

UMA BREVE GENEALOGIA DAS PRÁTICAS JURÍDICAS NO OCIDENTE *A BRIEF GENEALOGY OF LEGAL PRACTICES IN THE WEST*

Kleber Prado Filho

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil

RESUMO

No sentido de contribuir para a compreensão desse fenômeno de judicialização da vida que experimentamos hoje em dia, esta reflexão percorre, com Michel Foucault, as trajetórias de uma genealogia das práticas jurídicas no Ocidente. Esse percurso encontra-se delineado no texto *A verdade e as formas jurídicas*, bem como em *Vigiar e punir*. Tal genealogia das práticas jurídicas mostra a formação histórica dos procedimentos de “prova”, “inquérito” e “exame” – fundamentais ao exercício do direito em nossas sociedades, suas formas no antigo Direito Grego, no Direito Romano, no antigo Direito Germânico, expondo suas relações com a Inquisição, sua passagem aos modernos aparelhos de justiça, além da sua ampla difusão em práticas sociais diversas ao longo da modernidade, justamente o que remete às condições de possibilidade da judicialização contemporânea da vida. Esta reflexão busca ainda estabelecer ligações entre essas questões – presumidamente jurídicas – e a Psicologia, como campo de conhecimento e prática social.

Palavras-chave: M. Foucault; genealogia das práticas jurídicas; judicialização da vida.

ABSTRACT

In order to contribute to the understanding of the phenomenon of judicialization of life we experience today, this reflection goes along the lines set out by Michel Foucault through the trajectories of a genealogy of legal practices in the West. Such genealogy of legal practices, distinct from the traditional approaches of Legal Histories, shows the historical development of procedures for “evidence”, “investigation” and “examination”, which are fundamental for the exercise of law in our societies. From this perspective, it shows their shaping in ancient Greek Law – different from those applied in Roman Law, which in turn are different to those employed in ancient German Law – and then demonstrates their relations with the Inquisition, their transition to modern justice apparatus monopolized by the State, as well as their widespread incorporation in many social practices throughout modernity, which refers to the very conditions of possibility of judicialization of contemporary life.

Keywords: M. Foucault; genealogy of legal practices; judicialization of life.

O fecundo diálogo de Foucault com o campo do Direito

Dentre domínios de conhecimentos e práticas através dos quais Foucault transita, o campo do Direito é um dos que possibilita perspectivas críticas muito ricas em relação ao nosso presente. Livros como *Vigiar e punir* (1975/1987) e *A verdade e as formas jurídicas* (1996/2005), além de toda uma diversidade de artigos, entrevistas, aulas, palestras, pesquisas e intervenções – exemplo do caso “Pierre Rivière” e da experiência do GIP – dão mostra da riqueza desse diálogo de Foucault com o campo do Direito.

Nesse contexto, a série de conferências por ele proferidas na Universidade Católica do Rio de Janeiro em 1973, publicada com o título: *A verdade e as formas jurídicas*,

ganha destaque como uma das suas primeiras aplicações genealógicas, onde ele busca analisar, nas Terceira e Quarta delas, a formação histórica de práticas jurídicas observáveis no exercício do direito contemporâneo, de uma perspectiva diversa da tradição das Histórias do Direito. Essas habitualmente colocam o Direito Moderno na extensão do Romano, ligando-os por um vínculo originário e continuísta, exaltando suas identidades em termos de legalismo e formalismo, mostrando o antigo legalismo patriarcal romano “nas origens” da moderna burocracia jurídica. De outro ângulo, a história genealógica aqui proposta analisa a formação de alguns procedimentos jurídicos fundamentais ao exercício do direito moderno, como a “prova”, o “inquérito” e o “exame”, nas suas descontinuidades e rupturas, mostrando suas diferenças e singularidades históricas, suas emergências, proveniências

e condições de possibilidade. O estudo levado a efeito em *Vigiar e punir* (Foucault, 1975/1987) será também de grande utilidade nesse percurso.

Mapeando condições de possibilidade para a experiência moderna

Dando início à sua genealogia, Foucault abre sua Terceira Conferência na PUC/RJ referindo-se às antigas práticas jurídicas como “regulamentos judiciais, de litígio, de contestação ou de disputa” (Foucault, 1996/2005, p. 53), o que enfatiza o caráter conflitivo da atividade, deslocando-se de uma perspectiva consensual, conciliatória e naturalizada habitualmente percorrida no campo do Direito.

Dessa forma, ele destaca na cultura grega dois tipos de procedimentos de solução de litígios. Um, mais antigo – contemporâneo de Homero –, envolvia um desafio e a disputa regulamentada entre dois guerreiros que se enfrentavam para definir quem estava certo ou errado, quem havia violado o direito do outro. Aqui não há processo, julgamento, juiz, sentença, inquérito, testemunho, nem produção ou confissão de verdades; muitas vezes consistia numa luta, uma corrida de bigas – uma “justa” – onde a decisão sobre quem tinha razão ligava-se aos riscos que cada um estava disposto a correr para provar isso. O outro procedimento, posterior, refere-se à solução de um litígio criminal – a tarefa de provar quem cometeu um assassinato – centrado na produção de uma verdade, envolvendo a utilização do testemunho e do inquérito.

Bem mais complexo, esse procedimento datado do século V a.C. compreende uma diversidade de práticas, como: a elaboração de formas racionais de prova e demonstração visando a produzir verdades; o desenvolvimento da retórica como arte da persuasão, visando a convencer outros quanto à verdade que se afirma, objetivando “uma vitória para a verdade e pela verdade”; e a formação de um novo tipo de saber fundamentado na lembrança – o testemunho – e na “arte da pergunta”: o inquérito.

Este saber por inquérito virá assumir uma enorme diversidade de formas, além de se multiplicar e proliferar em muitos campos de conhecimento e de práticas na cultura ocidental, de Heródoto, Sófocles e Aristóteles, passando pela tecnologia cristã de confissão e pela “Santa Inquisição”, instalando-se entre as ciências modernas, tendo em conta, evidentemente, diferenças históricas e epistêmicas. Assinalando uma ruptura, Foucault afirma que a Idade Média reinventa a técnica de inquérito colocando-a em outras bases, obtendo resultados em ritmo mais lento,

porém com maior sucesso, ligando-se a partir de então aos destinos da nossa cultura.

Colocando em questão a linearidade da herança ocidental moderna em relação ao Direito Romano, ele traz o exemplo do antigo Direito Germânico, antes do contato com o Império Romano, mostrando que se encontra bem próximo das antigas práticas jurídicas gregas e que suas relações com o Direito Romano após o confronto entre essas duas culturas são bem mais complexas, envolvendo oposições e conflitos, mas também cumplicidades, atravessamentos e apropriações assimétricas entre esses dois modos de fazer justiça. Tal como na cultura grega ao tempo de Homero, não existia no antigo Direito Germânico o procedimento de inquérito, uma vez que os litígios eram regulados pelo jogo da prova. Também não há processo ou ação pública movida por um representante da sociedade ou do poder – um promotor – encarregado de fazer acusações contra indivíduos. Tratava-se sempre de uma oposição, acusação e disputa direta entre indivíduos, famílias ou grupos, sem intervenção do poder público. Essa disputa se prolongava durante toda a liquidação judiciária como uma guerra particular regulada e ritualizada por procedimentos jurídicos, mostrando que nessas sociedades não havia oposição ou distância entre guerra e justiça. A solução do conflito podia envolver ressarcimento financeiro ou vingança – quase sempre em caso de assassinato –, interrompendo-se as hostilidades quando do estabelecimento de um acordo que implicava uma negociação entre as partes.

Até os séculos XII e XIII, com a entrada da Igreja Católica na cena jurídica através da instituição dos “processos de inquisição”, o Direito Feudal regulava os litígios pelo procedimento de “provas”: havia provas sociais, decorrentes do lugar social ocupado pelos indivíduos; havia provas verbais que não eram da ordem da veridicção, colocando em jogo a posição social e a “honra” dos envolvidos; havia provas de natureza mágico-religiosa ligadas ao ato do juramento; e havia provas corporais envolvendo formas de desafio e sofrimento físico, chamadas “ordálios”. O sistema feudal de provas judiciais não consistia numa pesquisa da verdade, e sim num jogo binário de aceitação ou recusa da prova, cuja renúncia implicava derrota de antemão. O resultado final da ação não era uma sentença, mas uma vitória ou derrota, e o juiz, quando existia, se pronunciava não sobre a verdade das denúncias ou acontecimentos, mas sobre a regularidade dos procedimentos. Nesse sentido, o resultado da prova é automático e auto-evidente, prescindindo de julgamento ou da sua legitimação por uma autoridade. Também não se trata, nesse sistema, de provar quem diz a verdade, mas de definir quem está com a razão, que é também o que se mostra mais forte.

De qualquer maneira, estavam ausentes nesse momento os procedimentos de testemunho, de inquérito e de produção ou confissão de verdades, que marcavam sua presença nos Direitos Grego e Romano, mas sofreram uma quebra de continuidade na sua aplicação durante a primeira metade da Idade Média. Esta passagem da Terceira Conferência trata das rupturas e transformações resultantes dos enfrentamentos entre essas formas jurídicas, marcando o momento da reinvenção e reintrodução dos procedimentos de inquérito no Direito Ocidental:

Esse sistema de práticas judiciárias desaparece no fim do século XII e no curso do século XIII. Toda a segunda metade da Idade Média vai assistir à transformação destas velhas práticas e à invenção de novas formas de justiça, de novas formas de práticas e procedimentos judiciários. Formas que são absolutamente capitais para a história da Europa e para a história do mundo inteiro, na medida em que a Europa impôs violentamente o seu jugo a toda a superfície da terra. O que foi inventado nessa reelaboração do Direito é algo que, no fundo, concerne não tanto aos conteúdos, mas às formas e condições de possibilidade do saber. O que se inventou no Direito dessa época foi uma determinada maneira de saber, uma condição de possibilidade de saber, cujo destino vai ser capital no mundo ocidental. Esta modalidade de saber é o inquérito que apareceu pela primeira vez na Grécia e ficou encoberto depois da queda do Império Romano durante vários séculos. O inquérito que ressurgiu nos séculos XII e XIII é, entretanto, de tipo bastante diferente daquele cujo exemplo vimos em *Édipo*.¹ (Foucault, 2005, pp. 62-63)

A reinvenção do inquérito na cultura ocidental

Alguns acontecimentos históricos constituem condições de possibilidade para tal movimento: a crescente necessidade da circulação de bens, a edificação dos aparelhos de Estado monárquicos nascentes na Europa nesse momento e a entrada da Igreja Católica na cena jurídica.

Considerando que uma sociedade onde a justiça opera por contestação e litígio liquidados entre indivíduos não tem um poder judiciário constituído, entra em questão nesse momento a necessidade de organização de um aparelho de justiça com seus procedimentos jurídicos e administrativos, que concentre o poder de julgar nas mãos de alguns. A justiça deixa de ser litígio particular entre indivíduos para ser problema de manutenção de soberania: os conflitos não mais serão negociados e resolvidos entre os envolvidos, mas esses terão agora que se submeter à regulação por um poder judiciário organizado como poder político. Surge a figura do “procurador”, ausente no Direito Romano, operando como representante do rei ou do senhor, do soberano, de um poder lesado – mais tarde, na modernidade, ele virá agir “em defesa da

lei e da sociedade”. E quando o dano causado deixa de ser lesão apenas a outro indivíduo e passa a ser também uma ofensa ao soberano e sua lei, surge outra figura inédita: a “infração”, e assim, em termos de concepção de crime, essa invenção do Direito Medieval substitui a noção de dano. Finalmente, se o soberano passa a ser o principal lesado, é ele, agora, que deve exigir reparação e ressarcimento, o que dá nascimento a todo um sistema de multas e confiscos. Tudo isso mostra a colonização dos mecanismos particulares de liquidação de litígios com seus procedimentos jurídicos pelo poder estatal, que concentra e passa a exercer o poder de julgar como garantia e em nome da manutenção de soberania.

A sentença jurídica surge também nesse momento ligada às práticas de inquérito, que por sua vez apresentam duas linhas de proveniência: uma ligada ao sistema administrativo utilizado pelo Império Carolíngio e outra ligada aos procedimentos inquisitoriais desenvolvidos pela Igreja Católica. Como prática administrativa, implicava um tipo de poder que se exercia pela pergunta, que não sabia a verdade e, exatamente por isso, queria conhecê-la. Nessa busca pela verdade, dirigia-se aos “notáveis” – pessoas que pela sua posição, idade e riqueza seriam capazes de saber –, porém sem pressão ou violência, esperando que eles dissessem aquilo que consideravam ser verdadeiro. Como inquérito eclesiástico, ligava-se à prática medieval da *visitatio*, quando um bispo obrigatoriamente procedia visitas periódicas à sua diocese ou a monastérios. Ali chegando o bispo instituiu inicialmente uma *inquisitio generalis* ou inquisição geral, perguntando àqueles que fossem capazes de saber, se durante a sua ausência ocorreram irregularidades, faltas ou crimes, e em caso de resposta afirmativa instalava imediatamente uma *inquisitio specialis* – inquisição especial – destinada a apurar em verdade quem havia feito o quê: autoria e natureza do ato. Esses procedimentos poderiam ser interrompidos em qualquer estágio desde que houvesse confissão de culpa por parte do responsável pela ação.

Portanto, na Europa medieval, o inquérito não era ainda um procedimento jurídico, exercendo-se centralmente como técnica administrativa, uma forma determinada de organização do poder, que teria sido esquecida se a Igreja mesma não a tivesse aplicado na gestão dos seus próprios bens. Porém, bem antes de qualquer aplicação administrativa, a Igreja Católica já utilizava ao longo de toda a Idade Média uma forma de inquérito espiritual e religioso, articulado à prática de confissão, e quando ela se tornou o único corpo econômico-político coerente da Europa entre os séculos X e XII, a inquisição eclesiástica transforma-se ao mesmo tempo em inquérito espiritual sobre faltas, pecados e crimes cometidos, além de

inquérito administrativo sobre a maneira como os bens da Igreja eram administrados. Esta passagem da Terceira Conferência sintetiza essa questão e marca o momento de emergência da prática do inquérito no campo jurídico:

Este modelo ao mesmo tempo religioso e administrativo do inquérito subsistiu até o século XII, quando o Estado que nascia, ou antes, a pessoa do soberano que surgia como fonte de todo o poder, passa a confiscar os procedimentos judiciários. Estes procedimentos judiciários não podem mais funcionar segundo o sistema da prova. De que maneira, então, o procurador vai estabelecer que alguém é ou não culpado? O modelo – espiritual e administrativo, religioso e político, maneira de gerir e de vigiar e controlar as almas – se encontra na Igreja: inquérito entendido como olhar tanto sobre os bens e as riquezas, quanto sobre os corações, os atos, as intenções, etc. É esse modelo que vai ser retomado no procedimento judiciário. O procurador do Rei vai fazer o mesmo que os visitantes eclesiais faziam nos paróquias, dioceses e comunidades. Vai procurar estabelecer por *inquisitio*, por inquérito, se houve crime, qual foi ele e quem o cometeu. (Foucault, 2005, p. 71)

A difusão dos procedimentos de inquérito na passagem à modernidade

Conforme Foucault, a reinvenção do inquérito resulta de uma série de transformações nas estruturas políticas e nos regimes de produção de verdade ocorridas na época, havendo sido introduzida nos domínios jurídicos pela Igreja Católica. A partir do século XIII, essa prática virá a se difundir amplamente pela sociedade europeia, passando a ser aplicada em uma diversidade de práticas sociais, atividades institucionais e numa multiplicidade de campos de conhecimento. Mais tarde, na modernidade, ela virá a constituir suporte metodológico e epistemológico para um grande número de ciências como a Medicina, a Economia política, a Geografia, a Demografia, entre outras tantas, como a própria Psicologia, com suas técnicas de entrevista, de anamnese, de reprodução das histórias de vida, amplamente aplicáveis em diversos campos e atividades profissionais dos psicólogos.

Este percurso genealógico mostra, então, que o inquérito não nasce como prática jurídica: ele é bem mais antigo que o aparelho de justiça que está sendo construído nesse momento; tem uma dupla proveniência histórica – de aplicação administrativa e religiosa –, foi introduzido no campo jurídico pela Igreja Católica e colonizado pelo poder estatal, porém sua aplicação não permanece restrita a estes domínios, difundindo-se nas sociedades ocidentais modernas em toda uma multiplicidade de práticas sociais, institucionais e campos de conhecimento. É precisamente isso que se pode entender como reinvenção do inquérito no

Renascimento, acontecimento fundamentalmente ligado ao desenvolvimento e aplicação desse procedimento no campo jurídico, que funciona como um núcleo a partir do qual a prática do inquérito irá se multiplicar e expandir adentrando a modernidade. Acrescenta Foucault que, à medida que o inquérito se desenvolve como forma geral de saber, o procedimento da prova tende a desaparecer da cena jurídica. Este texto sintetiza sua problematização do inquérito e conclui sua Terceira Conferência:

Como conclusão poderíamos dizer: o inquérito não é absolutamente um conteúdo, mas a forma de saber. Forma de saber situada na junção de um tipo de poder e de certo número de conteúdos de conhecimentos. Aqueles que querem estabelecer uma relação entre o que é conhecido e as formas políticas, sociais e econômicas que servem de contexto a esse conhecimento costumam estabelecer essa relação por intermédio da consciência ou do sujeito do conhecimento. Parece-me que a verdadeira junção entre processos econômico-políticos e conflitos de saber poderá ser encontrada nessas formas que são ao mesmo tempo modalidades de exercício de poder e modalidades de aquisição e transmissão do saber. O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e as determinações econômico-políticas. (Foucault, 2005, p. 78)

A aplicação do inquérito sobre si mesmo

A “confissão”² é um tipo de prática que se desenvolve paralelamente ao inquérito e que, a partir desse momento, mais uma vez por intermédio da Igreja Católica, passará a estar intimamente ligada aos procedimentos jurídicos. Vimos que o procedimento de inquérito apresenta uma dupla proveniência administrativa e religiosa e que, antes de uma aplicação na gestão dos seus bens, a Igreja Católica já desenvolvera toda uma tradição de inquérito espiritual, interiorizante e de natureza íntima, buscando inventariar faltas, pecados e culpas. Este “inquérito sobre si mesmo” compreende a prática cristã denominada “exame de consciência”, anterior e intimamente ligada à obrigação de dizer a verdade num ato de confissão a outrem, que detém o poder de julgar, impor penitência e perdoar, ou redimir a culpa.

Ligada a esta tecnologia de inquérito espiritual e de exame interiorizado de si mesmo, a prática de confissão formou-se ao longo de toda a Idade Média, vindo a se instituir como sacramento, ou prática obrigatória a todo bom cristão, não coincidentemente, neste exato momento

histórico: em 1215 – século XIII – no Concílio de Latrão. A partir de então, tal como acontece com o inquérito, a confissão irá transbordar os limites da sua aplicação religiosa para difundir-se em uma multiplicidade de relações e práticas sociais, institucionais e por campos de conhecimento diversos. Também a exemplo do que se passa com o inquérito, ela migra diretamente do confessoriano cristão para a Inquisição e daí para as práticas jurídicas, adquirindo aquele poder já citado, de interromper um processo judicial a qualquer momento, desde que haja confissão de culpa pelo réu.

Na modernidade virá a proliferar no Ocidente toda uma diversidade de “ciências confessionais” – que não são outras senão aquelas que utilizam o discurso confessional como instrumento para a produção das suas verdades –, entre as quais, mais uma vez, a Psicologia, com suas técnicas de escuta, interpretação e “cura pela palavra”.

A moderna reforma do direito no Ocidente

Na Quarta Conferência proferida na PUC/RJ, Foucault irá tratar das transformações ocorridas nas práticas jurídicas europeias na passagem do século XVIII ao XIX – aquilo que ficou conhecido como “reforma do Direito e dos códigos”, particularmente na França e na Inglaterra –, analisadas agora no contexto das sociedades disciplinares e de vigilância da época, que constituem solo e condição e possibilidade para as sociedades modernas que se formam a partir de então.

Vimos que as práticas jurídicas renascentistas deixam como grandes legados teóricos a noção de infração e o saber por inquérito. No entanto, a sociedade disciplinar virá produzir suas próprias concepções e formas de saber. No Renascimento, uma falta deixa de ser dano particular a outrem para ser infração à lei natural, religiosa ou moral; agora, a emergente noção de “crime”, que dela deriva, refere-se a uma ruptura específica com a lei civil, formulada por uma sociedade através da ação de um poder constituído para a função política de legislar. Por sua vez, uma “lei positiva”, como expressão da racionalidade de uma sociedade, deve se distinguir das leis naturais, religiosas e morais, representando o que é útil para uma sociedade e repreendendo aquilo que é nocivo a ela. Portanto, o crime nada tem a ver com pecado ou falta moral, mas constitui dano social e ameaça à sociedade, à paz e à ordem. O criminoso – figura produzida por esse discurso –, entendido como quem desrespeita a lei, é o inimigo social: inimigo interno que rompeu o pacto e ameaça a sociedade, sendo por isso passível de punição, o que coloca em movimento outro elemento fundamental deste sistema, que é a noção de “pena”. Pode-se afirmar

que acontece nesse momento uma criminalização das condutas individuais correlativamente a um processo de penalização individualizada das faltas e infrações.

Se o crime é um dano social, se o criminoso é o inimigo da sociedade, como a lei penal pode tratar esse criminoso ou deve reagir a esse crime? Se o crime é uma perturbação para a sociedade; se o crime não tem mais nada a ver com a falta, com a lei natural, divina, religiosa, etc., é claro que a lei penal não pode prescrever uma vingança, a redenção de um pecado. A lei penal deve apenas permitir a reparação da perturbação causada à sociedade. A lei penal deve ser feita de tal maneira que o dano causado pelo indivíduo à sociedade seja apagado; se isso não for possível, é preciso que o dano não possa mais ser recomeçado pelo indivíduo em questão ou por outro. A lei penal deve reparar o mal ou impedir que males semelhantes possam ser cometidos contra o corpo social. (Foucault, 2005, pp. 81-82)

Dentre os tipos de punição propostos pelos chamados “reformadores do direito” – a deportação ou banimento; o isolamento ou exclusão; o trabalho forçado; e a pena de Talião –, não se encontra a pena de privação de liberdade que, no entanto, acaba triunfando na modernidade como pena por excelência, punição para todo e qualquer crime, legitimando a existência de prisões em nossas sociedades. Na verdade, as prisões não faziam parte dos projetos de reforma jurídica do final do século XVIII, mas uma mudança de rumos da legislação penal acaba por colocar no centro das atenções os problemas políticos do isolamento, da vigilância e da normalização das condutas socialmente perigosas.

A individualização da pena e psicologização do Direito moderno

Observa Foucault que, durante todo o século XIX, de forma sempre mais acelerada, a legislação penal deslocou seu foco daquilo que seria útil para a sociedade para “ajustar-se ao indivíduo”, alcançar uma aplicação individualizada do princípio legal, aquilo que se conhece como “individualização da pena”. O princípio da universalidade da lei representando exclusivamente interesses sociais cede espaço para uma aplicação da lei modulada segundo “circunstâncias atenuantes” – ou agravantes – ligadas às condutas e virtualidades do indivíduo em julgamento. Ao longo do século XIX a legislação penal vai sempre mais deixando de ser aplicada em defesa da sociedade para punir de forma mais individualizada o infrator e corrigir o indivíduo desviante da norma. A penalidade passa a incidir não tanto sobre faltas e atos cometidos pelo indivíduo quanto sobre virtualidades da sua conduta criminosa/criminalizada: o que ele pode fazer, o que é capaz de fazer, o que ele está sujeito a fazer – “menos a defesa da sociedade

que o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos.” (Foucault, 2005, p. 85). Merece destaque aqui, segundo ele, o “escandaloso” enunciado da “periculosidade” colocado pelo discurso criminológico positivista, funcionando como grande operador de uma política das penalidades voltada para uma contenção de virtualidades e perigos atribuídos a uma “personalidade criminosa = perigosa”. As questões nodais e alvos desta nova “economia punitiva” são o controle e a reforma do comportamento dos indivíduos, o que mostra certa psicologização do Direito moderno³, bem como o alcance fino, capilar e subjetivante dos procedimentos jurídicos modernos.

Chega-se assim, à contestação da grande separação atribuída a Montesquieu, ou pelo menos formulada por ele, entre poder judiciário, poder executivo e poder legislativo. O controle dos indivíduos, essa espécie de controle penal punitivo dos indivíduos ao nível de suas virtualidades não pode ser efetuado pela própria justiça, mas por uma série de outros poderes laterais, à margem da justiça, como a polícia e toda uma rede de instituições de vigilância e de correção – a polícia para a vigilância, as instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas, pedagógicas, para a correção. É assim, que no século XIX, desenvolve-se, em torno da instituição judiciária e para lhe permitir assumir a função de controle dos indivíduos ao nível de sua periculosidade, uma gigantesca série de instituições que vão enquadrar os indivíduos ao longo de sua existência; instituições pedagógicas como a escola, psicológicas ou psiquiátricas como o hospital, o asilo, a polícia, etc. Toda essa rede de um poder que não é judiciário deve desempenhar uma das funções que a justiça se atribui neste momento: função não mais de punir as infrações dos indivíduos, mas de corrigir suas virtualidades.

Entramos assim na idade do que eu chamaria de ortopedia social. Trata-se de uma forma de poder, de um tipo de sociedade que classifico de sociedade disciplinar por oposição às sociedades propriamente penais que conhecíamos anteriormente. É a idade de controle social. (Foucault, 2005, pp. 85-86)

A articulação entre práticas de exame e o jogo da norma

Assim como o Renascimento reinventa o inquérito, as sociedades disciplinares e panópticas criam o “exame” – imbricado no jogo da “norma” – como forma de saber-poder, temática abordada em *Vigiar e punir*. Não se trata mais, apenas, de inventariar ou de reconstituir passo a passo um acontecimento – saber o que aconteceu, quem fez o que e quando –, mas é necessário também conhecer em detalhes como um indivíduo se conduz, se ele age ou não conforme a regra, se sua conduta é correta, adequada e normal.

O exame refere-se a um conjunto de técnicas que possibilitam um conhecimento detalhado de cada um, do mesmo modo que a aplicação do poder da norma permite a comparação e classificação entre indivíduos tomados coletivamente. Enquanto o exame produz individualidades separadas entre si, o jogo da norma trata de nivelá-las e serializá-las, patologizando as diferenças, corrigindo desvios e operando uma ortopedia da subjetividade, buscando reconduzir os desviantes à normalidade. Apesar de se sustentarem em argumentos de cientificidade, o exame, como a norma, não conseguem disfarçar seu caráter de saber-poder técnico, disciplinar, capilar e subjetivante, característico das sociedades ocidentais modernas.

A aplicação articulada dessas modalidades de saber-poder apoia-se na exposição dos indivíduos a um tipo de vigilância capaz de produzir um conhecimento sobre as particularidades de cada um, um saber sobre suas subjetividades singulares, que permite um controle normalizante sobre suas condutas, ligando cada um à sua própria identidade. Mas os grandes efeitos de subjetividade decorrentes desta minuciosa prática de poder referem-se à produção de uma “certeza de estar sendo vigiado”, decorrente da exposição permanente dos indivíduos ao olhar hierárquico, e à obrigação de repetir-se e ser sempre idêntico a si mesmo, resultante dos jogos de identificação social. Trata-se, assim, de uma aplicação de saber-poder ao mesmo tempo objetivante – funcionando como prática social que se inscreve no corpo de cada indivíduo – e subjetivante: operando como “convicção subjetiva” que regula a conduta de cada um.

Relações entre a Psicologia e esta genealogia das práticas jurídicas

Esta breve genealogia das práticas jurídicas mostra que o desenvolvimento dos procedimentos de inquérito e exame constitui condições de possibilidade para a formação de uma multiplicidade de saberes e práticas sobre o sujeito na passagem à modernidade, contribuindo particularmente para o nascimento das Ciências Humanas e da Psicologia, tendo em conta o caráter subjetivante dessas técnicas. Essa é uma das questões centrais tratadas em *Vigiar e punir* (Foucault, 1975/1987)⁴, referente às relações genealógicas entre a individualização e suposta “humanização” do direito moderno, a criminologia positivista do século XIX, as práticas disciplinares, a formação de um saber sobre o indivíduo e o nascimento de uma “ciência psicológica”.

São indisfarçáveis as relações de proveniência entre a tecnologia científica de avaliação psicológica desenvolvida ao longo do século passado e as práticas políticas de inquérito e de exame, em suas imbricações com o jogo

da norma. A psicometria científica do século XX articula técnicas provenientes das práticas medievais de inquérito – técnicas de entrevista, anamnese, reconstituição e registro de história individual – com técnicas disciplinares de exame, aplicadas no sentido de conhecer características psicológicas, capacidades e habilidades individuais, classificadas em relação a uma média construída por comparação estatística entre indivíduos. Assim, com um recurso ao jogo da norma, é possível conhecer a distância de cada um em relação à média do seu grupo – que é a sua posição em relação à norma social –, marcando e nomeando os desvios, enunciando a normalidade ou anormalidade de cada um. A articulação dessas técnicas dá consistência a todo um conjunto de instrumentos científicos da Psicologia, social e institucionalmente reconhecidos, tais como: processos seletivos, psicodiagnósticos, pareceres, laudos e perícias, com suas respectivas características e diferenças.

Particularmente tais aplicações nas formas de pareceres, laudos e perícias dão mostras das aproximações contemporâneas entre a Psicologia e as práticas e saberes jurídicos, resultando em modalidades sutis e psicologizadas de enunciação, marcação, subjetivação e governo cotidiano das condutas. A aplicação de saberes, técnicas e instrumentos psicológicos tem sido objeto de demandas crescentes da parte de diversas instituições e instâncias judiciais. É precisamente aí que a Psicologia exerce seu papel de “justiça paralela”, refinando estratégias de julgamento, senão de correção e punição.

O exame criminológico deve ser remetido ao contexto dessas práticas, assim, passamos do exame anátomo-fisionômico-caracterológico do criminoso proposto pela criminologia positivista no século XIX a uma modalidade de avaliação científica, que emprega métodos e técnicas de exame psicológico, pronunciando-se não apenas sobre capacidades e características individuais, como também sobre as perspectivas de recuperação ou reabilitação daquele que cometeu um crime. Nesse sentido, pronuncia-se sobre virtualidades da conduta de um criminoso: sua sociabilidade, periculosidade, reconhecimento da falta, recuperação, subjetivação da regra e da norma.

A recente formação do campo da psicologia jurídica também dá mostras das ligações da Psicologia com os domínios do Direito, bem como é indicador do envolvimento dessa disciplina com o fenômeno contemporâneo de judicialização da vida.

Deve-se ter em perspectiva que a criminalização das condutas cotidianas e a judicialização da vida são correlativas da patologização das condutas cotidianas e da

medicalização da vida, todos eles aspectos fundamentais da experiência contemporânea, imbricados no jogo da norma, colocando em evidência formas sutis de governo das condutas, modos finos de subjetivação e certa instrumentalização psicológica do exercício de poder.

Concluindo

Este exercício genealógico do olhar mostra ainda a emergência de variadas figuras de subjetividade na passagem à modernidade: não apenas dessa abstração universalizante denominada “sujeito de direito”, mas de figuras postas às margens da sociedade, como o infrator, o criminoso, delinquente, sujeito perigoso, inimigo interno, além de personagens habituais em nosso cenário cotidiano: o sujeito normal, indivíduo preso a uma identidade.

A trajetória aqui percorrida mostra, em última instância, a formação histórica de procedimentos não exatamente jurídicos que, a partir da sua captura pelo Estado, são “judicializados”, mostrando em seguida a sua difusão, quando eles transbordam as fronteiras do “jurídico” e se transversalizam pela sociedade, atuando como regulação e governo cotidiano das condutas dos indivíduos. Entendemos, assim, que tal genealogia aponta algumas condições de possibilidade para a experiência de judicialização que vivemos contemporaneamente, bem como mostra alguns envolvimento de saberes e práticas psicológicas com esse processo, abrindo-se, assim, para uma crítica do nosso tempo e de nossas práticas.

Notas

- 1 Referência ao tratamento do problema da prova jurídica analisado na tragédia grega “Édipo”, objeto da palestra anterior.
- 2 Sobre este tema, consultar Prado Filho (2006, pp. 139-148).
- 3 A respeito disso, em *Vigiar e punir* Foucault (1975/1987) aponta o funcionamento da Psicologia como “justiça paralela” na modernidade, quando requisitada a produzir laudos, perícias e pareceres técnicos que irão subsidiar decisões e sentenças judiciais. Nesse mesmo texto ele aponta ainda, correlativamente, uma psicologização dos poderes modernos que se tornam mais “finos” e mais sutis, mais sedutores e irresistíveis, mais individualizantes e subjetivantes, em suas formas de aplicação e em seus efeitos.
- 4 Este livro – *Vigiar e punir* (Foucault, 1975/1987) – é constituído por vários projetos, atravessado por diversos percursos, abrindo-se para muitas possibilidades transversais de leitura, entre elas: o eixo central do estudo, mostrando o nascimento das prisões no contexto da reforma do Direito moderno; o trajeto genealógico mostrando a reinvenção das disciplinas na forma de uma anátomo-política e uma microfísica do poder; o projeto metodológico da genealogia do poder; as trajetórias de uma genealogia das sociedades modernas; o percurso de uma genealogia do indivíduo moderno; e o não menos importante trajeto de uma genealogia da psicologia.

Referências

- Foucault, M. (1987). *Vigiar e punir* (5ª ed.). Petrópolis, RJ: Vozes. (Trabalho original publicado em 1975)
- Foucault, M. (2005). *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau. (Trabalho original publicado em 1996)
- Prado Filho, K. (2006). Uma genealogia das práticas de confissão no Ocidente. In M. Rago & A. Veiga-Neto (Eds.), *Figuras de Foucault* (pp. 139-148). Belo Horizonte: Autêntica.

Recebido em: 29/01/2012
Revisão em: 31/05/2012
Aceite em: 08/07/2012

Kleber Prado Filho é Professor do Programa de Pós-graduação em Psicologia da Universidade Federal de Santa Catarina. Endereço: Caixa Postal 5068. Campus Universitário. Trindade. Florianópolis/SC, Brasil.
CEP 88040-970.

Email: kleberprado.psi@gmail.com

Como citar:

Prado Filho, K. (2012). Uma breve genealogia das práticas jurídicas no Ocidente. *Psicologia & Sociedade*, 24(n. spe.), 104-111.