

O processo como discurso segundo o pensamento de Michel Foucault*

The process as Michel Foucault's second discourse or thought.

Francisco Emilio Baleotti¹

Fecha de Presentación: febrero de 2015. Fecha de Publicación: abril de 2015.

Resumen.

O trabalho examina o modelo de poder fundado na soberania e sua transição para o modelo normativo disciplinar. Examina as implicações do Direito com esse modelo de poder e as relações do Direito Processual com ele, demonstrando que a noção de instrumentalidade do processo como meio de efetivação do direito material serve à função de viabilizar o modelo normativo disciplinar. Verifica a questão das garantias constitucionais do processo como meio de controle do discurso processual, geradora do formalismo exacerbado; propõe o reforço dos meios extrajurisdicionais de solução de conflitos como forma de alcance da efetividade processual.

*Trabalho oriundo das atividades do Grupo de Pesquisa "Análise da evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça quanto às garantias constitucionais do processo civil", coordenado pelo autor e mantido pelo Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina.

¹ Professor adjunto no Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina, advogado, mestre em direito pela Universidade Estadual de Londrina, doutor em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Endereço eletrônico: baleotti@uel.br.

Abstract.

This paper examines the patterns of power settled in sovereign and the change to the normative disciplinary patterns of power. Verifies the implications of the Law and that patterns, demonstrating that the notion of instrumentality of the process as a means of realization of the demonstrating that the notion of instrumentality of the process as a means of realization of substantive law serves the function of facilitating the disciplinary normative model. Checks the issue of constitutional guarantees of the process as a means of control of procedural discourse, generating exacerbated formalism; proposes strengthening extrajurisdicionais means of conflict resolution as a way to reach the procedural effectiveness.

Sumario

- I. INTRODUÇÃO.
- II. A TRANSIÇÃO DO MODELO DE SOBERANIA PARA O MODELO DISCIPLINAR - A FUNÇÃO DO PROCESSO.
- III. O DIREITO TRAÍDO PELO PROCESSO.
- IV. O PROCESSO DISCIPLINADO E DISCIPLINADOR.
- V. CONCLUSÃO.

Palabras clave

Proceso Civil. Formalismo Processual. Soberania. Modelo normativo disciplinar de poder. Controle do discurso do direito. Meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Keywords

Civil Procedure. Formalism Processual. Soberania. Disciplinary normative model of power. The right speech control. Extrajudicial means of conflict resolution.

I.- INTRODUÇÃO.

Vige hoje, como sempre, a ideia -ao menos no mundo jurídico- de que o Poder estabelecido se articula segundo um modelo de soberania estatal, que se legitima segundo o Direito, pois este o limitaria e o controlaria em favor da garantia de liberdade dos cidadãos. Este modelo reafirmado na modernidade, prevê que o Direito seria produto da atividade estatal, que pela edição de regras jurídicas, comunicaria ao cidadão sua vontade e ao mesmo tempo limitaria seu exercício segundo estas mesmas regras. Então se estabelece, para justificar esse pensamento, o chamado "modelo jurídico discursivo", que consiste em racionalizar o exercício do Poder, comunicando-o, por artifícios linguísticos, à sociedade a que ele se dirige.

Acontece que esta vontade deve realizar-se no plano prático, ou seja, o direito produzido e chancelado pelo Estado deve, de algum modo, realizar-se no plano concreto, levando os indivíduos a atuar segundo esta mesma vontade, pois a edição de "leis" seria o método de afirmação e de contenção do Poder estatal e de organização da sociedade segundo a sua vontade, mas localizada no plano das hipóteses, carecendo de meios de efetivação que levasse ao seu efetivo cumprimento.

Atento a essa necessidade, o Poder então se apropria de mecanismos que garantam a chamada "aplicação" do Direito ou das regras jurídicas, transitando de uma mera "vontade" para a realização desta vontade; o mecanismo principal de que o Poder se vale para esta transição materializa-se no "processo" e este se instrumentaliza na chamada Jurisdição, ou, como se costuma dizer em doutrina jurídica "exercício da função jurisdicional de poder".

Há que se destacar, contudo, que o exercício jurisdicional, por razões históricas já demasiadamente repetidas, deve ser contido, dès que manifestação da soberania estatal cujo desempenho poderia resultar em intromissões reputadas indevidas no âmbito da liberdade individual, tenta-se, desse modo, contê-la pela estipulação de regras pretensamente protetivas dessa mesma liberdade, quando o que se pretende, efetivamente, é simplesmente o domínio do comportamento individual, não somente no que tange à solução de eventuais conflitos interpessoais, mas também fazendo com que a conduta dos indivíduos envolvidos nestes conflitos paute-se segundo a vontade do Poder, de acordo com normas preestabelecidas, segundo a articulação de poder vigente em dado momento histórico e político.

A contenção da função jurisdicional segundo tais regras, perfaz-se impondo a tal exercício critérios tidos como de "racionalidade", quando em verdade não passam de meios cuja finalidade

precípua é somente impor modelos de decisões a partir daqueles programas já estabelecidos, controlando inclusive o conteúdo semântico das decisões, estipulando sentidos linguísticos aos termos em que a lei é vazada, segundo interpretações dadas por órgãos de hierarquia jurisdicional superior, cuja finalidade é de controle e submissão dos órgãos inferiores, assim modelando as decisões oriundas do exercício jurisdicional.

Tais mecanismos, por serem veículos do exercício efetivo do direito que é estabelecido apenas em hipóteses, também se materializam em um discurso e se estruturam dentro do mesmo modelo jurídico discursivo. Por ser meio de efetivação do Poder posto em hipótese, o discurso processual, evidente, também deve submeter-se ao controle e às regras impostas para qualquer outro discurso tangente à legitimação do Poder, logo deve passar pelos mecanismos de limitação, interdição e rarefação impostos aos demais mecanismos que tenham tal vocação.

Percebe-se então que o processo hoje -e isto não lhe é exclusivo- transita do modelo jurídico discursivo para o modelo normativo disciplinar, pois ele é instrumento do modelo de Poder vigente nas sociedades atuais e aí se encontra a razão da apropriação estatal dos meios de solução de conflitos individuais que se estabelecem dentro do meio social e manutenção de seu monopólio pelo Estado, com a limitação da tão propalada "autonomia da vontade", ideia fundamental do modelo jurídico vigente nas sociedades ocidentais.

Sob tal ótica é que pretendemos então aqui, examinar as razões que levam a busca de racionalização do processo, através do controle do discurso processual.

II.- A TRANSIÇÃO DO MODELO DE SOBERANIA PARA O MODELO DISCIPLINAR - A FUNÇÃO DO PROCESSO.

A afirmação da proibição da auto tutela dos interesses em favor de sua proteção pelo Estado, é corriqueira, praticamente incontestável, segundo os padrões teóricos vigentes. Entretanto, tal afirmação aparece impunemente, sem que se procurem suas origens e razões para tanto. Há os que, segundo a doutrina política clássica, sustentam que isto acontece em função da renúncia do indivíduo ao direito de fazer valer seus interesses em favor de tornar-se parte da civilização². A visão que se pretende aqui apresentar destoa desta.

Pretende-se fazer ver que a apropriação estatal dos meios de solução de conflitos não se dá pela mera "troca" de benefícios ocorrida entre o indivíduo e o Estado; segundo a visão externada

² LOCKE. John. Dois tratados sobre o governo (trad. Julio Fisher). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo. Martins Fontes. 2001. p. 459 e 496:497.

por Michel Foucault³. isso acontece em razão da necessidade de afirmação do poder decorrente do modelo de soberania, como forma de controle político, social e econômico.

Com efeito, ao relatar a evolução ocorrida no Direito, desde a Grécia clássica, tomando por alegoria a tragédia de Édipo. O pensador mostra, em primeiro lugar, como se daria a separação mítica entre “verdade” e “poder”. Ou seja, para que se alcançasse a verdade era necessária a renúncia ao poder, pois entre ambos haveria uma incompatibilidade inafastável⁴.

Mostra que tal ideia é irreal, pois “saber” e “poder” são inextricáveis⁵. Inseparáveis porque tal ideia funda-se sobre o conceito de “soberania”, onde o poder real se afirma e se constitui como emanção da “vontade do Rei”.

De fato, segundo mostra MACEDO JUNIOR⁶, a soberania não deve ser pensada como manifestação do “poder do Rei”, mas como um mecanismo a serviço da manutenção da organização do Poder, através da imposição da “disciplina” social.

Ora, tal visão, nos leva à própria questão do discernimento entre o que, na visão positivista do Direito, se convencionou designar como “direito objetivo” e “direito subjetivo”.

Aceitando-se as várias teorias que pretenderam explicar esta separação, o segundo seria sempre uma concessão do primeiro⁷, que estabelecendo previamente as ações humanas desejáveis, protegia a atuação individual, segundo a “vontade” do agente.

Segundo a visão que aqui pretendemos estabelecer, não é assim que ocorre. Em verdade, a soberania, segundo o pensamento de Foucault, atua como um ponto de convergência entre as várias relações de poder que se estabelecem no seio da sociedade, garantindo-as e tornando-as positivas, atuando como um foco de apropriação pelo Poder de um vocabulário antes existente, assim:

³ A verdade e as formas jurídicas (trad. Roberto Cabral de Melo e Eduardo Jardim Morais). 2ª edição. Rio de Janeiro. Nau Editora. 1999. p. 29:78.

⁴ YAZBECK. André Constantino. 10 lições sobre Foucault. 2ª edição. Petrópolis. Vozes. 2012. p. 122.

⁵ Op. cit. p. 51.

⁶ MACEDO JR. Ronaldo Porto. Foucault: O Poder e o Direito. Revista Tempo social. Vol. 1.

⁷ Ver, por todos, DINIZ. Maria Helena. Compêndio de Introdução à ciência do Direito. 24ª edição. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 264:269.

"...Não há possibilidade de exercício do poder sem certa economia dos discursos de verdade que funcione segundo essa dupla exigência e a partir dela. Somos submetidos pelo poder à produção da verdade. Isso vale para qualquer sociedade, mas creio que na nossa as relações entre poder, direito e verdade se organizam de uma maneira especial."(FOUCAULT, 2013. p. 279.)⁸

Em verdade Foucault construiu um pensamento sobre o Direito que, segundo FONSECA (2012, P.31:35), deve ser verificado sob dois planos: um teórico e outro prático.

Quanto ao primeiro, o Direito funcionaria como "legalidade" exercendo um papel de suporte à explicação dos modelos de Poder, separando-os em o "modelo da soberania" (jurídico discursivo) e o "modelo disciplinar" (disciplinar normalizador), o que demonstraria uma oposição entre direito e normalização, pois o primeiro seria característico da explicação do Poder debaixo do signo da soberania e o segundo próprio do modelo disciplinar, fundando-se em práticas do Poder, como gestão política da sociedade.

Sob o segundo plano -o prático- haveria dois níveis de relação entre direito e normalização. Num primeiro momento, uma relação de *implicação*, pois o direito torna-se instrumento da normalização (quer-se dizer, disciplina-se o indivíduo a partir da imposição normativa [pensando o direito com instrumento hábil à coartar o indivíduo a comportar-se como pretendido pelo Poder]), entende-se pois que a disciplina se consegue pela utilização estratégica do direito, ainda segundo o pensamento do mesmo autor (cit. p. 34), já que as práticas *normalizadoras* teriam por suporte o direito. Ainda sob este plano haveria uma oposição entre direito e normalização, funcionando o primeiro como *resistência* à normalização.

Pois bem. Analisando-se o conceito de "dispositivo" elaborado por Foucault, verifica-se que este se presta a instrumentalizar as práticas discursivas, posto estas se materializarem num "enunciado", cuja função é comunicar a "vontade" do Poder ao meio social e fazer com que valham efetivamente.

Dentro desta visão é que, segundo nosso pensamento, podemos inserir o processo. Seria ele então um meio de administração do exercício do Poder estabelecido segundo o discurso jurídico

⁸FOUCAULT. Michel. *Microfísica do Poder* (org. Roberto Machado). 26ª edição. São Paulo. Martins Fontes, 2013. Essa afirmação, em outro vocábulo, reafirma o que Foucault diz em *A Ordem do discurso* (trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio). 22ª edição. São Paulo. Loyola. 2012. p. 21.

e de comunicá-lo, efetivando-o, ao meio social e aos indivíduos, realizando o controle social e das práticas já estabelecidas e vigentes.

Entretanto, há que se ter presente a lição de GRAU (2009, p. 101) quanto à distinção a ser feita entre o que se designa "discurso do direito" e "discurso jurídico", posto ser o último aquilo que se diz acerca do Direito, com a capacidade inclusive de subverter a "ideologia do direito". Uma vez que o Direito, segundo o mesmo autor, "é um discurso legitimante do poder no Estado moderno." (op. loc. cit.).

Tais observações introdutórias relevam posto que, examinando a evolução histórica do processo, pretensamente considerado como ciência, relatada unanimemente pela doutrina nacional e internacional, passa por diversas fases, iniciando-se no que se convencionou chamar "imanentismo"⁹, para hoje desembocar naquilo que se designa "fase instrumentalista", onde se pretende privilegiar a "efetividade processual", entendida como realização fática do direito posto em hipótese ou proposição abstrata.

Traduzindo o conceito, o processo seria instrumento de realização da hipótese formulada pelo direito material. Não prejudicadas as afirmações anteriores, em todas as suas fases históricas, o processo sofreu sempre a tentativa de torná-lo racional, uma vez que essa pretensa "racionalidade" seria sinônima de segurança e previsibilidade. Como estabelece claramente BAPTISTA DA SILVA:

"Por outro lado, a busca de *certeza do direito*, como ideal do racionalismo, exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Europeia encarava a magistratura, em virtude de seus compromissos com o *Ancien Régime*, que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu, acabaram criando um *sistema burocrático* de organização judiciária que, por sua vez, contribuiu igualmente para a assimilação da função judicial à carreira de um funcionário público comum, rigorosamente submetido ao controle tanto das cortes judiciárias superiores quanto, especialmente, dos órgãos do Governo... ." ¹⁰ (grifos originais).

Explica-se. É o predomínio do valor segurança sobre os demais valores erigidos pelo corpo social como elementares.

⁹ Tendo como eficaz representação o art. 75, do Código Civil revogado, cuja redação era: "Art. 75. A todo direito corresponde uma ação, que o assegura."

¹⁰ Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1997. p. 103.

III.- O DIREITO TRAÍDO PELO PROCESSO.

A própria evolução sofrida pelo que se convencionou designar "natureza jurídica" do processo traí sua ineficiência como instrumento de realização do direito material, pois ao adequar o discurso do processo às necessidades de um poder fundado no conceito de "autonomia da vontade", que claramente designa uma visão individualista do direito, o próprio enunciado não é suficiente para designar o que pretende.

Veja-se a dificuldade encontrada para assentar o conceito de "relação jurídica processual", inclusive denunciada por doutrinadores modernos, assim:

"De início, cumpre observar que a relação jurídica é um instituto que nasceu no direito material, daí transferido pela doutrina ao campo do direito processual civil. Vem à lume a ciência processual, pois, profundamente comprometida com esse ambiente metodológico (e com a certeza de que é inerente a esse plano do direito), tomando de empréstimo um cabedal de conhecimentos já bem trabalhados e amadurecidos no direito material. De tal sorte, não se procurou forjar categorias adequadas ao trato dos fenômenos do plano processual." (OLIVEIRA *et* MITIDIERO, 2010, p. 94:100).

Ora, é notória a dificuldade encontrada pela doutrina para caracterizar o processo como relação jurídica de direito público, sendo essa afirmação aceita pacificamente, sem contestação, como verdade posta e, pior, imposta, sem que se verifique ser ela denunciadora da prevalência do pensamento da superioridade estatal na solução dos conflitos individuais, entretanto, sem abandonar a proteção aos interesses desse mesmo jaez, Conformando-se todos com a ideia de que há um interesse do Estado na denominada "pacificação social"; há inclusive doutrina que põe tal "pacificação" como uma das finalidades precípuas do direito processual civil¹¹. Ocorre que, como mostra Foucault:

"...o discurso nada mais é do que um jogo de escrituras, no primeiro caso, de leitura, no segundo, de troca, no terceiro, e essa troca, essa leitura e essa escritura jamais põem em jogo senão os signos. O discurso se anula, assim, em sua realidade, inscrevendo-se na ordem do significante." (1996, p. 49).

¹¹ Reafirmando a posição aqui defendida, ver ALVARO *ET* MITIDIERO, *op. cit.* p. 97.

Entretanto, o discurso que, num primeiro momento aparenta privilegiar o interesse social pelo exercício da Jurisdição como função de poder estatal, choca-se com a sua própria origem. Ora, na mesma medida em que se propala o dito "interesse público" na "pacificação social" e se pretende o atendimento aos interesses privados individuais, cria-se um conflito, uma vez que, para se privilegiar o primeiro, necessariamente haverá de se reduzir a abrangência do segundo, ou vice versa.

Tenta-se através do estabelecimento de garantias constitucionais ao processo, garantir o controle do discurso do direito instrumentalizado pelo processo e com isso compatibilizar a contradição acima falada; fixam-se então estas garantias no plano dos direitos fundamentais de primeira geração, pretendendo, na verdade, a proteção do indivíduo contra a intromissão estatal sobre seu patrimônio jurídico e pessoal, traindo sua real inspiração individualista e privilegiadora dos interesses pessoais em detrimento do real interesse social na realização de soluções justas aos conflitos estabelecidos no meio social e com isso se instala a chamada "crise de efetividade do processo".

A razão disso é que, sendo o direito traduzido por um discurso, sujeita-se ele às questões do controle próprias às formas do *enunciável* e, principalmente, àquelas formas de interdição do discurso: a *rarefação dos sujeitos falantes* (FOUCAULT, 1996. p. 36:37).

A possibilidade de utilização das chamadas "garantias constitucionais do processo" como meio estratégico de gestão das individualidades, articula-se em razão de se pretender estabelecer que tais garantias (hoje designadas *princípios*) qualificam-se por seu conteúdo semântico, ou seja, seriam enunciados portadores de determinados conteúdos linguísticos, cujo significado seria inclusive parte essencial de sua própria natureza¹², distinguindo-os daquela outra espécie normativa que se designam "regras".

Ora, retomando-se a lição de GRAU (2009. p.101), onde é feita a distinção entre um *discurso do direito* e um *discurso jurídico*, temos claramente que se separa entre os sujeitos falantes aqueles habilitados e aqueles não habilitados à interpretação do que o direito pretende e significa¹³. Esta

¹² Não seria por nada que ALEXY (2008. p. 86:109) esforça-se para estabelecer o discrimen entre "*princípios e regras*". Não só ele, mas tal esforço é generalizado entre os estudiosos da teoria do direito.

¹³ Ilustrativa de tal ocorrência é a discussão travada por HÄBERLE (1997. P. 29:40), onde pretende expulsar do pensamento jurídico a distinção estabelecida pela doutrina de Kelsen (1987. p. 369) que prega haver um *intérprete autêntico* e *intérpretes não autênticos* do direito (chamado por ele de *norma jurídica*) e afirmando categoricamente "A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito ... Mas

obliteração do discurso jurídico¹⁴, através da limitação dos falantes, permite que, dada à generalidade que se atribui ao "sentido" dos "princípios", a vinculação de conduta oriunda do texto normativo seja fixada conforme o entendimento jurisprudencial dominante em certo momento histórico, o que permite a variação da prática processual segundo a articulação de poder em voga.

Tome-se como exemplo a forma mais clara de tal traição: a prática discursiva da chamada garantia "do devido processo legal"¹⁵, raiz da visão formalista do processo em sua forma mais perniciosa, o que se convencionou designar "formalismo excessivo".

Como bem explicita OLIVEIRA:

"Pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável de solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser seu algoz,..."¹⁶

Ora, a lição do processualista gaúcho traduz exatamente o exercício discursivo vigente no pensamento jurídico atual. Através da imposição desta garantia constitucional, tenta-se, precipuamente, controlar o discurso processual, colocando-o dentro de padrões preestabelecidos, segundo as categorias de controle do discurso processual¹⁷, a fim de o Estado viabilizar, de modo pretensamente previsível, as decisões pré-programadas pelo que se convencionou designar "direito objetivo". Tal conceito materializa-se em doutrina, assim:

"Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou

autêntica, isto é criadora de Direito, é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto..."

¹⁴ Não usamos tal expressão no sentido que lhe atribui GRAU (op. loc. cit.).

¹⁵ Positivada no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶ O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. disponível em [http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo](http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_formalismo_excessivo). acesso em 29/04/2011.

¹⁷ Assumindo aqui os procedimentos de controle do discurso enumerados por FOUCAULT, em FOUCAULT, Michel. A Ordem do discurso. cit. p. 9.

poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição."¹⁸

O que se pretende como legitimação da jurisdição, vincula-se ao estabelecimento de fórmulas preordenadas pelo direito objetivo, que designam inclusive as condições impostas como mínimos de validade do próprio processo¹⁹.

A busca incessante pela segurança, figura cara e indispensável ao liberalismo²⁰, traduzida por previsibilidade, impõe então ao processo a obediência à forma, pois assim fazendo, outorga ao cidadão um conhecimento prefigurado do atuar processual, ou seja, programa-se a atividade jurisdicional colocando-a dentro de padrões preestabelecidos, em busca de se impedir o arbítrio judicial. Esse pensamento fica claramente delineado no trecho da decisão que transcrevemos a seguir:

"4. Inclusive a Lei n.º 11.276/2006, ao alterar o 1º, do art. 518, do Código de Processo Civil, estabeleceu que "[o] juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal". Vê-se que o Legislador Pátrio, atento à essa necessidade de racionalização do sistema jurídico Pátrio, conferiu às súmulas editadas pelo Pretório Excelso e por esta Corte Superior natureza dispositiva, que impede até mesmo o recebimento de recurso. Portanto, tais súmulas não têm mero papel indicativo."²¹

Veja-se que a decisão reafirma, de modo a não pairar dúvidas, as razões para a norma contida no Código de Processo Civil, quando antes diz:

¹⁸ ARAÚJO CINTRA. Antonio Carlos. GRINOVER. Ada Pellegrini. DINAMARCO. Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª edição. São Paulo. Malheiros. 2006. p. 88. Reafirmando tal pensamento, sem diferenças substanciais, v. TUCCI. Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI. José Rogério. Constituição de 1988 e Processo - regramentos e garantias constitucionais do processo. 1ª edição. São Paulo. Saraiva. 1989. p. 16 e 17.

¹⁹ Corroborando tal pensamento, veja-se a doutrina de GAJARDONI (2008. p. 83), que, socorrendo-se da lição de Calmon de Passos, afirma veementemente ser a forma uma garantia de atingimento da justiça pela atividade jurisdicional.

²⁰ Nesse sentido a lição de FERRAZ JR. (1994, p 14:15).

²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº. 254.034-SP. Relatora Min. Laurita Vaz. <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=25240255&tipo=5&nreg=201201926212&SeqCgrmaSe ssao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20121024&formato=PDF&salvar=false>, acesso em 08.12.2014.

"3. É injustificada a recalcitrância de se aplicar entendimento sedimentado em Súmulas do Supremo Tribunal Federal ou Tribunais Superiores, sejam elas vinculantes ou não. **Os diversos órgãos do Poder Judiciário devem proferir decisões em conformidade com a Jurisprudência firmada pelas Cortes de hierarquia superposta, em razão da necessidade de se primar pela segurança jurídica e pela celeridade na prestação jurisdicional. ...**" (grifamos).²²

Ora, confunde-se segurança jurídica com previsibilidade de decisões que devem acontecer segundo precedentes já estabelecidos numa clara relação hierárquica entre órgãos jurisdicionais, esperando com isso controlar o exercício da função jurisdicional como fosse mero exercício burocrático de funções. Note-se que a própria exposição de motivos feita pelo Poder Executivo, ao propor a norma citada na decisão transcrita, afirma tal propósito, assim:

"2. Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, *faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.*"(grifamos)²³.

Ocorre, não obstante, que, ao predefinir as formas, o direito acaba por engessar o processo dentro de uma rigidez que não se adéqua à solução justa do conflito, posto que, sendo norma²⁴, a lei processual é generalizante, não cuidando das peculiaridades que cercam cada conflito em suas especificidades e isto acaba por impedir o alcance de decisões adequadas ou que pelo menos atendam ao cidadão naquilo que ele entenda minimamente adequado ao conflito que apresenta ao Estado. Alie-se a isso o fato de que o "enunciado normativo" é vazio de sentido, ou seja, não se tem nele o conteúdo predefinido tão afirmado pela literatura e jurisprudência, podendo variar conforme circunstâncias históricas, políticas e mesmo sociais.

A apreensão do processo dentro de formas preestabelecidas, através de um discurso, tem origem justamente naquilo que foi identificado por Foucault quando examina o direito:

"Nos últimos anos, o meu projeto geral consistiu, no fundo, em inverter a direção da análise do discurso do direito a partir da Idade Média. Procurei fazer o inverso: fazer sobressair o fato da dominação no seu íntimo e em sua brutalidade e a partir daí

²² op. loc. cit.

²³ BRASIL. Ministério da Justiça.

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=260583&filename=PL+4724/2004. acesso em 08.12.2014.

²⁴ Aqui tomamos o vocábulo no sentido que lhe atribui Foucault.

mostrar não só como o direito é, de modo geral, o instrumento dessa dominação - o que é consenso -, mas também como, até que ponto e sob que forma o direito (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, , mas no conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito) põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania, e sim de dominação." (2013. p. 281).

Se o direito expressa relações de dominação e não relações de soberania, de nada serve entender-mos-lo com instrumento de legitimação do poder, como sempre se pretendeu até o presente na teoria do direito²⁵, a utilidade do direito não é a de limitação do poder soberano, mas sim de reafirmação das relações de poder que subjazem às sociedades atuais, então de nada vale pretender que a instituição de "garantias constitucionais" ao processo atenda à legitimação do exercício do poder expressado sob a forma de exercício de jurisdição.

O que se prega então é que o estabelecimento de garantias que limitem a forma processual deve pautar-se pelo objetivo maior de apresentar ao cidadão uma solução que respeite tal condição do indivíduo, já que, como afirmamos antes, se o processo serve à realização fática da hipótese posta em norma abstrata e esta, reafirmamos, serve, dentro da relação de implicação que mantém com a gestão do poder, como suporte de legalidade ao seu modelo disciplinar, então não se pode sobrelevar a forma em detrimento da efetiva proteção jurídica que pretende estabelecer, tampouco, vincular o exercício processual a fórmulas prontas, sob a única justificativa de respeito a um vago "devido processo legal", cujo conceito é desprovido de conteúdo, como se nota da própria expressão.

Tal posição se impõe pois não esqueçamos que o Direito em Foucault serve como instrumento da própria construção da subjetividade, ou seja, o indivíduo é atravessado pelo poder que o constrói conforme as relações das quais o poder mesmo é produto. Assim:

"O estudo detalhado das relações de poder que Foucault empreende de maneira especial em alguns de seu trabalhos nada mais é do que um tratamento, pode-se dizer indireto, dos processos que incidem sobre o indivíduo: dos modos de objetivação que o produzem para que seja objeto dócil-e-útil e da subjetivação que o produz para que se tome (sic) sujeito preso a uma identidade determinada. É na busca de uma concepção mais ampla de poder que Foucault poderá chegar à ideia

²⁵ E especialmente do exercício da Jurisdição, posto serem correntes as expressões de que o "processo", cercado das garantias constitucionais, seria o instrumento de exercício dessa função de poder sob a democracia.

de um tipo de relações de forças que transformam os homens em sujeitos" (FONSECA. 2003. P. 29:30).

Esta relação objetivação subjetivação expressa do homem deve apoiar-se, por óbvio, em uma aceitação que se traduz nos chamados "discursos de verdade", pois:

"...em uma sociedade como a nossa, mas no fundo em qualquer sociedade, existem relações de poder múltiplas que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social e que essas relações de poder não podem se dissociar, se estabelecer nem funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação e um funcionamento do discurso. Não há possibilidade de exercício do poder sem uma certa economia dos discursos de verdade que funcione segundo essa dupla exigência e a partir dela. Somos submetidos pelo poder à produção da verdade e só podemos exercê-lo através da produção da verdade. Isso vale para qualquer sociedade, mas creio que na nossa as relações entre poder, direito e verdade se organizam de uma maneira especial." (FOUCAULT. 2013. p. 278:279).

Essas demonstrações, crê-se, evidenciam a especial relação estabelecida entre direito e poder e como o último se utiliza do primeiro para formar e controlar, submetendo, o indivíduo; evidencia também a importância que se deve atribuir às chamadas "garantias constitucionais do processo", tendo em vista que elas não se esgotam em um mero enunciado, pois este, sendo discordante do momento histórico cumprirá aí sim o papel de legitimação do modelo disciplinar normalizador que hoje caracteriza a sociedade.

Pela utilização destas fórmulas prontas, evita-se inclusive a análise do próprio mérito das demandas do cidadão, tomando-se por base questões de ordem meramente formal²⁶, com assento nas chamadas "Súmulas de Jurisprudência" dos tribunais, como se estas fossem fórmulas matemáticas com incidência acrítica a todo e qualquer conflito apreciado, tendo ele mesmo mera semelhança com o que se convencionou chamar de "jurisprudência pacificada".

Pelo exercício jurisdicional, pretende-se satisfazer o "desejo de verdade" (FOUCAULT, 2012. p. 16:17), porém daquela "verdade" disciplinada e submetida ao próprio exercício e circulação do poder, essa limitação do discurso, ao fim, acaba por trair o direito vigente, pois este é

²⁶ Assim categorias como *v.g.* "pressupostos processuais", "condições da ação", "preclusão", "coisa julgada", são estabelecidas com claro objetivo de reger o processo segundo categorias racionais. Para que se veja isso com clareza, basta ler os manuais que tratam do assunto, cuja justificativa é proporcionar ao processo a consecução de seus objetivos e dar "racionalidade" e "possibilitar uma prestação jurisdicional útil e efetiva" através dele.

comunicado segundo práticas preestabelecidas num compêndio normativo, cujo entendimento é estabelecido segundo dispositivos de poder.

IV.- O PROCESSO DISCIPLINADO E DISCIPLINADOR.

O pensamento de que o processo é instrumento produtor de "verdades" vigeu e vige durante toda a história de sua evolução, nesse sentido é clássica a lição que, tratando-se do processo instrumento de solução de conflitos extrapenais (ou processo civil, no jargão), contenta-se o poder com a produção de uma "verdade formal", ou seja, considera-se como verdade aquilo que as partes envolvidas no conflito trazem ao conhecimento do juiz, sendo-lhe vedado, fundar-se, ou mesmo perquirir, acerca de fatos que não se apresentem em autos processuais e que lhe sejam apresentados, o que não se daria no âmbito penal²⁷ onde a busca seria por uma verdade "real"; é certo que atualmente se pretende elidir tal separação, entretanto, sua mera cogitação denota mesmo a pretensão de se ter o processo como meio de produção de "verdades".

Mas a verdade que se pretende aqui tratar não é aquela relativa aos fatos envolvidos em demandas judiciais, pensamos em uma "verdade" orientada pelas decisões judiciais que se conformem com a administração do poder.

Como dissemos antes, o processo, como canal de efetivação do discurso do direito, deve conter-se dentro de limites estabelecidos pelo modelo de soberania, pois a solução dos conflitos instalados no meio social é atribuição monopolística do Estado (ao menos segundo esse modelo). Ora, como desvenda Foucault (1999. p. 65:68), a prerrogativa de solucionar conflitos foi percebido em certo momento histórico como meio estratégico de conservação e administração do poder, logo este instrumento deve ser contido dentro de meios que possibilitem também seu exercício e administração.

Como método discursivo que visa ao estabelecimento de "verdades", estas também devem ser prefiguradas -sob pena de perder-se de vista o resultado pretendido-, deve-se pois preestabelecer qual será esta verdade. Queremos significar: que verdade e como esta verdade será produzida e comunicada, pois segundo nosso guia, "não basta dizer a verdade, é preciso estar na verdade" (FOUCAULT, 2012, p. 31:32), ou seja a verdade procurada é aquela

²⁷ Esta vedação inclusive redundava em um regramento técnico do chamado "princípio da demanda" ou "ônus da impugnação específica", perfilados segundo as normas estabelecidas pelos artigos 128, 131, 300, 302, 468, 473 e 474 do atual Código de Processo Civil, já, naquilo que tange ao chamado "processo penal", vigem disposições dos artigos 155, 156, 383, onde se pretende uma maior amplitude quanto ao conhecimento do conflito pelo juiz.

disciplinada, recortada dentro de padrões prefigurados inclusive por aqueles a que se convencionou proferirem o "discurso do direito" (GRAU, op. loc. cit.), como antes mostramos em simbólica decisão jurisdicional.

Esta produção da verdade pelo processo, intenta-se alcançar pela racionalização, pelo entendimento daquele como método e essa racionalidade que se pretende impor passa pela imposição de caminhos cuja trilha se desenvolve segundo técnicas, que transformam os foros judiciais em oficinas, em *ateliês*, onde os envolvidos nas questões de realização do discurso jurídico atuam como *operários*.

Tal se dá porquê o poder não cria os meios para seu exercício, apodera-se deles por enxergá-los como eficazes para, sem excluir explicitamente o modelo de "soberania" posto que este ainda lhe é necessário, gerir os indivíduos pelo modelo disciplinar normalizador e o faz reduzindo o exercício do discurso do direito ao exercício técnico, tomando as leis como meras normas técnicas, derivadas de uma racionalidade dita natural (FOUCAULT, 2013, p. 292:293).

Essa racionalidade expressa-se há tempos pois é garantidora de um modelo de poder e de Estado fundado no liberalismo, já denunciado por SILVA (1997, p. 116) e se concretiza em enunciados como os que acima elucidamos: sendo o processo *método* de busca e descoberta e reprodução de *verdades*, deve ele ser realizado segundo uma disciplina e esta se manifesta em disposições cuja função seria imprimir-lhe *racionalidade*.

A busca incessante por tal racionalidade chega ao paroxismo de tentar classificar "os processos por espécie", estabelecidas segundo a atividade jurisdicional praticada em cada uma delas²⁸, separando-as em *declaração (cognição)*, *execução (realização)* e *prevenção (proteção)*, impedindo-se a prática de atividades de espécies diferentes em processos cuja finalidade seja alheia a essas. É certo que hoje pretensamente aboliu-se tal separação rígida, através de reformas ao código de processo adotou-se, para utilizar a expressão corrente em doutrina, o *sincretismo processual*. Porém novamente o enunciado é inadequado, pois se de um lado se permite a mescla de atos sem separação rígida de *espécies processuais*, por outro se criam mecanismos de emasculação dessa permissão²⁹; assim:

²⁸ Para tal constatação não há dificuldade de pesquisa, basta ler-se o nosso Código de Processo Civil, onde tal classificação é feita.

²⁹ Basta, para verificar, consultar o expediente da chamada "execução provisória" ou da impossibilidade de satisfação real do interesse em litígio sem que haja "decisão definitiva", entenda-se aqui "sentença".

"1.- Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, fixa-se a seguinte tese: 'A multa diária prevista no § 4o do art. 461 do CPC, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo.'³⁰.

As razões que suportam a decisão acima, como se pode inferir do conteúdo da mesma reafirmam o que pregamos; veja-se:

"2.- O termo "sentença", assim como utilizado nos arts. 475-N, I, e 475-O do CPC, deve ser interpretado de forma estrita, não ampliativa, razão pela qual é inadmissível a execução provisória de multa fixada por decisão interlocutória em antecipação dos efeitos da tutela, ainda que ocorra a sua confirmação por Acórdão.

3.- Isso porque, na sentença, a ratificação do arbitramento da multa cominatória decorre do próprio reconhecimento da existência do direito material reclamado que lhe dá suporte, então apurado após ampla dilação probatória e exercício do contraditório, ao passo em que a sua confirmação por Tribunal, embora sob a chancela de decisão colegiada, continuará tendo em sua gênese apenas à análise dos requisitos de prova inequívoca e verossimilhança, próprios da cognição sumária, em que foi deferida a antecipação da tutela."³¹

Tal decisão não é surpreendente. Pelo chamado "discurso do direito", tem-se atribuição exata, ou pretende-se que assim seja, do que deve se tomar pelo termo "sentença"³², verifica-se que a efetivação do direito somente se torna possível após o mesmo haver sido certificado através de decisão cujos elementos e pressupostos são estabelecidos pela lei, porém mais que isso, o entendimento daquilo que se deve ter por o que seria tal decisão é firmado segundo critérios estabelecidos não só pela lei, mas também por aqueles que dizem o que significa a lei. Temos aqui reunidos novamente dois dos meios de interdição do discurso, não somente a *rarefação do discurso* (FOUCAULT. 2012. p. 25), como também a satisfação ao *desejo de verdade*

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL No 1.200.856 - RS (2010/0125839-4), relator Min. Sidnei Beneti. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35466532&tipo=5&nreg=201001258394&SeqCgrmaSe ssao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140917&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em 24/12/2014, às 10h30m.

³¹ Loc. cit.

³² E este é estabelecido pelo próprio Código de Processo Civil, pelo parágrafo primeiro de seu artigo 162.

(FOUCAULT, cit. p. 32), verdade estabelecida segundo padrões predefinidos, segundo critérios apropriados não ao direito como discurso, mas ao direito como disciplina.

O pensamento do processo como disciplina revela-se também por outros meios. Ora, quando se qualifica determinados sujeitos como autorizados a proferir certo discurso, ou a dizer o que se deve entender por ele, reconhece-se aí o procedimento do *comentário*. Foucault (2012. p. 24) nos mostra como tal procedimento funciona: serve ele para impedir o *acaso do discurso*, pois, apesar de dizer algo que o ultrapassa, limita-se a garantir sua repetição dentro dos padrões impostos. Segundo o autor "o novo não está no que é dito, mas no acontecimento de sua volta" (cit. p. 25). Ora, serve então a *jurisprudência* como afirmação e reafirmação do discurso e, quando ela se volta ao processo, como cristalização do discurso pretendido, logo, conteria o processo dentro de padrões *racionais*.

Essa limitação ao discurso completa-se também quando se verifica, pela qualificação dos sujeitos falantes que antes referimos, que o discurso processual forma-se segundo as regras impostas pelo *autor* (FOUCAULT. 2012. p. 25); assim, quando os tribunais estabelecem o "sentido" e o "conteúdo" existentes nos textos legais (e também o funcionamento do discurso processual), atuam aplicando a rarefação através do que FOUCAULT (2012. p. 25) chama "princípio do autor". Tal princípio funciona, segundo as palavras do próprio pensador (cit.), como "*unidade e origem de suas significações, como foco de sua coerência*".

Somado tudo o que se disse até agora, verifica-se então que, sendo o processo o meio encontrado (segundo o modelo *de soberania*) para efetivação do discurso do direito, ou seja: método de tornar o discurso enunciado em realidade, deve, pela potência que esse método contém, ser *administrado* segundo padrões que sirvam ao real modelo hoje vigente nas sociedades, o *modelo disciplinar*, ao poder interessa indivíduos *dóceis úteis*, estes, quando suas relações tornam-se conflituosas, devem portar-se e conduzir-se segundo métodos também preestabelecidos, na tentativa de eliminação destes mesmos conflitos, posto que a manutenção ou a solução das discórdias por métodos que não aqueles preordenados, permitem o descontrole até da construção e gestão das individualidades.

A administração de tal método se faz segundo o controle e a contenção do discurso que se materializa no processo, impondo-se lhe rígidos métodos de *controle, seleção, organização e redistribuição de procedimentos* (FOUCAULT. 2012. p. 8), para que seja ele conformado ao modelo de poder hoje vigente.

V.- CONCLUSÃO.

Bem pesados os argumentos, nota-se que o monopólio estatal dos meios de solução dos conflitos não é, ao contrário do que tradicionalmente se afirma, simplesmente meio civilizatório dos grupos sociais viventes dentro do que se convencionou designar "sociedade civil", tampouco estabeleceu-se meramente com a intenção de atender ao cidadão no sentido de garantir-lhe uma existência pacífica e organizada dentro do meio social.

Tal monopólio estabelece-se em razão da descoberta pelo Poder de ser ele meio eficaz de conquista, administração e garantia deste mesmo Poder, pois, tendo a possibilidade inarredável de administrar os conflitos que nascem dentro da sociedade, estes serão resolvidos também segundo suas conveniências e interesses, além de ser meio eficaz de afirmação do modelo de soberania a explicar sua existência e realização.

Com esse monopólio, o processo realiza a função maior do Direito hoje. Realiza a função de pautar e formar individualidades, impondo que relações sociais conflituosas sejam equacionadas segundo as conveniências do Poder vigente e atuante dentro de certo grupo social.

O exercício dessa função de contenção e formação de individualidades se materializa no discurso jurídico processual, ou seja, o processo é organizado e desenvolvido segundo regras comunicadas por meios linguísticos, cujo conteúdo semântico é determinado segundo o entendimento que lhes atribuem os órgãos estatais de jurisdição, ou seja, confere-se aos chamados "tribunais superiores" o papel de "intérpretes" daquilo que a lei quer significar no que tange à materialização do direito posto apenas em hipótese.

Essa limitação ao discurso jurídico processual vem disfarçada sob a máscara da "racionalização" das decisões judiciais, posto que isso confere ao Poder segurança de que os conflitos resolver-se-ão segundo o modelo de Poder vigente em dado momento histórico e político, quer-se dizer: confere às decisões judiciais "previsibilidade", já que se pode antever seu conteúdo com razoável dose de certeza, ante o programa preestabelecido não somente na lei, mas também no significado que se entende contido na lei.

Não obstante, há que se marcar que tal realidade, ao contrário do que prega o discurso jurídico vigente, não tem como resultado precípua a proteção ao cidadão, mas sim ocasiona decisões pré moldadas, não segundo o interesse deste, senão segundo o interesse de um modelo de sociedade e de Poder cuja principal aspiração é também a formação de individualidades "úteis-

docéis", em prejuízo de soluções que de fato sejam adequadas à eliminação dos conflitos sociais e individuais, que permanecem latentes, já que não são eliminadas pela solução apresentada.

Neste mesmo sentido, lança-se mão de regras pretensamente garantidoras das liberdades individuais, cognominadas garantias constitucionais do processo que, deformadas pela interpretação dos órgãos a quem se encarrega de estipular o sentido contido nestas mesmas regras (leis) mais levam a um formalismo excessivo do que a uma real solução do conflito.

Assim se pode notar que as expressões mais simples adquirem um significado que deve ser chancelado pelos mesmos órgãos, ou para fazer a paráfrase "o direito é aquilo que os tribunais dizem ele ser", engessando as decisões e as soluções de conflitos dentro de moldes já antes aprovados e julgados convenientes pelo Poder.

Reprimidos então o conflito e o agir individual diante de certa situação julgada conforme ou desconforme à lei, dá-se o controle das individualidades como também sua formação segundo a utilidade atribuída ao mesmo indivíduo.

Esta deformação encontra-se na raiz daquilo que se convencionou chamar de "crise de efetividade do processo", pois, se de um lado alcança-se rapidez e agilidade nas "soluções" jurisdicionais apresentadas, de outro promove "soluções" impostas a partir apenas da força sob a qual ela se materializa, sem, de fato, atender às demandas apresentadas pelo cidadão, e, por isso, ela não será atendida como deveria ser por aquele a quem atinge.

Todos estes meios servem apenas ao controle do exercício da função jurisdicional, impedindo-o de funcionar extrapolando o papel que lhe é atribuído pelo modelo de Poder vigente ou de extravasar os limites da conveniência deste mesmo modelo de Poder, atingindo interesses preservados pela conjuntura histórica e política momentânea, daí o mantra: "proteção às liberdades individuais".

Tal oração se concretiza no modelo processual vigente, com predomínio do modelo ordinário de processo, sob o manto do "esgotamento das vias de defesa", da "plenitude da cognição judicial" e do "aprofundamento do exame das provas", com obstrução de modelos processuais permissivos de atividades de execução concomitantes (ou antecedentes) à atividade cognitiva de declaração quanto às razões alegadas pelos litigantes, o que conduz à inefetividade das decisões jurisdicionais, bem como à insatisfação das partes envolvidas no conflito levado a juízo.

Esta limitação das atividades judiciais ocorre em razão de, sob o argumento de legitimação da função jurisdicional, ser necessário um controle estrito e próximo das decisões que daí se originam, pois estas são potencialmente desinteressantes ao Poder difundido dentro do grupo social, então por ser um discurso cujos efeitos são fortes, deve ele ser mantido dentro das conveniências estabelecidas pelas mesmas relações de poder.

A recuperação, ou a ressurreição, de meios de solução de conflitos fundados na autonomia dos indivíduos, onde eles exercitando suas vontades, fossem os autores e formadores da decisão nos parece hoje um caminho promissor, pois restauram ao cidadão essa condição, podendo ele mesmo gerar decisões de acordo com seu interesse, ou com o interesses de todos os envolvidos no litígio, além de ter a característica maior de gerar respeito à solução encontrada, pois oriunda do agir do próprio interessado.