ascendente do poder: partir dos mecanismos infinitesimais que têm uma história, um caminho, técnicas e táticas e depois examinar como estes mecanismos de poder foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, subjugados, transformados, deslocados, desdobrados, etc., por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global. (FOUCAULT, 1979. p. 184)

O processo dedutivo nas ciências humanas é sempre perigoso e pode muitas vezes conduzir o pesquisador a caminhos muito diversos sobre os quais pode-se querer conferir um ar de cientificidade e lógica fechada que não se coadunam com

a verdadeira complexidade, dinamicidade e abrangências dos fenômenos observados.

O poder nunca assume um caráter estático, possuído por um indivíduo ou grupo que o usa de maneira repressiva contra uma determinada classe. Esse tipo de análise simplifica as relações humanas. Todos os indivíduos pertencentes a essa rede sem fronteiras bem definidas são “centros de transmissão” desse poder (FOUCAULT, 1998).

Mais do que um elemento repressivo, o poder é um elemento *criador*. A partir dessa ideia se pode traçar sua relação com a verdade e com conhecimento.

O refinamento feito por Foucault a respeito da relação entre a verdade e o poder nasce de uma tentativa de simplificação rumo a uma pergunta mais concreta:

A questão tradicional da filosofia política poderia ser esquematicamente formulada nesses termos: como pode o discurso da verdade, ou simplesmente a filosofia entendida como o discurso da verdade por excelência, fixar os limites de direito do poder? **Eu preferiria colocar uma outra, mais elementar e muito mais concreta em relação a esta pergunta tradicional, nobre e filosófica: de que regras de direito as relações de poder lançam mão para produzir discursos de verdade? Em uma sociedade como a nossa, que tipo de poder é capaz de produzir discursos de verdade dotados de efeitos tão poderosos?** (FOUCAULT, 1979. p. 179)

Nota-se que as ferramentas jurídicas desempenham um papel muito importante para a estruturação desse poder. A relação entre o Direito e o poder é talvez uma das questões de filosofia jurídica mais debatidas. Sobre essa relação, temos basicamente três posições básicas que diferem entre si quanto à conclusão sobre quem rege quem.

A posição tipicamente jusnaturalista vê o Direito como algo anterior e independente das relações de poder, de forma que se pode dizer que as relações políticas, inclusive as instituições, devem ser algo como que a reprodução material desses direitos que existem por sua fundamentação divina ou racional (ou algo das duas como já demonstrado no capítulo anterior).

Uma segunda posição, que se pode chamar de cética, e que é típica de autores que pretendem ser empíricos, vê o Direito como um instrumento que sempre existiu como simples ferramenta de sustentação de uma ordem de poder específica. Nesse sentido, ele sempre se curva ao soberano e materializa suas práticas de comando para que possam se constituir numa forma de saber a ser apreendida pelos

dominados. Muda-se o soberano e sua forma de governar, muda-se por completo o Direito que não é mais do que um elemento organizador das vontades políticas.

A terceira posição é complexa e reconhece uma espécie de simbiose:

[...] o problema da relação entre política e direito é um problema muito complexo de interdependência recíproca. Quando por Direito se entende o conjunto de normas, o sistema normativo, dentro do qual se desenvolve a vida de um grupo organizado, a política tem a ver com o direito sob dois pontos de vista: enquanto a ação política se exerce através do direito, e enquanto o direito delimita e disciplina a ação política. (BOBBIO, 2000. p. 232)

Quanto a essa terceira visão, muitas podem ser as diferenças entre seus adeptos, porém, mesmo que de maneira implícita, grande parte faz uma diferenciação entre o poder concebido unicamente como força, e o poder político, que parece depender de uma construção jurídica (por mais primitiva que seja) para se apresentar de maneira estável. (GOYARD-FABRE, 2002)

Essa última visão pode descrever melhor o que acontece na tradição jurídica ocidental, principalmente se tomarmos como base as democracias liberais. Nesses regimes, o poder político é sempre exercido através de ferramentas que são jurídicas (um decreto, uma medida provisória, etc.), que encontram seu fundamento último em princípios políticos organizados através de estruturas jurídico-normativas, como é o caso das constituições.

O Poder político – Potestas e não potentia – é uma construção jurídica, tanto é que seu exercício obedece a princípios e a regras que lhe impõe restrições e limites. Se a potência é força e, às vezes, violência, o Poder político implica a ordem de direito erigida por um conjunto de vínculos institucionais. O “direito político” é precisamente constituído pelas normas que regem organização institucional da política e seu funcionamento no âmbito por ela determinado e delimitado. (GOYARD-FABRE, 2002. p. 2)

Num primeiro momento, a visão foucaultiana parece ser do segundo tipo, explicitando o caráter político do Direito como ferramenta que sempre esteve a serviço dos projetos de poder que o legitimam, centrado na figura do soberano e de suas práticas:

Afirmar que a soberania é o problema central do direito nas sociedades ocidentais implica, no fundo, dizer que o discurso e a técnica do direito tiveram basicamente a função de dissolver o fato da dominação dentro do poder para, em seu lugar, fazer aparecer duas coisas: por um lado, os direitos legítimos da soberania e, por outro, a obrigação legal da obediência. (FOUCAULT, 1979. p. 181)

Porém, ao classificá-lo assim, estar-se-ia simplificando seu pensamento. Foucault deseja ter como ponto de partida de suas reflexões, elementos concretos que estejam nas próprias práticas, nos efeitos do poder que muitas vezes são notados na periferia de sua dinâmica microfísica.

Portanto, antes de se debruçar sobre a questão do Direito envolvido com sua legitimidade em relação ao soberano, ou das práticas jurídicas que fundamentam e limitam o exercício da soberania em si, Foucault olha para o Direito em sua face de instrumento de dominação e busca em suas técnicas e procedimentos o exercício do poder em sua forma material, não só na letra fria da lei, mas no comportamento real de suas instituições, práticas de seus agentes, estabelecimentos penais, etc.

Autores partidários da segunda visão, como os positivistas, tendem a considerar o problema do Direito pela perspectiva de suas relações com a questão da soberania. O Direito parece se tornar um instrumento de exercício de soberania. Foucault rejeita completamente essa discussão e tenta analisar as práticas jurídicas pelas suas técnicas próprias de dominação que se estendem por múltiplas instituições de maneira polimorfa. É nas práticas menos jurídicas do próprio Direito que Foucault pretende se apoiar. (FOUCAULT, 1979)

Se os partidários da segunda visão tendem a desenvolver suas discussões através de teorias que visam esclarecer as relações entre Direito e soberania porque acreditam que seja o melhor caminho para explicar questões a respeito da legitimidade (tema muito importante para os filósofos do Direito), Foucault percorre um caminho inovador ao introduzir a questão da verdade nessa relação.

O conhecido *saber-poder* ou *poder-saber* é o verdadeiro alvo de sua pesquisa. A relação do Direito com as práticas de poder é colocada no sentido de entender como as ferramentas jurídicas podem organizar formas de conhecimento e de verdade que permitem a existência de um poder para além da figura central do soberano.

Diante disso, a partir de agora, far-se-á algumas advertências (outras) metodológicas importantes para a compreensão dos problemas que estão sendo colocados a partir de uma visão verdadeiramente genealógica e que se mostre realmente diferente das outras visões sobre a tão estudada relação entre o Direito e o poder.

3.5 CINCO ADVERTÊNCIAS (OUTRAS) METODOLÓGICAS E INTRODUTÓRIAS AO CAPÍTULO FINAL

Comum seria que as advertências metodológicas de qualquer pesquisa fossem estruturadas logo no começo do trabalho. A colocação dessas notas ao final do segundo capítulo da pesquisa não está sendo realizada por descuido, mas porque sua compreensão depende do esclarecimento de diversos conceitos que só puderam ser devidamente esmiuçados, e até mesmo introduzidos, ao longo da própria pesquisa.

Em parte, como já ficou claro, o trabalho também pretende ser uma reflexão sobre metodologia, e, portanto, sua própria estruturação metodológica depende de suas reflexões sobre o tema.

Listar alguns pressupostos metodológicos no início da pesquisa para depois utilizar de ferramentas e concepções diferentes, inclusive como conclusões, seria uma incoerência completa.

Acredita-se que a história das revoluções científicas também é a história da revolução de seus métodos. Um fruto novo precisa de uma árvore nova. A metodologia de qualquer trabalho que se pretenda crítico precisa ser crítica em si, principalmente se como um de seus alvos também estão os procedimentos, o universo epistemológico. A metodologia de todos os trabalhos que mudaram os paradigmas do conhecimento humano foi construída, muitas vezes, como consequência das próprias ideias advindas de seus resultados.

Tendo tudo isso em mente, o que se pretende fazer não é um trabalho revolucionário e totalmente desapegado aos formalismos necessários a este tipo de pesquisa e para o que ela se destina, mas, simplesmente, exaltar aquela que talvez seja a maior e única regra para a produção de conhecimento válido que também se pretende criativo: a coerência.

Até aqui trilhou-se um caminho para demonstrar onde a pesquisa se encontra, quais são as raízes dos problemas que enfrenta já ao colocá-los. Certos

temas possuem tamanha grandeza e sensibilidade, que mesmo a sua menção já é uma forma de refletir sobre o objeto que fez com que se suscitasse a indagação.

Mencionar a questão da verdade e sua relação com as ferramentas jurídicas já possui consequências que são metodológicas, já é uma opção de caminho a ser trilhado. Introduzir à problemática a tríade poder-verdade-Direito também.

Cada um desses elementos possui discussões que lhe são próprias. Quando colocados juntos na mesma pergunta, fazem emergir novos questionamentos, novos caminhos possíveis e obrigatórios.

Como formular a metodologia de um trabalho que pretende ser crítico à metodologia tradicional de maneira sem que essa metodologia se revele um punhado de firulas relativistas? Como se utilizar da genealogia de Foucault sem que o trabalho se torne excessivamente aberto, anárquico, extremamente antiformalista?

Estruturar conceitos universais para o emprego da *metodologia* cunhada por Foucault pode ser uma contradição em si. Portanto, o que se fará neste tópico é demonstrar, através de advertências metodológicas feitas pelo próprio autor, algumas premissas básicas que foram e serão respeitadas ao longo de todo o trabalho.

3.5.1 A primeira advertência: o poder descentralizado

Cada vez mais clara é a necessidade de que, diante de uma pesquisa com um objeto que parece tratar de questões muito gerais, as reflexões tenham, como uma de suas fontes, práticas concretas do Direito como elemento normatizador de certas práticas de dominação. O conceito de Ordem Pública utilizado como fundamento para prisões preventivas será esse elemento.

Por um lado, partimos de um instrumento de exercício penal concreto, de uma prática de dominação real através de um discurso envernizado pela tecnicidade e pretensa objetividade científico-jurídica.

Por outro lado, temos a oportunidade de refletir sobre um instrumento que trata especificamente da manutenção de uma determinada ordem baseada em juízos que, em sua gênese, são julgamentos antecipados baseados não mais no malfeito,

mas naquele mal em potencial. Estamos diante de instrumento que, acima de tudo, pretende-se disciplinador e vigilante.³¹

Frise-se que essa condição de concretude, de compreensão do fenômeno jurídico a partir de suas práticas de dominação concretas nas periferias do sistema e instituições, constitui uma advertência metodológica feita pelo próprio Foucault:

Exemplificando: em vez de tentar saber onde e como o direito de punir se fundamenta na soberania tal como esta é apresentada pela teoria do direito monárquico ou do direito democrático, procurei examinar como a punição e o poder de punir materializavam-se em instituições locais, regionais e materiais, quer se trate do suplício ou do encarceramento, no âmbito ao mesmo tempo institucional, físico, regulamentar e violento dos aparelhos de punição. Em outras palavras, captar o poder na extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício. (FOUCAULT, 1998. p. 182)

Como já demonstrado, Foucault rejeita a maneira de analisar o Direito a partir de reflexões teóricas feitas de sua relação com o problema da soberania política, o que impediria o vislumbre das práticas de dominação concretas do Direito e que fogem a essa questão.

3.5.2 A segunda advertência: a intenção dos agentes

Pensar o Direito unicamente a partir de sua relação com o poder concebido como algo pensado a partir da figura do soberano e, portanto, de uma concepção de poder centralizado, poderia conduzir a um método praticamente materialista, o que não é a intenção do autor.

Essa concepção de poder descentralizado, encontrado em práticas periféricas, conduz a uma segunda advertência metodológica: a questão da intenção.

[...] não analisar o poder no plano da intenção ou da decisão, não tentar abordá-lo pelo lado interno, não formular a pergunta sem resposta: "quem tem o poder e o que pretende, ou o que procura aquele que tem o poder?"; mas estudar o poder onde sua intenção – se é que há uma intenção – está

³¹ Essa característica da vigilância é um ponto chave das reflexões sobre poder construídas por Foucault: as estruturas políticas e jurídicas se mostram cada vez menos preocupadas com a punição, com a retribuição proporcional ao malfeito, e cada vez mais preocupadas com práticas de dominação que privilegiam a vigilância, o controle. *Vigiar e punir* (1987) é um exemplo de como Foucault estrutura esse pensamento.

completamente investida em práticas reais e efetivas; estudar o poder em sua face externa, onde ele se relaciona direta e imediatamente com aquilo que podemos chamar provisoriamente de seu objeto, seu alvo ou campo de aplicação, quer dizer, onde ele se implanta e produz efeitos reais. (FOUCAULT, 1998. p. 182)

Frequentemente, principalmente em trabalhos que se propõem a enxergar o corpo social a partir de relações estratificadas bem definidas, como classes e relações de soberania que partem de um comando central, tem-se sempre análises do Direito que procuram entender suas práticas a partir de questões sobre a intenção daqueles que o aplicam.

Como veremos adiante, rejeita-se por completo a ideia conspiracionista e simplificadora da realidade, que prega que os aplicadores do Direito simplesmente ignoram sua pretensa objetividade e empregam suas próprias intenções políticas e morais em suas práticas de maneira disfarçada, como se a reflexão verdadeira girasse em torno da intenção de seus agentes.

Tal visão ingênua, geralmente, trilha um caminho no sentido de tentar refletir a respeito da relação do Direito com o poder a partir de conjecturas sobre como controlar os agentes aplicadores do Direito para que não imponham sobre os enunciados jurídicos suas concepções políticas e morais. A conclusão a ser demonstrada é que os operadores do Direito *não possuem escolha*: suas decisões terão, em algum nível, conteúdos morais e políticos.

Por conta dessa visão, frequentemente, as reflexões em relação ao papel dos componentes políticos e morais no Direito seguem no sentido de estruturar mecanismos de controle que possam impedir os julgadores de empregar, em suas decisões, tais influências.

A intenção é boa e não está de todo errada, mas não soluciona o problema. Na verdade, o controle do solipsismo nas decisões judiciais, talvez seja a causa de todas as prescrições do direito liberal como forma de garantir o que se entende por segurança jurídica.

O solipsismo é um problema a ser enfrentado, mas do seu enfrentamento não podemos inferir a ideia de que o problema maior na relação entre o Direito e as relações de poder está no controle da intenção dos agentes responsáveis pelo manejo das ferramentas jurídicas.

O real problema, como se pretende demonstrar, está em entender de que maneira o Direito pode absorver as influências da moral e dos princípios políticos sem que as ferramentas jurídicas se tornem apenas um braço da moral e da política, deixando de lado toda a história de séculos do Direito liberal como um elemento racionalizante do processo democrático.

As próprias reflexões sobre o conceito de Ordem pública seguem, muitas vezes, nesse sentido. As soluções geralmente passam pela tentativa de se chegar a um conceito fechado (já se tratou sobre a tradição ocidental de pensar através da formulação de conceitos), como se ao chegarmos nesse conceito, toda a problemática fosse solucionada, já que os juízes estariam impedidos de colocar em suas decisões elementos políticos e morais, para simplesmente emular o conceito “técnico” em suas decisões.

Essa é uma visão ingênua, e que trata o problema como consequência, muitas vezes, no caso da Ordem Pública, de clamores por justiça contra uma sociedade que não pune suficientemente bem os malfeitores, e, portanto, muitos juízes, imbuídos do sentimento de necessidade de controle social, manejam o conceito de Ordem Pública para barrar a onda de criminalidade.

Essa não é a posição do presente trabalho e nem pode ser, como demonstrado pela presente advertência metodológica. Se fosse, estaria em desacordo com toda as reflexões traçadas até aqui que intentam demonstrar a complexidade do problema para além da ideia da possibilidade de um controle das aspirações políticas e morais dos aplicadores do Direito.

3.5.3 A terceira advertência: a ideia de posse do poder e o conspiracionismo

A terceira advertência metodológica tem a ver, em parte, com um tema que vem sendo esclarecido desde o começo da pesquisa: a visão conspiracionista do poder.

Como a tradição da filosofia jurídica sempre pensou o poder sobre a ótica do soberano, também a crítica seguiu da mesma forma, só que no sentido de

denunciar as práticas judiciais como elementos que se coadunavam totalmente com um centro de poder dominador e repressivo que estruturava sua força em todos os âmbitos da sociedade a partir de um ponto de poder central.

A visão dos marxistas segue, em parte, essa linha: o poder pode ser apreendido por uma classe. De posse desse poder, essa classe poderá subjugar a outra, aliená-la, torná-la seu objeto, estruturar todas as relações de verdade e dominação a partir da perspectiva da classe dominante.

Terceira precaução metodológica: não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras; mas ter bem presente que o poder – desde que não seja considerado de muito longe – não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhe são submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. (FOUCAULT, 1998. p. 183)

Essa ideia é importante para que, metodologicamente, as verdades que são estudadas através da genealogia não adquiram um tom conspiracionista de manipulação e dominação pela simples força. A dominação e a vigilância dependem de um poder que também se faz na metafísica, nas ideias aceitas, e que não podem funcionar se simplesmente impostas.

Portanto, as formas que o poder adquire também não poderão ser homogêneas ao longo de toda a rede. Mesmo aqueles sob o julgo de um déspota, constroem relações de poder e verdade que se manifestam de maneira diversa àquela mais próxima do *centro*. Para que a análise da situação seja correta, os indivíduos estão sempre na posição de *transmissão* do poder (FOUCAULT, 1998).

Daí também entendemos uma outra característica que difere o poder da genealogia foucaultiana das concepções do poder centrado no soberano: sua capacidade criativa.

Na tradição do estudo da filosofia do Direito, o poder tem sido estudado como algo simplesmente repressor, que se impõe sobre os indivíduos guiando suas ações. Parece sempre possuir um caráter restritivo mesmo quando *permite*.

O poder foucaultiano é sempre criador. Cria saberes e é criado por eles; estabelece dinâmicas, está em condição de ser exercido e atravessar qualquer indivíduo através de uma ação que é ativa e não somente reativa. (FOUCAULT, 1979)

3.5.4 Quarta advertência metodológica: da análise ascendente

Todas as advertências feitas até aqui estão encadeadas como uma única reflexão. A quarta precaução está muito relacionada com o senso de *concretude* da primeira advertência.

Quarta precaução metodológica: o importante não é fazer uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde se prolonga para baixo, em que medida se reproduz, até chegar aos elementos moleculares da sociedade. Deve-se, antes, fazer uma análise ascendente do poder: partir dos mecanismos infinitesimais que têm uma história, um caminho, técnicas e táticas e depois examinar como estes mecanismos de poder foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, subjugados, transformados, deslocados, desdobrados, etc., por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global. Não é a dominação global que se pluraliza e repercute até embaixo. (FOUCAULT, 1998. p. 184)

Aqui o autor faz uma advertência que nos leva mais uma vez ao problema da *dedução* aplicada às ciências sociais. Esta precaução, em si, poderia constituir uma crítica à forma como parte da sociologia tentou se organizar em torno de algo como um empirismo lógico próprio.

O exemplo da loucura é bastante esclarecedor. Caso a história da loucura, famosa obra do autor, tivesse sido escrita com base na lógica da dominação de classe feita pelo marxismo, poder-se-ia deduzir, a partir de um conceito mais geral, que em algum momento da história da classe burguesa, certas formas de racionalidade e de loucura foram marginalizadas por não serem úteis ao capital.

Ou seja: partiu-se de uma reflexão geral (o fenômeno da luta de classes e da dominação burguesa) e a partir desse fenômeno deduziu-se uma série de fenômenos existentes na sociedade.

Foucault recusa esse tipo de raciocínio. Pode ser que determinados mecanismos de poder, em certo momento, tenham sido utilizados pelas grandes estruturas de dominação, mas isso não significa que elas nasceram a partir dessas estruturas e que foram totalmente estruturadas por ela.

Certas formas de dominação podem ter nascido das relações sociais, e, em dado momento, coadunado-se e se mostrado úteis a certas lógicas de grandes aparelhos políticos que se utilizaram dessas práticas, reorganizando-as e dando-lhes direcionamento, o que conduz a última advertência.³²

3.5.5 Quinta advertência metodológica: da colonização dos instrumentos de formação do saber

É natural que Foucault seja lembrado quando se tenta falar algo sobre a força ideológica que o poder exerce sobre os indivíduos. Como já demonstrado, sua desconfiança do conhecimento, de certa influência nietzschiana, traz consigo aparentes conclusões a respeito do que parece ser a influência ideológica do poder em áreas e técnicas que de início não se estruturam a partir de tais influências.

O único ajuste que se deve fazer a esse raciocínio se desejamos fazer completa justiça ao pensamento do autor, é saber que, sim, realmente as grandes estruturas políticas podem ter produzido conteúdos ideológicos a partir de sua própria lógica central que foram importantes para sua solidificação e hegemonia, mas isso não significa que devemos estudar os mecanismos de poder a partir dessa lógica de *cima para baixo*.

Quinta precaução metodológica: é bem possível que as grandes máquinas de poder tenham sido acompanhadas de produções ideológicas. Houve provavelmente, por exemplo, uma ideologia da educação; uma ideologia do poder monárquico, uma ideologia da democracia parlamentar, etc.; mas não creio que aquilo que se forma na base sejam ideologias: é muito menos e muito mais do que isso. São instrumentos reais de formação e de acumulação do saber: métodos de observação, técnicas de registro, procedimentos de inquérito e de pesquisa, aparelhos de verificação. Tudo isto significa que o poder, para exercer-se nestes mecanismos sutis, é obrigado a formar, organizar e pôr em circulação um saber, ou melhor, aparelhos de saber que não são construções ideológicas. (FOUCAULT, 1998. p. 186)

³² “Ocorreu que os mecanismos de exclusão da loucura e de vigilância da sexualidade infantil evidenciaram, a partir de determinado momento e por motivos que é preciso estudar, um lucro econômico e uma utilidade política, tornando-se, de repente, naturalmente colonizados e sustentados por mecanismos globais do sistema do Estado.” (Foucault, 1979. p. 185)

Novamente, a advertência nos leva aos mecanismos reais de dominação que podem ter sido colonizados pelas formas de poder, mas que não, necessariamente, nascem a partir de construções ideológicas.

O exemplo do inquérito, quando falamos da construção de verdades³³ jurídicas, é certo. Poder-se-ia dizer que a história do inquérito em si já é a cristalização da racionalidade moderna em sua face dominadora. Porém, mais acertado seria, entender que, em determinado momento, tal discurso dominante utiliza dessas técnicas para se organizar e se impor através de tal mecanismo.

Voltando à questão da Ordem Pública, não se pode, por exemplo, inferir que existe na própria organização desse conceito jurídico-político, uma raiz que seja ideológica. Tal pensamento pode nos conduzir a uma análise reducionista e que não nos permitiria explicar todos os fenômenos relacionados a aplicação do conceito em suas mais diversas formas.

Não podemos deduzir, por exemplo, que em determinado momento, a classe burguesa estruturou um conceito jurídico para aprisionar pobres e desfavorecidos que não são úteis ao sistema.

Ao invés, é preciso olhar para o instituto em sua face real, concreta, na forma como é utilizado nas instituições do sistema de justiça e, a partir daí, inferir determinadas conclusões a respeito do uso dessa técnica pelas grandes formas de dominação.

O que tentaremos fazer no capítulo três é mostrar como esses institutos existem fora de uma ideia conspiracionista de dominação estruturada através da lógica da soberania combatida por Foucault.

A ideia é mostrar que o conceito de Ordem Pública e de Direito contém práticas e técnicas próprias, e que, em determinado momento, podem ter sido

³³ Foucault (2013, p. 24) esclarece: “Ora, onde encontramos a origem do inquérito? Nós a encontramos em uma prática política e administrativa de que irei falar-lhes, mas a encontramos também em prática judiciária. E foi no meio da Idade Média que o inquérito apareceu como forma de pesquisa da verdade no interior da ordem jurídica. Foi para saber exatamente quem fez o quê, em que condições e em que momento, que o Ocidente elaborou as complexas técnicas do inquérito que puderam, em seguida, ser utilizadas na ordem científica e na ordem da reflexão filosófica.”

colonizados por conteúdos políticos e morais, e, mesmo assim, sobrevivido em seu caráter autônomo.

Para Dworkin (2005), por exemplo, as decisões jurídicas devem ser, em algum nível, políticas. Essa colocação ficara mais clara depois das reflexões do último capítulo, em que o conceito de Ordem Pública aplicado como fundamento de prisões preventivas será utilizado como tentativa de demonstrar a impossibilidade do Direito se livrar de seus conteúdos políticos e morais, ao mesmo tempo que tal constatação não deve se ser entendida como uma condenação ao relativismo.

Com a ajuda da análise de um fenômeno prático da realidade das instituições do sistema de justiça, a partir de agora, demonstrar-se-á como o Direito liberal pode resistir a tais afirmações.

4. A ORDEM PÚBLICA E AS INFLUÊNCIAS POLÍTICAS E MORAIS NO DIREITO

4.1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS

Importante destacar que o presente capítulo não almeja fazer nenhum estudo sistemático de jurisprudência que possa ser reconhecido como pesquisa empiricamente estruturada. Um estudo de tal natureza seria incompatível com as reflexões feitas até aqui e se mostraria inútil aos objetivos da pesquisa.

O objetivo deste capítulo é mostrar as possibilidades, os problemas e as tentativas de estruturação do conceito de Ordem Pública enquanto fundamento de prisões preventivas, utilizando tal revisão teórica como ferramenta para refletir sobre a influência de aspectos morais e políticos no Direito como um todo, principalmente no que diz respeito à sua pretensão de neutralidade e universalização identificada sob o signo da cientificidade.

As jurisprudências que aparecem ao longo do texto têm o objetivo de ilustrar a problemática trazida e reforçar a argumentação *teórica*. As exposições feitas até aqui em nada seriam enriquecidas através de dados matemáticos, pois parte das problematizações propostas pela pesquisa versam, justamente, sobre as dificuldades do empirismo e de seus métodos enquanto epistemologia capaz de apreender

logicamente a realidade através da experiência. As divergências jurídicas não são desacordos empíricos.

Vindo da discussão Foucaultiana estabelecida como ponto sintetizador das posições da pesquisa a respeito da construção de verdade no Direito e na Ciência, pode-se retirar duas conclusões obtidas após as análises feitas nos dois primeiros capítulos.

A primeira delas é que a história da verdade da razão moderna foi construída em estreita relação com o empirismo lógico, que, em sua essência, possui pretensões de universalidade e neutralidade. (POPPER, 1972)

A segunda delas é que não há um problema a priori em encarar o Direito ou a ciência como instrumentos de produção de verdade, pois a problemática só surge quando, na ciência, a verdade é perseguida de maneira ontológica (KUHN, 1988), com pretensões que são advindas do empirismo lógico.

Ao último capítulo, resta demonstrar a conclusão do trabalho de que essa busca por uma Verdade de tal tipo, no Direito, é especialmente problemática porque tal Verdade depende de pretensões de universalidade e de neutralidade (por neutralidade, entenda-se que tais estruturas estariam livres das influências do sujeito, da moral e das relações de poder) que são partes inerentes ao universo jurídico, e que, mesmo estando presentes, não são elementos que impossibilitam sua organização como um campo autônomo válido do conhecimento.

Primeiramente, o trabalho tentará demonstrar a relação do próprio instituto da prisão preventiva com os mecanismos e discursos de poder utilizados pelo Estado como forma de manter uma determinada Ordem Pública (SANGUINÉ, 2014). Com isso, procura-se demonstrar que a origem desses institutos, assim como sua aplicação contemporânea, depende de concepções que são morais e políticas, fugindo da estreita ideia de tecnicidade da qual se revestem os enunciados jurídicos.

Buscar-se-á, também, demonstrar como alguns dos esforços teóricos para a organização do conceito de ordem pública também parecem apontar para a incapacidade do instituto de se livrar de todas as influências que seriam danosas a ideia de verdade construída pela tradição do empirismo lógico.

Como indicação de caminho possível, demonstrar-se, por último, que as divergências jurídicas não se dão a respeito de questões empíricas, mas de desacordos a respeito da própria ideia de direito. (Dworkin, 2007)

4.2 A QUESTÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: A VIGÍLIA DO FUTURO

Ao analisar fenômenos como a história da psiquiatria, a arqueologia foucaultiana se interessa por entender as condições que fizeram possível o surgimento daquele objeto. O sociólogo e a sociologia, como sujeito e objeto, respectivamente, por exemplo, só puderam existir graças a uma série de características de determinado momento histórico que os possibilitaram.

O exemplo do empirismo, já muito debatido no primeiro capítulo sobre outra ótica, é esclarecedor:

[...] na tradição empirista, mas finalmente da ciência experimental, da ciência da observação inglesa, a partir do fim do século XVI, e depois da francesa atc. – nessa prática da ciência da observação, vocês tem um sujeito, de alguma forma neutro, sem preconceitos, que diante do mundo exterior é capaz de ver o que se passa, de captá-lo, de compará-lo. Esse tipo de sujeito, ao mesmo tempo vazio, neutro, que serve de ponto de convergência para todo o mundo empírico, e que vai se tornar o sujeito enciclopédico do século XVIII, como é que esse sujeito se formou? Será um sujeito natural? Será que todo homem pode fazer isso? Será preciso admitir que, se ele não o fez antes do século XV, no século XVI, foi somente porque tinha preconceitos, ou ilusões? Será que eram véus ideológicos que o impediam de dirigir esse olhar neutro e acolhedor sobre o mundo? [...] De fato, esse sujeito supostamente neutro é, ele próprio, uma produção histórica. (FOUCAULT, 2013. p. 134)

Essas configurações históricas que permitem o surgimento de sujeitos e objetos de conhecimento também podem ser aplicadas às ferramentas jurídicas. O Direito Penal, em especial, é um campo muito utilizado por Foucault para introduzir essas questões.

De maneira geral, no Ocidente, a história da filosofia sempre esteve ligada, em algum nível, às reflexões sobre as práticas judiciárias, mesmo que as pesquisas nesse último campo, por diversas vezes, ocupem-se mais de suas technicalidades, o Direito sempre foi uma seara altamente fértil para as reflexões epistemológicas das ciências humanas, principalmente por sua relação direta com o poder estatal e seus mecanismos de controle.

Seja na figura dos inquéritos como instrumentos para construção da verdade, seja na evolução das formas de punir ao longo da modernidade, pode-se perceber todas as extensas reflexões aqui propostas.

A sociedade panóptica de Foucault (1987), inspirada nas ideias de Bentham, expressa a razão controladora que agora pode coagir seus alvos, vigiá-los e puni-los com certo distanciamento que remete à figura do teórico observador.³⁴

Essas perspectivas são extremamente valiosas para a presente pesquisa porque através delas podemos refletir, com profundidade, sobre como a racionalidade jurídica pode, ao mesmo tempo, pretender-se técnica, mas conter relações de dominação que visam controle social.

A ideia de prisão preventiva se encaixa como uma luva nessas reflexões. A pesquisa se coloca diante de um fundamento pretensamente técnico, mas que atua como válvula de escape para que necessidades políticas sejam incorporadas ao Direito ainda sob o verniz da cientificidade.

Ao mesmo tempo, trata-se de um instituto feito para o controle. A prisão preventiva não é uma retribuição a um malfeito, mas pretende ser uma ferramenta de controle de possíveis atos futuros a serem praticados pelo indivíduo que se julgou como perigoso a partir de constatações que são preliminares. Tal instituto coaduna-se com as reflexões foucaultinas a respeito da evolução da forma de punir durante a modernidade: “no panoptismo, a vigilância sobre os indivíduos se exerce não sobre o que se faz, mas sobre o que se é; mas sobre o que se pode fazer” (Foucault, 2013. p. 104).

A prisão preventiva trata justamente sobre esse último ponto: o que se pode fazer. Individualizam-se questões morais e de necessidade política de acordo com a situação para impedir um comportamento indesejado sem que nem mesmo se tenha certeza da ocorrência do crime, de suas consequências ou da culpabilidade do indivíduo.

A conduta será apurada ao longo de um inquérito, que como demonstrado por Foucault, é o instrumento utilizado pelo Ocidente para apuração da verdade e que se colocou quase que como uma evolução em relação ao direito dos poderosos e dos deuses. (FOUCAULT, 2013)

³⁴ Nesse sentido, Foucault (1987) esclarece a lógica da razão como instrumento de controle: “Do que se trata nesse nascimento da prisão? Da sociedade francesa num período determinado? Não. Da delinquência nos séculos XVIII E XIX? Não. Das prisões na França de 1760 a 1840? Tampouco. De algo mais tênue: da intenção reflexiva, do tipo de cálculo ‘ratio’ que foi posta em prática na reforma do sistema penal quando se decidiu introduzir nele, não sem modificações, a velha prática do encarceramento. Trata se, em suma, de um capítulo na história da ‘Razão punitiva’.”

Em determinada passagem, Foucault, mesmo inconscientemente, mostra a raiz da ideia de uma prisão cautelar ao refletir sobre a formação das novas formas de penalidade do século XIX:

Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle, não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade, ou não, com a lei, mas sobre o que podem fazer, o que são capazes de fazer, o que estão sujeitos a fazer, o que estão na iminência de fazer. (FOUCAULT, 2013. p. 86)

Dessa perspectiva, nasce um ponto fundamental para a existência de uma prisão cautelar: a noção de periculosidade. A punição penal da modernidade não é uma resposta a um malfeito, mas uma tentativa de controle de comportamentos indesejáveis por aqueles preliminarmente considerados perigosos.³⁵

Na sociedade panóptica, o judiciário não é único responsável por tal disciplina penal. A rede vigilante e disciplinadora estende-se por clínicas psiquiátricas, escolas, prisões etc. Esse tipo de vigilância é muito bem descrito na criminologia pelas práticas da chamada Escola de Chicago, em que o behaviorismo psicológico (WATSON, 1926) se desenvolve e passa a integrar, definitivamente, os elementos condicionantes de comportamento social através de ações direcionadas pelo Estado de controle social por meio da valorização do chamado controle social informal. (SHEIKARA, 2020)

A sociedade panóptica se opõe à sociedade legalista. Partindo do conceito de Ordem Pública, percebe-se que a importância da apuração dos fatos no inquérito é diminuída em detrimento da necessidade de vigilância e controle. A prisão cautelar pode (deveria?) ser decretada apenas com base em conjecturas lastreadas não apenas na possibilidade de dano, mas de fatores que também são julgados como importantes para a manutenção do tecido social, como “clamor público”. Aqui, a produção de verdade de pretensões ontológicas baseadas na ideia de neutralidade e universalidade adquire caráter ainda mais desafiador.

4.3 A QUESTÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

³⁵ “O laudo psiquiátrico, mas de maneira mais geral a antropologia criminal e o discurso repisante da criminologia encontram aí uma de suas funções precisas: introduzindo solenemente as infrações no campo dos objetos susceptíveis de um conhecimento científico, dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão, ou possam ser.” (FOUCAULT, 1987. p. 22).

No processo penal, há uma distinção conhecida entre dois tipos de verdade: uma real e outra processual. (GRINOVER, 2016)

A verdade real é aquela exterior ao Direito, reveste-se de caráter substancial e não formal. Pode e deve ser buscada pelo universo jurídico, mas, mesmo no caso em que se *conhece* tal verdade, ela só poderá ser legitimada quando estiver de acordo com as próprias regras de validação erigidas pela processualística jurídica.

No caso, por exemplo, das chamadas *provas ilícitas*, há uma indicação possivelmente concreta de uma verdade que existe no mundo real, mas que não passou pelas regras de validação da linguagem jurídica utilizada.

Assim, no Brasil, os códigos processuais, civil e penal, dispõem justamente acerca da validade da prova da verdade, que deverá seguir um trâmite que não cause surpresa às partes (livre acesso), que amplie sua participação no discurso relacionado ao seu enunciado (contraditório), que seja adequada e idônea ao fato que se quer provar e que não seja obtida por meios ilícitos. A busca da verdade não é, assim, orientada para a obtenção da verdade substancial, mas apenas da verdade provavelmente admitida. (TAVARES e CASARA, 2020. p. 147)

Nesse ponto, o Direito se aproxima de qualquer outro instrumento de produção de verdade: atua como um método capaz de indicar os caminhos válidos para a produção de determinado conhecimento.

Essa disposição existe por uma preocupação em ajustar os métodos de produção de verdade no Direito para que se possa ser o mais *objetivo* possível quando da tomada de uma decisão ante a complexidade do mundo real.

A questão nuclear é que a *verdade* deve ser construída, não se constituindo apenas pela evidência. Deve desprender-se da evidência, relativizando-a e submetendo-a a certas exigências. A *verdade* exige certos critérios e a própria racionalidade crítica a evidência pelo inerente caráter alucinatório e as *projeções imaginárias que são vividas na atualidade do conhecer*.

Há que se distinguir, na esteira de Rui Cunha e Fernando Gil, *verdades de evidência* e *verdades de prova*. A primeira, verdade da evidência, é alheia à ideia de processo, pois ela “constitui o que se chama o desdobramento do sentido na indicação da própria verdade, pondo-se por si”.

Já a verdade da prova, mais adequada à verdade processual, necessita de dispositivos exteriores de avaliação e comprovação. Isso porque trabalha de modo não alucinatório.

Aqui está a questão fundamental, bem identificada pelos autores: o processo e prova nele colhida servem para – de alguma maneira – corrigir esse caráter

alucinatório da evidência. Logo, o processo é um instrumento de correção do caráter alucinatório da evidência. (LOPES JR, 2012. p. 820)

Há, inclusive, defesas no sentido de que um direito processual penal voltado para busca de uma verdade real, em seu sentido ontológico, além de uma missão extremamente difícil e até mesmo ingênua, pode ser incompatível com as particularidades e exigências próprias desse campo do direito: colocar a busca pela verdade acima das *regras do jogo* já pode ser um problema.³⁶

Para essa visão, a busca de uma verdade real pode representar um retrocesso civilizatório, já que em sistemas autoritários é comum que essa pretensão só seja limitada pelos próprios interesses do Estado.

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (clausula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juizador (inquisidor). (LOPES Jr. et. al., 2016. p. 68)

Volta-se à questão de que, para o processo penal erigido sob as concepções políticas do liberalismo político³⁷, a busca pela *verdade real* é sempre limitada pelas *regras do jogo* que detém esse poder porque são a expressão de princípios políticos fundantes de toda a comunidade política e que devem, em tese, orientar todas as ações praticadas pelo Estado. O apego à ideia de cientificidade (e suas conseqüentes pretensões de verdade, neutralidade e universalidade) é uma tentativa, mesmo que consciente de suas próprias deficiências e limitações, de conferir ao Processo Penal o otimismo epistemológico do qual depende o Direito das democracias liberais (POPPER, 2008). Nesse sentido:

³⁶ Nesse sentido: “A ‘ambição de verdade’ como posta, no processo penal, é um perigo gigantesco. Um perigo que os civilistas não compreendem, pois não compreendem os valores em jogo no processo penal e o valor axiológico das “regras do jogo”. (LOPES Jr. et. al., 2016. p. 66)

³⁷ Frisa-se a questão do Direito (processual) penal produzido sob a égide específica do liberalismo político porque o trabalho já demonstrou sua dependência de certas pretensões de universalidade e otimismo epistemológico. Tal característica representa, inclusive, o ponto central dos estudos criminológicos de viés crítico, que veem nessa ambição, a tentativa da construção de uma concepção de delito a-histórica. Nesse sentido: “A tese da universalidade do delito e do direito penal, implícita nas teorias *liberais*, está no centro da crítica por parte dos autores que atuam dentro da *nova* criminologia, ou criminologia *crítica*. [...] a crítica da *nova* criminologia se dirige, principalmente, para a tese da universalidade do delito. De fato, melhor que qualquer outra implicação das teorias *liberais*, ela ilustra a sua efetiva colocação em face da ideologia penal”. (BARATTA, 2014. p. 151-152)

Talvez no fundo de tudo esteja lá o homem, com suas escolhas prontas e a salvo de qualquer outra interferência que não seja dele mesmo. Mas, ao menos por enquanto, não estamos dispostos a abandonar o compromisso ou

um nível mínimo de comprometimento com os fundamentos primeiros da Ciência. Obviamente não estamos falando de *neutralidade* do sujeito, mas da autocompreensão de seus condicionamentos no mundo da vida. E tampouco estamos falando da busca de qualquer *verdade real*, mas, sim, do cumprimento de uma tarefa inevitável, fundada na premissa essencial do Direito, enquanto aparato válido e legítimo para a produção de decisões sobre conflitos e dissensos. Essa tarefa, reitera-se, é a da decisão final no processo judicial. (PACELLI, 2016. p. 86)

Porém, essa ideia de busca pela verdade real, mesmo que limitada por disposições inerentes ao tipo de processo penal aspirado pela modernidade jurídica, definitivamente existe. Não se faz diferente da busca por verdades ontológicas em outras áreas do conhecimento, onde também se nota, apesar de regras metodológicas fixas que visam controlar a “qualidade” do conhecimento produzido, as mesmas pretensões.

Apesar de muitas vezes despida de caráter epistemológico, a discussão sobre verdade faz parte da prática do processo penal. Por conta de necessidades que provém de certas garantias inerentes aos sistemas jurídicos de natureza política liberal (como a ideia de *in dubio pro reo*), o assunto adquire extrema relevância, já que, em tese, uma condenação só pode ser advinda de fato tido como verdadeiro:

É na sentença condenatória que a verdade se torna um operativo de exigência, pois é necessária a devida comprovação através da referência a um núcleo probatório consistente, para que alguém seja punido. Isso não significa que a absolvição não precise ser explicada, pois nem todas as absolvições ocorrem por insuficiência de provas; em alguns casos, os rastros de inocência são mais fortes que as hipóteses da acusação e isso deve ser transposto para uma narrativa absolutória, que reconheça a inocência do réu.

Por outro lado, uma sentença absolutória por falta de provas não precisa fazer jus a verdade alguma: em função da presunção de inocência, não é necessário provar que o réu não deve ser punido; a ausência de rastros que o impliquem já é suficiente, e a existência de dúvidas também determina essa absolvição por força do *in dubio pro reo*. (KHALED Jr, 2013, p. 542)

No caso das prisões preventivas baseadas no conceito de ordem pública, nota-se uma mudança nessa perspectiva, já que não se está mais diante de uma tentativa de investigar a Verdade sobre determinado fato, mas da aspiração de tentar adiantar possíveis ações futuras que seriam danosas a bens tutelados pelo Direito Penal.

O desafio passa a ser muito maior para aqueles que ainda aspiram que o Direito busque por verdades ontologicamente postas, dotadas de neutralidade e

universalidade. O julgador passa a ser colocado diante da necessidade de um *juízo de probabilidade*. (Lopes Jr, 2012)

Diante disso, a partir de agora, passa-se a fazer uma incursão sobre o desenvolvimento da ideia de prisão preventiva e seus aspectos inerentemente políticos e morais *atrelados ao conceito de Ordem Pública*.

Importante adiantar que a pesquisa considera, como exposto mais adiante, que a ideia de prisão preventiva e o conceito Ordem Pública estão intimamente ligados, já que, em última análise, verifica-se que tal conceito tem o poder de abarcar todas as outras hipóteses em que tal prisão é legitimada pelo ordenamento jurídico.

4.4 PRISÃO PREVENTIVA E SUA RELAÇÃO COM AS TÉCNICAS DE DOMINAÇÃO DO ESTADO BASEADAS NA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA

Ao longo da história da humanidade, praticamente todas as culturas conhecidas desenvolveram mecanismos de punição para condutas indesejáveis por aqueles que detinham o poder político (ou simplesmente a força bruta). Duas questões decorrem automaticamente desse fato: quais condutas punir e como punir.

Muitos modelos existem, mas para as democracias liberais do ocidente, a questão da proporcionalidade sempre foi muito importante. Não se trata apenas de punir, mas de punir com pena que se mostre “proporcional” ao malfeito cometido. Há grandes dificuldades em relação a essa pretensão, que tem suas raízes mais profundas no utilitarismo (BENTHAM, 1979) e, mais tarde, no utilitarismo penal (FERRAJOLI, 2002).

Filosoficamente falando, tais dificuldades podem ser aquelas mesmas verificadas quando se discute os percalços práticos do utilitarismo: como colocar na balança coisas tão diferentes para poder saber a que ponto são equivalentes? (SANDEL, 2012) No utilitarismo, a equivalência pretendida se dá entre prazer e dor, no utilitarismo penal, entre crime e punição.³⁸

³⁸ A segunda equivalência é um desdobramento da primeira no sentido de que se pretende maximizar o prazer dos membros de uma sociedade ao mesmo tempo que se diminui a quantidade de sofrimento causada pela pena aplicada ao indivíduo. Em síntese, tudo se reduz a uma espécie de hedonismo de pretensões racionais. O próprio Bentham (1979) resume quando diz que “A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a *dor* e o *prazer*”. Tal afirmação seria

Não há uma fórmula capaz de dizer, matematicamente, qual a punição proporcional para determinado crime. O próprio ideário da sociedade tem o poder de alterar a equação, já que a mesma conduta pode ser mais ou menos repreensível para diferentes culturas. (BARATTA, 2014)

Apesar do exposto, o utilitarismo aplicado à esfera penal representa um avanço, pelo menos, no campo da intenção. Se seus objetivos são dificilmente atingidos por conta da complexidade envolvida no sopesamento para obtenção de equivalência entre diferentes objetos, a pretensão de *racionalizar* as punições já um ganho em si.

Nesse mesmo espectro de desenvolvimento de certa racionalidade dentro do que antes representava, simplesmente, uma resposta violenta de alguém “legitimado” a fazê-lo, decorreram também novas necessidades, dentre elas, a presença de certo humanismo.³⁹

Em seu início, o ato estatal de punir tinha a ver unicamente com seus próprios objetivos. O Estado punia para manter a *Ordem Pública*. Tal ordem era a erigida por aqueles que detinham a força. O indivíduo era apenas o objeto alvo:

Historicamente, pode-se notar que o absolutismo, o autoritarismo do século XX, as ditaduras latinas dos séculos XX e XXI acionaram (e acionam) o direito e o processo criminal como forma de atingir seus objetivos. Durante o Absolutismo (séculos XVI e XVIII predominantemente), pensadores como Maquiavel, Bodin, Bossuet, Grócio e Hobbes estabeleceram justificações (“racionalis”) ao poder real absoluto. A centralização do Poder Executivo,

simplesmente replicação de preceitos hedonistas caso não fosse sua pretensão de racionalidade. O utilitarismo racional é a tentativa de traçar uma fórmula para se chegar a princípios morais que sejam estruturados unicamente através da razão. A ideia de moralidade sempre pareceu conduzir a conclusão de que esses enunciados dificilmente podem se tornar prescrições despidas de subjetividade, apesar de várias tentativas nesse sentido. Bentham, através de seu utilitarismo racional, recicla os princípios hedonistas, porém aplicando-os como fiéis da balança do agir individual e institucional. Sua pretensão racional é tão importante para a real compreensão de sua fórmula, que Foucault, crítico e pensados dos caminhos da razão moderna, vê no autor um exemplo poderoso para refletir sobre os alcances da razão moderna. Não é por acaso que o panóptico de Bentham é utilizado por Foucault para refletir sobre o viés controlador e vigilante da racionalidade moldada na modernidade.

³⁹ Esclarece Guimarães (2010. p. 22) sobre a insuficiência da necessidade de paz para a legitimação do Direito Penal: “O asseguramento da paz, da segurança e da possibilidade de convivência social harmônica seriam condições necessárias, mas não suficientes, para legitimar o Direito Penal. Tais objetivos já eram propostos pelo Estado Absoluto e o que existia era um Direito penal do terror, ou seja, apesar de os fins continuarem sendo, em uma última análise, os mesmos, os meios utilizados para se configurarem como legítimos necessariamente devem ser bem menos grotescos – tortura, penas cruéis, juízos de exceção, aplicação desigual de lei, entre outras barbaridades – do que os usualmente praticados naquela época.”

Legislativo e Judiciário em apenas uma figura conferia a ela extremo e perigoso “poder” sobre as pessoas, os cidadãos. É nesse período que os Tribunais do Santo Ofício se ampliaram e passaram por sua fase mais dura. Na Inquisição espanhola, o processo penal que se desenvolveu continha elementos de benefício ao julgador e à acusação, além de limitações ao direito defensivo, que consubstanciaram um modelo inquisitivo de processo criminal, sinônimo de sobrepeso na balança da justiça, de violação de direitos, de objetificação do processado até os dias de hoje. O processo penal, regido de modo exclusivo pelo interesse estatal, consistiu em reflexo do pensamento político dominante à época. (PRADO e SANTOS, 2018. p. 69)

Com a ascensão do liberalismo político nascido das revoluções burguesas do século XVIII, a preocupação com o indivíduo torna impossível que o manejo do processo penal considere apenas os objetivos do Estado.

A própria existência das instituições teria que ser estrutura em respeito à supremacia de valores decorrentes da ideia de que os seres humanos possuem direitos que precedem todas as estruturas políticas.

Rompeu-se, com a revolução liberal, ao menos simbolicamente, como diz Bobbio, o modelo absoluto, e houve o estabelecimento de bases filosóficas e jurídicas que consagraram o direito natural como superior à “abusiva” lei dos homens, firmando a representatividade, os direitos do homem, a separação dos poderes em substituição ao poder concentrado e ilimitado do soberano. (PRADO e SANTOS, 2018. p. 69)

O primeiro capítulo deste trabalho já deixou clara a relação entre o liberalismo político e os ideais de racionalidade advindos dos filósofos do esclarecimento, mas é também na modernidade que se verifica um fenômeno que passou a ser o traço que talvez mais identifique o Direito Penal contemporâneo: passou-se da pretensão de punir um malfeito cometido para a ideia de que o mais importante seria evitar que as condutas indesejadas aconteçam em primeiro lugar.

A ideia de vigilância e controle toma um caráter muito mais forte e passa a ser o principal objeto dessas práticas judiciárias moldadas pela racionalidade moderna (FOUCAULT, 1999).

Esses dois movimentos de mesma raiz e, aparentemente, contraditórios por conta das consequências advindas do segundo, estruturam, até hoje, o paradigma dominante de uma discussão amplamente conhecida e que possui vários nomes, dentre eles, o fenômeno da “constitucionalização do direito penal”.

Nesse contexto, a prisão preventiva, por natureza, já representa um desafio para o Direito liberal. Como punir proporcionalmente e assegurar ampla defesa numa

pena⁴⁰ que é aplicada antes mesmo do julgamento? Fundamentar tecnicamente prisões desse tipo é sempre um desafio carregado de presunções e certa subjetividade, o que faz com que parte da doutrina entenda que prisões preventivas baseadas em conceitos indeterminados como o de Ordem Pública são inconstitucionais (LOPES JR, 2013).

O garantismo é, em certa medida, a ideia de aplicação objetiva de princípios e garantias individuais ao processo penal. Quando se defende esse tipo de dinâmica, pautada no que muitos chamam de constitucionalização do direito penal, advoga-se que tais direitos não podem ser violados ou relativizados em prol de nenhum projeto coletivo. A prisão preventiva parece, por natureza, seguir no sentido oposto.

No Direito brasileiro, as hipóteses de prisão processual estão elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (BRASIL, 1941)

Como verificado acima, o código traz algumas hipóteses, mas ao analisarmos o conceito de Ordem Pública em suas mais diversas manifestações, percebemos que ele é suficientemente amplo para abarcar todos os outros. De certa forma, Ordem Pública pode ser encarada até mesmo como o próprio objetivo inerente à ideia de Direito.

⁴⁰ Utiliza-se o termo “pena” com a ciência de que, do ponto de vista *técnico*, o termo não é o mais adequado. Porém, mantém-se sua utilização para externalizar um viés crítico. A prisão processual brasileira possui deficiências e contradições que fazem com que, muitas vezes, torne-se verdadeira pena antecipada. Sanguiné (2014, p. 15) esclarece que “A prisão provisória, como meio de privação de liberdade, possui caráter *aflictivo* e produz *efeitos essencialmente antecipatórios da pena*, como se demonstra pela detração do tempo cumprido a título de medida cautelar no cumprimento da pena que futuramente se imponha, recordando que qualquer antecipação em satisfazer o *ius puniendi* estatal é contrária ao direito à presunção de inocência”.

Como qualquer outro comando judicial, a prisão preventiva precisa ser fundamentada. Geralmente, quando lidamos com outros institutos, a ideia de fundamentação é praticada quando o julgador consegue relacionar os fatos ocorridos no caso concreto a uma previsão legal. Os fatos, geralmente, já ocorreram, e o texto legal, em todo o seu conteúdo, é anterior ao acontecimento que motivou o comando.

No caso da prisão preventiva, o que se tem é o receio de algo possa acontecer. Um dos muitos brocardos presentes na fundamentação de prisões preventivas é o conhecido “risco de reiteração”. Parte da doutrina vê essa hipótese como um exercício de futurologia impossível, inadequado às pretensões de um Direito baseado em garantias individuais.

No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de *risco de reiteração de delitos*, está-se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal.

Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros. (LOPES JR., 2013)

Argumentos desse tipo são absolutamente irrefutáveis pela defesa. Ao Direito penal (que se pretende científico) muito bem caberia, em casos análogos, a aplicação da teoria da falseabilidade de Popper (1972). Explica-se tal afirmação, à primeira vista não tão clara, até para que se demonstre como a epistemologia tem grande potencial para contribuir em questões práticas enfrentadas pelas instituições do sistema de justiça.

Suponha-se, por exemplo, que determinado juiz seja confrontado com uma representação do Ministério Público que pede a prisão preventiva de determinado sujeito. O membro do *parquet* fundamenta seu pleito no risco de reiteração delitiva do acusado. Como deveria o juiz estruturar sua argumentação do ponto de vista *científico* de bases popperianas?

Primeiramente, cabe um breve esclarecimento quanto a um engano comum que existe na academia. Quando se fala em falseabilidade, muitos acreditam que Popper sugere que se levante uma hipótese, que essa hipótese sofra tentativas de refutação, e se, ao final desse processo, tal hipótese resistir às objeções e verificações empíricas lançadas sobre ela, ter-se-ia, uma provisória verdade científica.

Fora os pecados perdoáveis cometidos em qualquer tentativa de simplificação, não há nenhum erro flagrante no que foi descrito, que mais se aproxima da compreensão do que seria o método hipotético-dedutivo proposto pelo autor.

Porém, pretende-se chamar atenção para um aspecto muito importante no que se refere ao critério da falseabilidade: ao cunhá-lo, Popper desejou que sua utilização fosse um critério de *demarcação*.

Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: *deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico*. (POPPER, 1972. p. 42)

A lógica indutiva inerente ao empirismo lógico preconiza que os enunciados científicos devem ser passíveis de verificação quanto à sua veracidade ou falsidade. Nesse sentido, todo enunciado que se pretende científico, deve ser organizado de modo que possa ser, através da *experiência*, validado em sentido positivo ou negativo.

No capítulo I, o trabalho já demonstrou alguns problemas do empirismo lógico que não permitem que ele chegue às suas pretensas verdades confirmadas pela experiência. Porém, o critério *negativo* ainda é bastante útil e pode servir de demarcação para os enunciados que podem compor o universo passível de ser submetido à verificação científica.

Na visão popperiana, um determinado enunciado poderá compor o universo passível de verificação científica na medida em que pode ser falseado. Na Ciência, não há enunciado que possa ter sua veracidade verificada à maneira como preconizam os empiristas lógicos, mas sempre há a possibilidade de redução do universo científico àqueles enunciados passíveis de refutação.

“Deus não existe” não pode ser um enunciado empiricamente falseado. Não há *possibilidade* de alguém demonstrar que tal afirmação é falsa, portanto, não está dentro do critério de demarcação da falseabilidade.

Esse pensamento é útil porque tem o poder de introduzir nos sistemas teóricos até mesmo enunciados insuscetíveis de verificação conclusiva, o que é um avanço em relação às teorias positivistas do conhecimento.

Se quisermos evitar o erro positivista de eliminar, por força do critério de demarcação que estabelecemos, os sistemas teóricos de ciência natural, deveremos eleger um critério que nos permita incluir, no domínio da ciência empírica, até mesmo enunciados insuscetíveis de verificação. (POPPER, 1972. p. 42)

Em nosso exemplo primeiro, não há possibilidade da defesa do acusado de um possível crime futuro refutar conclusivamente tal afirmação. Portanto, excetuando-se situações em que, por circunstâncias específicas do crime, pudesse ser verificado perigo *concreto* de reiteração, não há como tal juízo integrar o campo dos enunciados jurídicos de pretensão científica.

Em muitos casos práticos, não é o que se verifica. Geralmente, o risco de reiteração é justificado até pela própria natureza do crime a respeito do qual ainda nem se pôde julgar:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. GRAVIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. A decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia ordem pública requer ponderação fundada quanto à periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva, que podem, dentre outros indicativos, emergir das próprias circunstâncias da infração. 2. Na espécie, os indícios de profundo envolvimento dos pacientes em crimes graves, evidenciada por meticulosa investigação policial aliada à falta de comprovação de ocupação lícita, sugerem periculosidade latente e respaldam a prognose de reiteração delitiva que embasou o juízo de necessidade da custódia cautelar para preservação da ordem pública. 3. Ordem denegada.

(TJ-DF, Processo nº 07005086920198070000, Relator: JESUINO RISSATO, Data de Julgamento: 07/02/2019, 3ª Turma Criminal. Disponível em <https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/674536585/7005086920198070000-df-0700508-6920198070000>. Acesso em 24/04/2021)

Digamos, por exemplo, que um juiz seja confrontado com um caso em que a única prova contra determinado acusado seja a palavra de uma única testemunha. Como proceder?

Existem casos em que, apesar de a única prova ser a palavra de uma testemunha, as circunstâncias apuradas, a organização dos fatos em torno do itinerário delitivo, permite que se possa ter meios para refutar o que foi alegado em determinado depoimento.

Há casos, porém, em que isso não é possível. Nessa segunda situação, como a defesa poderia refutar uma afirmação que só depende da veracidade da palavra de alguém? A única prova não seria *falseável*, portanto, o enunciado jurídico que tomasse como fundamentação aquele único elemento, não poderia compor o universo empírico do Direito pretensamente científico.

Porém, sabe-se que não é estranho à doutrina os problemas de fundamentação da prisão processual. Na maior parte dos casos, os argumentos que

advogam pela legitimidade de sua aplicação, quase sempre vão no sentido de que, diante da realidade prática, não há alternativa que ainda se mostrou viável no sentido de satisfazer, ao mesmo tempo, as exigências de segurança jurídica e ampla defesa dos acusados e os temores sociais de violência e desordem.

“O instituto da prisão provisória revela a irredutível antinomia de duas ordens de legitimidade, dialeticamente em oposição e que historicamente oscilam de um polo a outro na busca de um difícil compromisso que satisfaça, ao mesmo tempo, as exigências da justiça individual e os imperativos da proteção social: o direito à liberdade e à presunção de inocência, de caráter individual, e o direito da sociedade a manter a ordem e a segurança para uma convivência pacífica. Uma vez que a prisão provisória é uma incontestável violação do direito fundamental à liberdade, tal violação somente pode ter explicação e limites no direito concorrente da sociedade à proteção e à segurança que requer a ação da justiça, que têm também enraizamento constitucional.” (SANGUINÉ, 2014. p. 16)

Desde a eclosão das democracias liberais, há sempre uma luta interna no Direito entre o interesse estatal e os direitos individuais de seus cidadãos. Diz-se desde a eclosão das democracias liberais, porque antes da noção de que os sujeitos considerados separadamente eram dotados de direitos inalienáveis e que deveriam ser respeitados a despeito de qualquer projeto coletivo, tais *garantias* atuam como freio de pretensões políticas, até mesmo daquelas que detém apoio popular.

Essa última afirmação é importante porque, há alguns séculos, o argumento democrático parece ser a última instância de todas as discussões. Porém, existe uma confusão significativa quando se traça certas discussões a respeito de democracia. Há, no imaginário popular, uma noção simplificada de que uma ação é democrática se está de acordo com a vontade da maioria. Essa noção é extremamente perigosa.

Democracia sempre deve ter um sobrenome, e aquela que o Ocidente construiu é chamada de liberal. Recebe esse sobrenome porque, apesar de pautar grande parte de sua dinâmica no princípio majoritário, é estruturada em torno de objetos e direitos que devem ser perseguidos e protegidos pelas sociedades que se propõe a compartilhar de tal concepção política⁴¹.

⁴¹ Esclarece Bobbio (1996. p. 19): “Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não

Frisa-se tal ponto porque dentro das discussões a respeito da tensão existente entre direitos e individuais e a prisão preventiva baseada no conceito de Ordem Pública é muito comum que se encontre menção à ideia de “clamor público”. Não são raras decisões nesse sentido, principalmente quando o caso recebe atenção diferenciada da mídia e da sociedade.

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PRISÃO PREVENTIVA. CLAMOR PÚBLICO E PERICULOSIDADE. I - A grande comoção que o delito causa na sociedade, gerando expectativa de impunidade, é motivo para a decretação da segregação cautelar. II - **A forma de execução de delito gravíssimo, revelando, em princípio, periculosidade, serve de fundamento para a prisão "ad cautelam", ainda que o agente seja primário, de bons antecedentes, afora outras qualificações normalmente elogiáveis.** "Writ" denegado.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus 1998/0075174-2, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 10/11/1998, Quinta Turma. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/458526/habeas-corpus-hc-8025-pi-1998-0075174-2>. Acessado em 15/08/2021)

A presença de algo como “clamor público” utilizado como fundamento de prisões preventivas, escancara a face *política* de tal instituto. Política aqui entendida em seu sentido menos liberal do termo, e mais próximo de um arranjo de forças pautadas naquilo que se estrutura como discurso dominante.

Depreende-se do exposto que o conceito de Ordem Pública, desde a sua origem até a contemporaneidade, tem uma grande ligação com as estruturas políticas preocupadas com a manutenção da estabilidade das instituições internas dos Estados. O lado político desse conceito remete, em última instância, à ideia de que algo precisa ser feito para que corpo social mantenha certa disposição de seus elementos que permita o funcionamento de acordo com certa ordem erigida.

Se na Constituição, a ideia de Ordem Pública aparece muito ligada à ideia de segurança pública, de maneira curiosa, se analisarmos a presença do termo no Código Penal Brasileiro e no Código de Processo Penal, na maior parte das vezes (quatro de um total de sete), o instituto é empregado conjuntamente aos termos “moral” ou “bons costumes”. O código penal valoriza tanto a questão moral que ela

liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.”

chega a ser critério expresso a ser utilizado como circunstância atenuante da pena (art. 65, III, alínea “a”).

Essa rápida leitura já nos leva a concluir que, para além da questão de segurança pública, a Ordem Pública é um conceito que dialogará, incessantemente, com outras áreas do sistema social.

A realidade prática parece apontar no sentido de que ainda não é possível abolir o instituto da prisão preventiva, mesmo quando baseada em fundamentos mais subjetivos como a Ordem Pública e o risco de reiteração delitiva.

As sugestões, que podem ser verificadas através das discussões presentes nas muitas propostas de alteração da legislação desde a década de 40, quase sempre são da ordem daqueles que acreditam que uma melhor delimitação do conceito de Ordem Pública, ou o estabelecimento de hipóteses taxativas para a decretação da prisão preventiva seriam o remédio adequado.

Porém, os casos que chegam ao judiciário são, por vezes, demasiadamente complexos, abarcando uma infinidade de variantes, o que torna inviável que o texto legal preveja, taxativamente, todas as hipóteses em que o juiz poderia aplicar o instituto da prisão processual. Por diversas vezes, a própria conjuntura política e as tensões internas de determinada sociedade têm o poder de adentrar essas estruturas.

Os conceitos indeterminados existem na legislação por um motivo, que, quase sempre, é de ser uma válvula de escape argumentativa que permite aos juízes exercer sua jurisdição mesmo nos casos mais inesperados e que exigem a consideração de situações que fogem ao juízo estritamente técnico em detrimento de conteúdos políticos ou morais

A cláusula da ordem pública constitui um recurso retórico introduzido pelo legislador que resulta da propagação do discurso de *law and order* que alimenta a legislação do processo penal de emergência e que cristaliza um conceito que contém evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos, dependentes unicamente da própria sensibilidade do juiz, e por essa impossibilidade de estabelecer limites é incompatível com o Estado de Direito, na medida em que permite sobrepor sempre o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais. No conceito indeterminado de ordem pública é possível encaixar quaisquer tipos de finalidades de encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de carácter cautelar propriamente ditas relacionadas às necessidades do processo penal. (SANGUINÉ, 2014. p. 302)

Apesar de julgada por alguns como necessária, tal dinâmica pode se tornar um meio para o exercício do arbítrio, infestando a fundamentação pretensamente técnica de conceitos extrajurídicos e excessivamente abertos.

Frequentemente, decisões que decretam prisões preventivas tornam-se verdadeiros juízos de valor sobre a personalidade do indivíduo alvo. O próprio histórico do instituto no Brasil demonstra que essa avaliação da conduta moral do sujeito alvo da prisão cautelar foi e ainda é um ponto importante. Tomemos como base a estruturação jurídica dessa ferramenta no início do século XX, ainda no governo de Nilo Peçanha:

Art. 27. A prisão preventiva é autorizada de acordo com a legislação vigente.

§ 1º Dos crimes afiançáveis quando se apurar no processo que o indiciado:

a) é vagabundo sem profissão lícita e domicílio certo; já cumpriu pena de prisão por efeito de sentença proferida por tribunal competente.

§ 2º, Nos crimes inafiançáveis, enquanto não prescreverem, qualquer que seja a época em que se verifiquem indícios veementes de autoria ou cumplicidade.

Art. 28. A requisição e a concessão do mandado de prisão preventiva serão sempre fundamentadas. (BRASIL, 1909)

Verifica-se que, apesar da preocupação expressa pelo art. 28 do referido decreto quanto à necessidade de fundamentação, o artigo anterior trata de condicionar a aplicação do instituto à condição de “vadiagem” do indivíduo.

Pode-se encontrar disposições semelhantes na Lei de Contravenções penais, por exemplo, que trata de esclarecer que devem ser presumidamente considerados perigosos os indivíduos condenados por vadiagem ou mendicância.⁴²

Até os dias de hoje, “profissão lícita” ainda faz parte dos argumentos presentes em decisões de tal tipo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES - 21,907KG DE HAXIXE. AUSÊNCIA

⁴² Até a reforma de 1984, o Código Penal também trazia uma seção destinada a estabelecer quais indivíduos deveriam ser considerados perigosos pela justiça brasileira. A lista, presente nos artigos 77 e 78 da antiga legislação, listava, dentre outros, indivíduos que cometiam crimes sob efeito de álcool, que demonstrassem “insensibilidade moral”, e, até mesmo, menção a pessoas com deficiência mental a quem haviam sido impostas medidas de segurança.

DE RESIDÊNCIA FIXA E PROFISSÃO LÍCITA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 3. No caso, as instâncias ordinárias se basearam em elementos concretos que demonstram a necessidade da custódia, sobretudo natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos - 21,907kg de haxixe, na forma de 110 tabletes, durante transporte interestadual. 4. **A circunstância de o paciente não ter logrado comprovar residência fixa ou profissão lícita reforça os indícios de que faz do tráfico seu meio de vida e corrobora a necessidade da prisão como forma de garantir a ordem pública.** 5. A hipótese prevista no art. 318, inciso VI, do Código de Processo Penal e requer a efetiva demonstração de que o paciente é o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, bem como prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. 6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública. 7. Habeas corpus não conhecido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 379711. Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Data de Julgamento: 21/02/2017, Quinta Turma. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443284767/habeas-corpus-hc-379711-sp-2016-0306642-3>. Acessado em 30/07/2021)

Mais importante do que isso, é que se note que a prisão preventiva é sempre uma ferramenta aplicada a partir de presunções a respeito não somente da situação fática em si, mas, por diversas vezes, de um julgamento moral do indivíduo.

Importante ressaltar, que conforme a quinta advertência metodológica feita ainda no capítulo dois, não se pretende afirmar que o instituto da prisão preventiva ou que o Direito Penal tenha sido criado com o objetivo de punir setores marginalizados da sociedade. Porém, como já explicado ainda durante as mesmas advertências, é necessário que se atente para a possível *colonização* desses institutos por determinadas visões ideológicas de discursos dominantes.

O presente tópico objetivou demonstrar que a prisão preventiva nasce intrinsecamente ligada à ideia de conservação da Ordem Pública (adiantando que a estruturação desse conceito envolve, por natureza, questões morais e políticas

incompatíveis com pretensões de *neutralidade* e *universalidade*), que, em última instância, tem abrangência suficiente para abarcar todas as hipóteses legais através das a prisão processual é permitida. Por essa razão, a partir de agora, o trabalho focará nos problemas relacionados à tentativa de estruturação de tal conceito.

4.5 TENTATIVAS E UTILIDADES DE UMA ESTRUTURAÇÃO UNIVERSAL DO CONCEITO

Uma das primeiras questões levantadas a respeito do conceito de Ordem Pública foi a dificuldade enfrentada por aqueles que se dispõem a estudá-la no sentido de que o termo é empregado numa variedade muito grande de conceitos e até mesmo significados diferentes.

Como parte das advertências metodológicas feitas durante o trabalho apontam os erros que podem advir da tentativa de estruturar conceitos como forma de gerar conhecimento válido sobre algo, ao presente trabalho, não caberia o esforço de tentar chegar uma definição que melhor reflita a essência da ideia de Ordem Pública.

Porém, algumas tentativas de estruturação do conceito foram feitas, criativamente, de forma a englobar reflexões que permitam uma visão *sistêmica* do instituto e que, por essa razão, também ajudam na evolução das reflexões propostas, pois a ideia do trabalho é justamente se propor a verificar as condições de uma ciência baseada nas pretensões de neutralidade e universalidade no Direito, através de reflexões sobre a estruturação do conceito de Ordem Pública em prisões preventivas.

Neste tópico, como exemplo dessas tentativas e das lições que se pode apreender delas, a pesquisa focará na pesquisa do professor Moreira Neto (1988). O primeiro passo em direção a essa reflexão deve, como toda a pesquisa fez até aqui (e como o próprio professor Moreira Neto o fez), partir de uma preocupação metodológica.

Do início da modernidade até final do século XIX, por exigência metodológica, o objeto de estudo de todo conhecimento que se propusesse a ter caráter científico, teria que ser precisamente delimitado, separado de todo o resto do universo por barreiras muito claras para que seu estudioso pudesse vê-lo com clareza visando uma descrição objetiva e perfeita.

As reflexões sobre a influência do papel do Direito na construção do saber ainda não detinham força suficiente para sobrepor a crença de que o *objeto* seria a fonte verdadeira de todas as Verdades a serem apreendidas pelo homem. Crença esta que estava baseada na sedimentação do empirismo lógico como metodologia dominante nas ciências da natureza.⁴³

No começo do século XX, mais uma vez, como já demonstrado ao longo da pesquisa, um acontecimento nas ciências da natureza mudou a forma como todo o conhecimento passou a ser estruturado, inclusive, metodologicamente. Rutherford (1911) propõe, pela primeira vez, um modelo “planetário” do átomo, “descoberta” que, rapidamente, desenrola-se para a estruturação teóricas de outras possíveis subdivisões.

O átomo, antes indivisível, um objeto uno, agora, era descrito sob a forma de *sistema*, com cargas antagônicas que se relacionavam entre si numa estrutura que se autorregulava, mas que também poderia apresentar instabilidades. Essa mesma perspectiva pode ser replicada para explicar o comportamento dos mais diversos objetos científicos, inclusive, no âmbito das ciências sociais: “a sociologia buscou seu ‘átomo social’” (MOREIRA NETO, 1988. p. 138)

A sociedade, portanto, tal qual o átomo, pode ser enxergada e estudada como um corpo único do qual se extraem informações para teorização científica, ou pode ser vista como uma estrutura, com a mesma ideia proveniente das descobertas atômicas, autorregulável e com pretensões de estabilidade que comporta diversos elementos, muitas vezes, em relação de antagonismo.

Diante dessas descobertas, Bertalanffy (1972) propõe a sua chamada Teoria dos Sistemas, que além de ter como característica a pretensão de universalização das bases ciências naturais e das ciências humanas, também pretendia revolucionar o estudo das ciências sociais ao enxergar os fenômenos sociológicos sob a ótica de várias partes em interdependência ao formar um sistema uno, que possui uma organização (ordem) e que formam um sistema em equilíbrio, ou, pelo menos com relações regulares.

⁴³ Visão muito influenciada por um certo *empirismo*. Marques Neto (2001) define com maestria a principal característica desse tipo de processo epistemológico e deixa clara sua relação com a reflexão feita: “A principal característica do empirismo (...) *consiste na suposição de que o conhecimento nasce do objeto.*”

Dessa ideia de *ordem* obtêm-se a primeira parte para a estruturação do entendimento do que seja a *Ordem Pública*. No artigo 312 do CPP, o legislador separou Ordem Pública de Ordem Econômica. Quais seriam as outras ordens que comporiam o sistema político-jurídico brasileiro? Que sentido tem a palavra “ordem” nesses casos? A Ordem Pública é mesmo um conceito tão amplo que chega a abarcar todas as outras ordens (como parece indicar algumas de nossas reflexões já feitas), como a Ordem Jurídica e a Ordem Econômica, por exemplo?

A ideia de *ordem* está ligada à ideia de sistema. Todo sistema possui uma organização específica que permite sua caracterização com estrutura dotada de certa estabilidade. A *ordem* é “a disposição interna dos que viabiliza uma organização” (MOREIRA NETO, 1988).

Importante destacar que, dentro de um sistema maior, também convivem outros subsistemas. Portanto, dentro do sistema maior identificado com um determinado corpo social, pode-se identificar o *sistema* político, o *sistema* econômico, o *sistema* jurídico, etc. Cada um desses sistemas possui uma *ordem* específica que o difere como sistema específico entre os mesmos sistemas a respeito dos mesmos domínios: a *ordem* política, a *ordem* econômica, a *ordem* jurídica, etc.

A que sistema pertenceria, então, a Ordem Pública? Segundo Moreira Neto (1988), essa ordem específica está relacionada ao Sistema de convivência pública. Tal sistema contemplaria todas as formas e relações de poder, subsistemas e suas respectivas ordens, que não provém diretamente da atuação do Estado. São as relações que entre si, travam os indivíduos, independentemente do Estado e de outras instituições a que pertençam, nas ruas, nas praças, no trabalho, nas fábricas, nos salões, nas salas de aula, enfim, onde quer que mais de uma pessoa se congregate, onde quer que ocorra convivência pública⁴⁴.

A Ordem Pública é a organização mínima, sob a forma de organização ética, também mínima, que permite aos indivíduos o exercício da liberdade individual em tais circunstâncias.

⁴⁴ Nas palavras de Moreira Neto (1988, p.142): “É necessário dispor-se a convivência pública de tal forma que o homem, em qualquer relação em que se encontre, possa gozar de sua liberdade inata, agir sem ser perturbado, participar de quaisquer sistemas sociais que deseje (econômico, familiar lúdico, acadêmico, etc), sem outros impedimentos e restrições que não os necessários para que essa convivência se mantenha sempre possível, sem outra obrigação que de observar a normatividade que lhe é imposta pela ordem jurídica constituída para todo o polissistema e admitida como o mínimo necessário para assegurar, na convivência, a paz e a harmonia indispensáveis”.

Importante ressaltar, que diferente das ciências naturais, que buscam descrever com o maior nível de clareza os fenômenos concretos relacionados aos seus objetos, nas ciências do espírito, os sistemas também podem ser explicitados na forma descritiva do dever-ser, em um plano puramente abstrato. Todos os sistemas e subsistemas podem existir em seu sentido *material* e em seu sentido *normativo*.

Portanto, nas ciências sociais, um sistema pode ser a tentativa de descrição precisa de determinadas relações (sentido *material*), como pode conter uma prescrição que se entenda ideal para aquela estrutura (sentido *normativo*). Quando o estudo desses sistemas assume tal caráter prescritivo, diz-se que o sistema é descrito em seu sentido normativo. (MOREIRA NETO e PRADO, 1987. p. 124-125)

Por exemplo: uma ordem política em seu sentido descritivo dará origem à Ciência política, enquanto em sentido normativo, estar-se-ia diante do Direito Político. Dessa forma, o Direito Político, sentido normativo (formal) conferido ao sistema que contém as relações de poder numa determinada sociedade objetivando sua condução, está em simbiose com a estrutura jurídica.

O sistema jurídico – tanto em seu sentido normativo quanto descritivo (material) – é “um sistema específico que, erguido no plano do dever-ser, envolveria todos os elementos normativos, suas interrelações, sua organização e sua própria ordem: um sistema jurídico, abrangendo os fenômenos jurídicos [...]”. (MOREIRA NETO, 1988)

Através desse esclarecimento sobre o sistema jurídico, sua relação com todos os demais campos normativos dos sistemas que se integram dentro do corpo social e, principalmente, com a política, traçar o paralelo entre a Ordem Pública a Ordem Jurídica é uma tarefa de simples conclusão lógica da argumentação anterior, pois, dentro dessa construção teórica, a Ordem Pública existirá tanto em seu sentido material como em seu sentido normativo.

Seu sentido material é de extremo valor de reflexão porque engloba os aspectos reais de organização da sociedade, o que permite entender de que forma esse instituto absorve elementos políticos e morais da sociedade que acabam por estar presentes quando esse elemento é introduzido no campo normativo.

Dessa forma, concluímos que a ordem pública – apesar de existir também nesse sentido – não é o simples resultado do respeito aos comandos das muitas disposições existentes nos diversos subsistemas em seus sentidos normativos, mas

ela existe para além da ordem jurídica, numa relação muito próxima com os elementos éticos e morais que compõe determinada sociedade.

É por esta razão que o que se denomina Ordem Pública, no sentido da disposição dos elementos que compõe o sistema de convivência social de determinada sociedade, pode variar de acordo com o tempo, com o lugar, dentre outros fatores. A Ordem Pública no Brasil de 2020 não é a mesma que existia em 1940, e não é a mesma que existe na Arábia Saudita, nem como forma de percepção geral, nem na sua compreensão pelas estruturas jurídicas, pois as disposições dos elementos éticos, morais, culturais etc. mudam de acordo com o tempo e com o lugar.

A tentativa de estruturação teórica apresentada nesse tópico é interessante porque permite um vislumbre organizacional sobre um conceito utilizado de maneira muito ampla. Como todas as grandes controvérsias do Direito, parece perpassar pelas mais diversas instâncias do comportamento humano em sociedade.

A organização teórica traçada não se deu apenas através da reflexão a respeito de um conceito fechado que poderia abarcar melhor a essência do instituto (em consonância com as advertências metodológicas), mas numa perspectiva de tentar entender como o uso de tal ferramenta pode se coadunar com as mais diversas relações de poder e da moral existentes no corpo social, aceitando-as, porém melhor compreendendo seu caráter aberto e naturalmente imbricado a tais influências.

Resta então, a título de conclusão final, demonstrar de que maneira o Direito, como um todo, absorve tais influências, e, de que forma, pode o Direito liberal pode sobreviver a tal situação.

4.6 ABSORÇÃO DAS INFLUÊNCIAS MORAIS E POLÍTICAS PELO DIREITO

Neste tópico estão condensadas e organizadas algumas reflexões feitas ao longo de todo o trabalho: a ideia da influência do método empirismo lógico como método de construção de conhecimento na modernidade, a ideia de Verdade e o papel das influências políticas e morais no direito de pretensões científicas.

Antes de iniciar, importante destacar que ao longo do trabalho foi incessantemente repisada que as reflexões aqui postas, para que façam completo sentido, devem ser encaradas partindo do pressuposto de que a tradição jurídica a

ser problematizada é aquela cunhada na modernidade sob as influências do liberalismo político.

Frequentemente, discussões jurídicas que se pretendem epistemológicas ignoram completamente algumas premissas das quais partem quase que inconscientemente. Conceitos, possibilidades, limitações e estruturas são assumidos como inatos para uma reflexão que só faria sentido com a devida advertência de que só fazem sentido sob a égide do liberalismo político.

A ciência jurídica das democracias liberais, por conta de suas pretensões de universalidade (BARATTA, 2014) parece esquecer que existe uma gama de possibilidades (não necessariamente melhores) fora de estrutura prévia que surgiu em determinado contexto histórico e político.

Diante disso, o autor escolhido para que o trabalho proponha um início de caminho para as muitas reflexões propostas, já que, tem-se, desde o início, uma preocupação com a construção de uma crítica de viés reparador, é Dworkin.

Justifica-se a escolha por dois motivos: o primeiro é que sua obra é feliz em fazer a advertência quanto a questão colocada a respeito do liberalismo político (Dworkin, 2010). A segunda é que sua obra busca, em parte, refletir sobre as verdades construídas dentro do direito através de indagações a respeito da existência ou não de respostas certas no âmbito jurídico.

A maior parte das discussões jurídicas, dentro ou fora dos tribunais, parece acreditar que quando os juristas divergem, divergem porque não chegaram a um consenso quanto a questões que são puramente empíricas: discordam sobre a existência ou não de um fato, sobre o real significado de um termo ou conceito. Em geral, ignora-se que tais divergências possam ter uma natureza teórica sobre os fundamentos do próprio Direito.⁴⁵

Há uma concepção bastante difundida entre juristas e *leigos* de que as respostas jurídicas existem previamente aos problemas postos. Para cada desavença

⁴⁵ Nesse sentido: "O público em geral parece bastante alheio a esse problema; na verdade, parece bastante alheio à divergência teórica sobre o direito. O público está muito mais preocupado com a questão da fidelidade. Políticos, editorialistas e cidadãos comuns discutem, às vezes acaloradamente, a questão de saber se os juízes dos grandes processos que atraem a atenção pública "descobrem" ou "inventam" o direito que anunciam, e se "inventar" o direito é estatística ou tirania. Mas a questão da fidelidade quase nunca é muito veemente nos tribunais anglo-americanos nossos juízes raramente refletem sobre se devem ou não observar o direito uma vez que tenham decidido qual seu verdadeiro sentido; e o debate público é na verdade um exemplo, ainda que extremamente disfarçado, da divergência teórica sobre o direito." (DWORKIN, 1999. p. 9)

jurídica, haveria uma concepção ideal verdadeira que só deixará de ser aplicada caso haja desobediência às estruturas previamente postas.⁴⁶

Assim como um empirista-lógico clássico acredita poder conhecer as leis da natureza que existem previamente ao sujeito, aqueles que entendem que as divergências jurídicas se dão unicamente a respeito de questões de fato, acreditam poder encerrar embates jurídicos “descobrimo” e colocando os objetos e conceitos pertencentes à determinada discussão em seus lugares corretos.

Porém, existe uma segunda possibilidade, a de que quando discordam os juristas, eles tenham discordâncias teóricas a respeito dos fundamentos do próprio Direito:

[...] podemos distinguir duas maneiras pelas quais advogados e juizes poderiam divergir a propósito da verdade de uma proposição jurídica. **Eles poderiam estar de acordo sobre os fundamentos do direito - sobre quando a verdade ou falsidade de outras proposições mais conhecidas torna uma proposição jurídica específica verdadeira ou falsa -, mas poderiam divergir por não saberem se, de fato, aqueles fundamentos foram observados e determinado caso.** Advogados e juizes podem concordar, por exemplo, que a velocidade-limite na Califórnia é de 90 quilômetros por hora se a legislação desse estado contiver uma lei nesse sentido, mas podem divergir quanto ao fato de ser este o limite de velocidade, por discordarem quanto à existência de tal lei na legislação estadual vigente. Poderíamos dar a isso o nome de divergência empírica sobre o direito. **Ou eles poderiam discordar quanto aos fundamentos do direito, sobre quais outros tipos de proposições, quando verdadeiras, tornam verdadeira uma certa proposição jurídica. Podem concordar, empiricamente, quanto àquilo que os repertórios de legislação e as decisões judiciais precedentes têm a dizer sobre a indenização por danos provocados por companheiros de trabalho, mas discordar quanto àquilo que a lei das indenizações realmente é, por divergirem sobre a questão de se o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito. Poderíamos dar a isso o nome de divergência "teórica" sobre o direito.** (Dworkin, 1999. p. 7-8, grifo nosso)

Aqueles que acreditam, por exemplo, que um conceito de Ordem Pública mais objetivamente delimitado seria a solução para todos os problemas demonstrados, são juristas que acreditam que as divergências do Direito são

⁴⁶ Ideia de produção de verdade no Direito muito comum ao positivismo jurídico: “A primeira parte é uma teoria sobre o que é o direito: em linguagem menos dramática, trata-se de uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para a verdade de uma proposição jurídica. Esta é a teoria do positivismo jurídico, que sustenta que a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso.” (DWORKIN, 2002. paginação irregular)

empíricas. O problema seria advindo da ausência de um objeto possivelmente referenciável, anterior à decisão.⁴⁷

Por outro lado, aqueles que acreditam que o debate é gerado por desavenças quanto às próprias estruturas que tornam ou não uma proposição jurídica verdadeira, estão ao lado daqueles que acreditam que as desavenças jurídicas são teóricas e remetem a problemas inerentes aos próprios fundamentos do Direito.

A questão ainda passa pelo velho embate entre aqueles que se apoiam numa espécie de ceticismo, que acreditam que Direito e política são a mesma coisa, e aqueles que acreditam que são objetos que devem ser separados completamente.

Para os partidários da segunda visão, as influências políticas e morais atreladas aos métodos do Direito seriam um impeditivo para que decisões pudessem ser fundamentadas empiricamente, já que tais influências dificilmente podem ser objetivamente catalogadas.⁴⁸

Como possível saída, a ideia passa pela compreensão de que as decisões jurídicas são, em algum nível, sempre políticas e morais⁴⁹, porém, que tais influências possuem uma forma peculiar de adentrar as ferramentas jurídicas sem que elas se tornem basicamente um braço da moral e da política.

Daí nasce a famosa diferenciação que Dworkin faz entre argumentos de princípio e argumentos de política:

Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (...) Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma

⁴⁷ “Se alguém diz que os juízes descobriram a ilegalidade da segregação nas escolas, é porque já acreditava que a segregação era de fato ilegal, mesmo antes da decisão que a declarou como tal e ainda que nenhum tribunal tivesse afirmado isso anteriormente.” (DWORKIN, 1999. p. 9)

⁴⁸ ⁴⁸ Sobre essa dificuldade, utilizando como exemplo a tradição positivista, Dworkin (2002, p. 28) esclarece: “O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante a “aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito [...]”

⁴⁹ Os juízes nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha tomam decisões políticas? Naturalmente, as decisões que os juízes tomam devem ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm consequências para controvérsias políticas. (...) Quero indagar, porém, se os juízes devem decidir os casos valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos. (DWORKIN, 2005. p. 03)

melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. (DWOKIN, 2002. p. 36)

Tal visão explica porque o pragmatismo jurídico que dá origem ao ativismo judicial é um grande problema para o Direito. Se a verdade das proposições jurídicas for baseada em argumentos consequencialistas a respeito de qual decisão teria o poder de atingir determinado objeto mais desejável, teríamos o domínio completo das influências políticas e morais sobre o Direito que o impossibilitariam de ser um campo do conhecimento “autônomo” e dotado de metodologia própria.

É o que acontece nos casos demonstrados ao longo deste último capítulo quando se expôs que grande parte das decisões se utilizam do conceito de Ordem Pública como *válvula de escape* para que as decisões reflitam não um conceito aplicado de maneira *técnica*, mas dotados de pretensões que almejam objetivos específicos sob o signo da paz social e objetivos políticos como *credibilidade da justiça* ou *clamor público*.

Os argumentos jurídicos precisam ser baseados em argumentos de princípio, mesmo que esses argumentos conttenham em si natureza que, em última análise, é política e moral. Não há como isolar o Direito de tais influências, mas absorvê-las de maneira diferente dos argumentos de política pode conferir ao Direito a possibilidade de se referir às aspirações de determinada sociedade sem que o pragmatismo se torne regra, dando lugar ao arbítrio e ao total abandono da pretensão do Direito como atividade interpretativa que possa perseguir respostas *corretas*.

Como já demonstrado no primeiro capítulo, o Direito das democracias liberais depende do tipo de otimismo epistemológico que acredita ser possível que existam respostas *certas*, mesmo que apenas como um ponto de partida para que a atividade interpretativa possa ser exercida. Não haveria qualquer razão para pretender interpretar algo partindo da visão de que não há uma resposta certa.

Se assim procedesse o Direito, instalar-se-ia o arbítrio completo na forma de um sofismo avassalador. O Direito, como fenômeno interpretativo, possui limitações semânticas que decorrem de regras inerentes à própria linguagem. Claro que não à forma do realismo verbal, mas de estruturas muito prévias e que condicionam e possibilitam a própria estruturação racional de qualquer conhecimento.

O resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos. Não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico[...] Os sentidos não estão “nas coisas” e, tampouco, na “consciência de si do pensamento pensante” [...] Os

sentidos se dão intersubjetivamente. Conseqüentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre na e pela linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, os *sentidos arbitrários estão interditados*. É por isso que é possível alcançar respostas hermeneuticamente adequadas (corretas). (STRECK, 2017. Paginação irregular)

Para compreender tal posição é necessário que se compreenda a política em nível mais elevado do que disposições de grupos organizados que batalham pela direção dos rumos do Estado:

O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. (...) É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. (DWORKIN, 1999. p. 492)

A composição e organização desses princípios é estruturada por Dworkin pelo que ele chamou de *integridade*, conceito frequentemente confundido com a ideia de coerência, mas que vai muito além.

A ideia de integridade não passa por um comprometimento metodológico a nível de busca por Verdades ontologicamente concebidas, mas como uma exigência e elemento possibilitador da existência de argumentações jurídicas que possam ter elementos que possibilitem a absorção da realidade de maneira mais substantiva sem precisar fazer uso de uma discricionariedade em sentido forte que, em última análise, remete a uma ideia de relativismo:

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (DWORKIN, 1999. p. 272)

Dessa maneira, neste último tópico, através da análise da teoria dworkiniana, procurou-se demonstrar que a ideia de *neutralidade e universalidade* científica baseada em concepções advindas do empirismo lógico não são adequadas a estruturação e exigências que tem o Direito (assim como o conhecimento de maneira

geral) como objeto intrinsecamente ligado à complexidade política e moral da condição humana.

5. CONCLUSÃO

A questão da verdade, tão cara para a história da Filosofia, parece ser tratada como objeto secundário pelos pensadores do Direito. Do mundo jurídico se espera pressa, objetividade, resultados que possam ser empregados o mais rapidamente possível para dar cabo das questões que chegam ao banco dos tribunais todos os dias.

As conquistas materiais trazidas pela Ciência da observação cegaram o pesquisador para a importância de fazer perguntas sobre o próprio conhecimento. A meta-metafísica e a epistemologia podem esperar, pensa a comunidade científica. Há trabalho a fazer. De que vale discutir o sexo dos anjos? De que vale aos tribunais confrontados com a realidade diária de ter que decidir, discussões a respeito das estruturas que produzem o conhecimento?

Do pesquisador se exige objetividade. Quando divergem os juristas na aplicação do Direito, divergem porque ainda descobriram a correta interpretação, o conceito mais puro, a conclusão mais lógica. A melhor mente, a melhor tese, o melhor argumento sempre há de prevalecer quando colocado à luz. A Verdade é vista como uma coisa autorreferenciada.

A construção do conhecimento praticada na academia parece indicar um caminho claro para os pesquisadores do Direito: as grandes questões devem ser deixadas para depois, tratadas como pontos secundários que não fazem parte das preocupações das pesquisas jurídicas, mas dos filósofos e teólogos.

Rejeita-se, veementemente, tal ponto de vista. O primeiro objetivo deste trabalho foi defender que todos os males da realidade prática do Direito não nascem de desavenças igualmente práticas, mas de questões mal resolvidas no campo da Filosofia. O Direito é a Filosofia do caso concreto. A academia precisa voltar-se sobre si mesma para sair dos embaraços criados por seus próprios métodos.

Quando se tenta reduzir a pesquisa jurídica a interpretações empíricas, criam-se embaraços incontornáveis, discussões ainda mais infundáveis do que aquelas que se desejou evitar, e o mais grave: estéreis.

A despeito do que defendem os mais crentes na objetividade e universalidade dos métodos da tradição científica ocidental, a Ciência avança através de rupturas e não de linearidades. Um dos alvos principais escolhidos pelo trabalho para refletir sobre essas questões, é que essas rupturas não se dão somente nas conclusões irreconciliáveis a que chegam os cientistas, mas também em seus métodos.

Ciência é método. Refletir sobre o pensamento científico é refletir sobre metodologia. A Ciência, que em seu viés mais esclarecido jamais aspirou ser fonte ou instrumento ontológico legítimo, por esquecer de questionar a si mesma, parece construir uma pretensão nesse sentido. Senão no sentido de que produz Verdades imutáveis, mas, definitivamente, em sua pretensão de legitimar seus métodos como os universais para produção de conhecimento válido, aspiração que provém da mesma raiz.

No século XX, o mundo da Filosofia foi atingido por um fenômeno caótico que balançou todas as suas bases. A força transformadora chamada Nietzsche, o ponto de inflexão onde se gritou tudo aquilo que se havia começado a sussurrar na literatura de outros pensadores, fez com que sua radicalidade (necessária) direcionasse todos os esforços para seguir sua crítica feroz ou combatê-la.

A razão havia finalmente sido tirada de seu pedestal de pretensões divinas, os pés dos ídolos haviam sido quebrados, e depois do som estridente de suas quedas, o mais completo silêncio. Nada foi colocado no lugar dos caídos.

Na tentativa de salvar-se, ela mesma alvo do inclemente martelo, a Filosofia parecia caminhar para a autoproclamada e enigmática pós-modernidade. As ideias de Nietzsche serviram de instrumento para reflexões sobre mecanismos de toda a estrutura erigida pela razão moderna: sua linguagem, suas instituições, sua cultura e suas verdades - escrito assim, com letra minúscula e no plural - pareciam tomar conta do pensamento de um futuro incerto.

Porém, há necessidade de uma reconstrução. Uma reconstrução baseada na ideia de que ainda estamos na modernidade, somos frutos dela, e que esse projeto não pode ser descartado, mas precisa ser refinado.

A razão moderna trouxe ao mundo maravilhas e aspirações que não podem ser ignoradas por nenhum pensador. Assim, este trabalho pretendeu apresentar a crítica, absorvê-la, mas apontar - de maneira exploratória - um caminho, uma visão que possa ajudar o Direito liberal - que depende da ideia de Verdade com "V" maiúsculo, escrita assim, no singular – a superar seus recentes constrangimentos impostos pela crítica cada vez mais esclarecida.

A resposta do trabalho caminhou no sentido de que as relações de poder, a moral e ideia de Verdade possuem uma forma adequada de adentrar às reflexões jurídicas, sem que o Direito perca sua autonomia e sua importância como ramo autônomo do conhecimento. Direito e política não são coisas totalmente diferentes, mas de forma alguma são a mesma coisa.

É preciso que os ideais de racionalidade do Direito Ocidental ainda sejam considerados. O mais importante é que se tenha consciência das limitações de tal percepção. É necessária uma razão que se volte para si e enxergue suas falhas, suas contradições, mas que, ao mesmo tempo, pretenda não superar a si mesma, mas desvendar-se, claro, sem tornar o sujeito outro de seus objetos.

Mais importantes que as respostas, são as perguntas. Respostas caducam rapidamente, perdem sentido quando confrontadas com a complexidade mutante da existência.

As boas perguntas da Filosofia sobrevivem ao tempo, adquirem novas consequências, mostram seu valor nos aspectos mais diversos da realidade que se reestrutura sobre novos fundamentos numa sucessão de rupturas históricas. Boas perguntas salvam o mundo.

Qual pergunta deixa o presente trabalho? Pretendeu-se refletir sobre a organização das próprias discussões entorno dos fenômenos políticos organizados sob o signo do Direito. Pretendeu-se demonstrar que as perguntas estão sendo feitas de maneira errada e, portanto, contaminando todas as respostas.

Aspirou-se mostrar a raiz ingênua do homem que pretendeu *matar Deus (metafísica)*, colocar-se em seu lugar, apenas para descobrir que este homem, em si, não se basta. Como diria Foucault, o homem é uma invenção recente. Considerar sua racionalidade como fundamento último para o vislumbre dos fundamentos da existência seria ignorar que tal racionalidade nasce de uma concepção que é fruto de uma determinada conjuntura de fatores que, em última instância, são históricos.

Se a pergunta deixada pelo presente trabalho fosse “O que é Direito?”, “O que é a Verdade?” ou “O que é a Ordem Pública?”, já se estaria condenando as conclusões ao mesmo destino das respostas que se pretendeu criticar. A pesquisa pretendeu compreender o que se quer perguntar quando se pergunta o que é cada uma dessas coisas. O que realmente se quer perguntar quando se pergunta se o Direito é Ciência?

A pesquisa demonstrou que, em verdade, perguntar se Direito é Ciência já causa uma série de embaraços que advém da ideia de que os procedimentos epistemológicos da tradição científica são dotados de caráter universal, neutro e possibilitadores da construção de verdades objetivas sobre problemas objetivamente delimitados.

Mas se estruturado dessa forma, a pergunta foca no objeto e esquece do sujeito, focar inteiramente neste sujeito também parece não ser o caminho. O *subjetivismo* como crença é a desistência daquela que talvez seja a única preocupação real da filosofia: a fundamentação da racionalidade humana.

Demonstrou-se que para novos resultados sempre se precisará de novos métodos. Demonstrou-se que a ciência não é um processo epistemológico apolítico, a-histórico, e amoral. Portanto, a pretensão de que o Direito pretenda sê-los para poder se afirmar como conhecimento válido não é o caminho.

Buscou-se mostrar que campos separados pela estruturação errônea dos problemas jurídicos podem coexistir. Como diria Kant, uma doutrina do Direito puramente empírica pode ser bela, mas carece de cérebro.

Como contribuição maior, pretendeu-se transmitir a ideia de que o pensamento humano jamais poderá ser contido por manuais universais para sua utilização. A criatividade ainda é, e sempre será, o bem mais valioso para a produção de conhecimento capaz de mudar o mundo.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. **Confissões do Mestre**. Tradução de Ângelo Ricci. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- Andrade, Carlos Drummond de. **Contos Plausíveis**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: 1979
- BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1975.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010
- DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo editorial, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. 2ª edição. São Paulo: Editora Unesp, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2013.
- FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**. Tradução de Eduardo Brandão e Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979
- GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- HABERMAS, Jurgen. **O discurso Filosófico da Modernidade**. Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2015.
- HAWKING, Stephen. **Uma breve história do tempo**. Tradução de Ribeiro da Fonseca. 3ª edição. Maringá: Viseu, 1994.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 2ª edição. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LAËRTIOS, Diôgenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.
- LATOUR, Bruno. **A Fabricação do Direito - um estudo de Etnologia Jurídica**. São Paulo: Editora Unesp, 2019.
- LATOUR, Bruno. **A fabricação do direito: uma etnografia do conselho de Estado**. Tradução de Rachel Meneguello. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2019.
- LENIN, Vladimir. **Materialismo e empiriocriticismo**. Lisboa: Avante, 1982.
- LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. São Paulo: Ícone, 2013.
- LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 1996.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- Márquez, Gabriel Garcia. **Cem Anos de Solidão**. Rio de Janeiro: Record, 2010.

- MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. São Paulo, Expressão Popular, 2008
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; PRADO, Ney. Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social. **Revista de informação legislativa**, v. 24, n. 96, p. 121-138, out./dez. 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181813>. p. 124. Acesso em 30/10/2021
- MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- NIETZSCHE, Friedrich. **O anticristo e ditirambos de Dionísio**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia da Letras, 2007.
- NIETZSCHE, Friedrich. Verdade e mentira no sentido extramoral. Tradução e apresentação por Noéli Correia de Melo Sobrinho. **Comum**. Rio de Janeiro. Volume 6, nº 17, p. 05-23, 2001.
- NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- PAZ, Octavio. **Os filhos do barro: do romantismo à vanguarda**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.
- PLATÃO. **A república**. Brasília: Editora Kiron, 2012.
- POPPER, Karl Raimund, **Sociedade aberta e seus inimigos**. São Paulo: Editora da Universidade de Brasília, 1974.
- POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.
- POPPER, KARL Raimund. **Conjecturas e Refutações**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.
- PRADO, Luís Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. Rio de Janeiro: 2018.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2007.

RUSSEL, Bertrand. **Introdução à filosofia da matemática**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

RUSSEL, Bertrand. **Os problemas da Filosofia**. Oxford: Oxford Univesity Press Paperback, 1972.

RUTHERFORD, Ernest. The scattering of alpha and beta particles by matter and the structure of the atom. **Philosophical Magazine**. Manchester, volume 21, n. 1, pág. 669-668, abril, 1911.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017.

WEBER, Marx. **Ciência como vocação**. São Paulo: Cultrix, 1970.