

A HISTÓRIA NO DIREITO E A VERDADE NO PROCESSO: O ARGUMENTO DE MICHEL FOUCAULT.

Ricardo Marcelo Fonseca

1. Direito e História.

Da mesma maneira que não se pode falar levemente de "direito", sem tornar preciso o que se quer dizer exatamente com isto, não se pode também falar de "história" sem que um esclarecimento conceitual sobre este termo seja requisitado. De fato, quando se fala em "direito", pode-se estar referindo a um conjunto de valores, a um conjunto de normas, a um sistema, a um campo de lutas, etc. A interpretação a ser dada vai depender de como o virtual interlocutor localiza o fenômeno jurídico no plano teórico (ele pode ser um jusnaturalista, um juspositivista, um sistêmico, um marxista, e assim por diante). Isto significa que antes de pretender definir o direito, devemos perguntar: que direito? Qualquer discussão teórica posterior depende deste esclarecimento prévio, que funciona desta forma como um pressuposto para que sejam colocados os termos de um debate sobre "direito". Estão equivocados, portanto, aqueles que imaginam que o significante "direito" contém somente um sentido. Aqueles que se iniciam nos estudos jurídicos logo percebem (ou ao menos devem perceber) como esta simples palavra pode conter múltiplas (e às vezes até mesmo contraditórias) interpretações.

O mesmo acontece com o termo "história". O nosso senso comum teórico costuma definir rapidamente o que significa esta palavra: se não for uma ciência, um saber (no sentido de "a disciplina da história", ou "a história ensina que...") certamente que ela vai significar o objeto deste saber, que é precisamente o passado. Ou, em outros termos: neste segundo sentido, a história seria o conjunto de eventos e fatos que compõe o passado humano, reconstituídos através de procedimentos controlados (se não mesmo objetivos) deste controvertido ramo das ciências humanas. A história seria assim definida rápida e tranquilamente, pois parece haver pouco a ser discutido ante a certeza de que a história é, por um lado, o ramo do conhecimento que se ocupa do passado, e, por outro, ela é, afinal, o conjunto dos eventos que compõe este passado.

Uma reflexão mais detida, todavia, demonstraria que as coisas não se passam bem assim. Um filósofo "idealista" diria que os fatos e eventos não tem uma materialidade exterior ao pensamento, mas que existem somente idéias destes fatos. Tudo o que temos, para esta forma de analisar o mundo, não passam de concepções mentais. A partir deste tipo de reflexão, poderíamos então dizer que o passado (entendido

como o conjunto de eventos concretos e materiais) não existe; o que existem são somente idéias ou representações sobre eles. A história, assim, não existiria; haveria apenas elaborações subjetivas sobre o passado, tornadas possíveis através da consciência.

Por outro lado, se pensarmos no conceito de história como saber (e não como objeto deste saber), e se o saber histórico, como dito no início, seria "o conjunto de fatos" do passado humano, haveria ainda outra possibilidade teórica - sem precisar sermos necessariamente idealistas - que consistiria simplesmente em duvidar dos critérios tradicionais de escolha dos "fatos" que compõem o saber histórico. Sim, pois se o saber histórico é a recolha de alguns eventos do passado humano, e, afinal de contas, a cada minuto ocorrem simultaneamente milhões de fatos de ordem e natureza variadas, devemos perguntar que critérios justificam a escolha de alguns eventos para ingressarem na galeria da história, e não de outros. Quais os meios de julgar que alguns fatos são "históricos" (ou ao menos dignos de registro histórico) e outros não? Se não nos contentarmos com a fácil resposta da história "tradicional" (dita positivista ou historicista) de que são dignos de registro os "grandes" eventos, nomes e datas, percebemos que a resposta ao questionamento do significado da história fica ainda mais difícil. E tudo isto para não falarmos na possibilidade de simplesmente proscriver os fatos da ciência da história (que seriam, nas palavras de Fernand Braudel, uma mera "agitação de superfície (...) de oscilações breves, rápidas e nervosas"), substituindo-os, como fizeram Lucien Febvre e Marc Bloch (como também, a rigor, toda a historiografia francesa educada pela Escola dos "Annales") pelas análises estruturais de longa duração, onde os eventos perdem importância e dignidade. Afinal, para esta importante corrente de historiografia francesa, o nível factual é o mais pobre dentro da análise histórica, devendo ser privilegiadas as visões problematizantes em termos de conjuntura e estrutura.

Até aqui se pode notar como aquela conclusão trivial de que a história seria, afinal, a simples "reconstituição dos fatos do passado" pode ser severamente questionada e duvidada por vários ângulos.

Esta discussão teórica não é ociosa. Elaborar a pergunta "o que é e para que serve a história?", é uma premissa fundamental para que possamos ingressar em qualquer discussão teoricamente séria a respeito da história.

2. Problemas na abordagem do passado jurídico.

Trazendo isto para a específica discussão sobre o passado jurídico, as mesmas questões, dúvidas e ponderações teóricas devem ser colocadas. Isto é: antes de discutirmos a história deste ou daquele instituto jurídico, se mostra importante questionar o que se busca e o que se

pretende com uma indagação de natureza histórica e o que se pretende do discurso historiográfico-jurídico.

Dependendo dos caminhos teóricos que forem objeto da opção teórica (consciente ou inconsciente) daquele que se debruça sobre o passado jurídico, as respostas dadas podem ser muito diversas. Pode-se fazer a história do direito somente para demonstrar uma erudição (geralmente vazia de sentido e de utilidade) sobre coisas velhas e em desuso, como também pretender indicar a trajetória (normalmente de modo linear) de determinados institutos jurídicos desde a época antiga até o direito positivado atual. Ou ainda pode ser que nosso objetivo seja recuperar o passado do direito para fazer um belo intróito (geralmente apelidado de "escorço histórico") para adereçar a análise de um instituto da dogmática jurídica - que seria o efetivo "objeto" de reflexão. Ou, finalmente, nossa pretensão pode ser simplesmente desvelar o sentido da norma (a famosa e imprecisa "mens legis"), através da chamada "interpretação histórica", que se revelaria um meio (que se utiliza por excelência da experiência pretérita) de auxílio das disciplinas dogmáticas.

Todavia, aqueles que tomam o caminho (e não são poucos) de trilhar esta alternativa teórica geralmente não têm consciência de que tal procedimento é em regra montado com base numa linearidade temporal construída "a posteriori", montada pelos condicionantes do tempo que se debruça sobre o passado, e, por isso, que normalmente se mostra completamente incompatível com a complexidade do próprio passado para o qual o estudo deveria ser fiel. De fato, o estudo linear da história do direito, (que amontoa tudo o que já passou numa superposição harmônica e coerente de institutos jurídicos através tempo) acaba impondo uma lógica ao passado que em verdade lhe é estranha, ao mesmo tempo em que lança sobre a época pretérita as questões, preocupações, valorações e ansiedades que pertencem ao presente (e ao cientista que produz um tal tipo de conhecimento).

Com isto, duas distorções graves geralmente acontecem: a primeira no próprio objeto de reflexão, que ao invés de ser fiel ao passado sobre o qual ela deveria se deitar acaba demonstrando uma indúvidosa empatia com o presente, como dizia Benjamin . Em outros termos, a historiografia assim orientada constrói um discurso histórico distanciado do passado e próximo do presente, numa distorção da experiência humana (no caso experiência jurídica) presidida por uma lógica que só toma sentido no presente do historiador que elabora este discurso. A história do fenômeno e o fenômeno propriamente dito distanciam-se, compondo uma ligação construída de modo artificial. A história aqui, pode-se dizer, torna-se um enfeite do estudo (seja ela uma dissertação, uma tese ou um manual), torna-se um ornamento, que no mais das vezes tem o seu lugar garantido na escrita por razões meramente

formais derivadas da tradição da escrita acadêmica do direito ("deve-se fazer um capítulo histórico"), mas sem operacionalidade teórica alguma. Não é incomum, efetivamente, notarmos nossos "historiadores" do direito buscando os "precedentes" de inúmeras instituições jurídicas atuais em épocas onde tais instituições pouco ou nada tinham em comum com o modo como elas são encaradas no presente, numa verdadeira subversão de sentido que somente se presta para poder legitimar, pelo procedimento histórico, uma visão de mundo presente. António M. Hespanha, ao abordar este problema da "falsa continuidade" dos institutos, exemplifica como o conceito de "obrigação" no direito romano envolvia um vínculo jurídico muito diverso da compreensão atual, já que a vinculação era "materialística" com o próprio corpo do devedor. Da mesma forma, a noção de "família" em Roma abrangia parentelas muito vastas, como também os não parentes e escravos (famuli) e até os bens da casa. Isto nos demonstra como passado e presente não têm uma relação tão linear, harmônica e contínua quanto supõem a maioria de nossos manuais e o estabelecimento de conexões diretas entre eles pode ser um procedimento um tanto temerário. A segunda distorção se dá justamente na medida em que neste discurso a experiência jurídica é apresentada como um desenrolar de eventos que desembocarão de modo natural e lógico no presente, demonstrando os institutos jurídicos atuais como um resultado consequente da experiência histórica. O direito atual é como que naturalizado pela história, passando a ser legitimado pela própria tradição, que de modo mais poderoso que qualquer outra racionalidade que se possa construir, demonstra como o direito de hoje somente poderia ser assim, e não de outra forma. Isto é: baseado numa noção de progresso que lhe serve de substrato, a história do direito seria capaz de demonstrar como o evoluir da dogmática e das leis no tempo culminou naquele que seria o direito mais evoluído, mais racional, mais moderno e mais científico e que, por tudo isto, seria também aquele que está mais isento de quaisquer críticas: o direito atual. Em suma, este discurso histórico do direito (que aqui eu chamaria de historicismo jurídico) acaba desempenhando a função de justificar e legitimar o direito de hoje, contribuindo, em certa medida, para imunizá-lo de críticas em prol de uma suposta "tradição histórica".

Todos os problemas acima enunciados também afetam de modo particular a história do processo, ou a história do direito processual. De maneira aleatória, institutos jurídicos que tinham um lugar especificamente definido dentro dos quadros sociais, econômicos, políticos e culturais de épocas passadas são correlacionados, num modo impressionantemente automático, com o direito atual. Formas "processuais" enquadradas em paradigmas completamente diversos são transpostos para a modernidade sem qualquer constrangimento. O

direito vigente na Roma antiga ou o direito canônico medieval são como que "revividos" no ordenamento jurídico hoje vigente, sem que as sociedades que sustentavam aquelas formas de ordenação tenham qualquer relação com a atual.

Com efeito, o "solucionar o caso concreto" dos pretores romanos é definido como "jurisdição"; a estrutura política das "cidades estado" gregas e romanas são facilmente homogeneizadas com a de um "Estado Moderno"; a estrutura de legitimidade das leis no passado (em Roma ou na Idade Média), de fundo transcendental - seja cosmológico ou teológico - passa a ter uma relação de homologia com nossa dogmática sistemática moderna, fundada numa razão abstrata; o próprio modo de desvelar a verdade num litígio qualquer - que em épocas pretéritas, de acordo com a episteme ou o paradigma então vigentes, poderia aparecer como uma "revelação" ou como um "jogo" - aparece aqui como uma evolução linear dos critérios empíricos da racionalidade laica, como se as formas históricas anteriores fossem "bárbaras", "pré modernas", "irracionais", e não simplesmente diferentes, historicamente diferentes, provenientes de uma sociedade, de um tempo e de uma cultura diferentes. Não se percebe, pois, que a definição do que é "bárbaro" ou "civilizado", "pré moderno" ou "moderno" e "irracional" ou "racional" faz parte de um padrão classificatório radicalmente fincado no tempo e nas sociedades atuais (com seu padrão de cientificismo fortemente etnocêntrico) .

Tudo isto é possível e muito frequente na nossa literatura jurídica, para não dizermos que é o procedimento teórico quase exclusivo naquilo que se tem chamado de tentativa de compreensão histórica do direito .

Mas esta é apenas uma opção.

Também é possível, todavia, outra opção teórica. Pode-se vislumbrar a história do direito como um saber voltado para o presente, ao invés de fechar-se num passado que só toma sentido em si mesmo. Pode-se encarar o saber histórico-jurídico sobretudo como instrumento de análise e de compreensão, que respeite a efetiva lógica da mudança, das contradições e das diacronias próprias do passado. Pode-se proceder a uma análise interessada na inserção do direito na sociedade e na tarefa de desvelar o seu sentido na lógica da mudança permanente onde hoje vivemos, fazendo da disciplina um instrumento de crítica e desmascaramento da juridicidade vigente, ao invés de ser dela um parceiro e cúmplice, muitas vezes de modo inocentemente ingênuo. Pode-se ver a história não apenas como uma "introdução" ao estudo ou à análise que, após ser utilizada sem critério, não será retomada em nenhum outro momento posterior da pesquisa: a história pode (e deve) atravessar o próprio estudo, constituindo o seu cerne metodológico. A análise dos institutos, conceitos ou teorias somente pode ser efetivada a partir de sua inserção num dado tempo, considerando todos os

condicionantes sociais, econômicos, políticos, mentais, etc., que os circundam, delimitam e os condicionam.

Para isto, contudo, é necessária uma revisão teórico metodológica na própria história do direito. É necessário proscrever as formas de análise diletantes, que intuitivamente recolhem eventos (geralmente de terceira mão) para, num procedimento de montagem, imprimir-lhes uma coerência tão falsa quanto arbitrária. É necessária uma reflexão sobre a natureza do passado humano a fim de distanciar-se das falsas linearidades e continuidades que tanto infectam as abordagens históricas do direito, trazendo consigo, como vimos, consequências tão nefastas.

Para isto é fundamental revisitar (ou em muitos casos visitar) os padrões teóricos com que trabalhamos a história, ao mesmo tempo que buscar vias teóricas adequadas às diacronias e descontinuidades do passado jurídico. Após toda a identificação do problema, é um esboço de tentativa neste sentido que tentaremos alinhar a seguir.

3. A resposta de Foucault para a história.

Ante a constatação de que a continuidade, a linearidade e os anacronismos são as principais pragas que infestam os campos da história do direito, talvez um dos autores que mais tenha a nos dizer alguma coisa seja o filósofo francês Michel Foucault.

Nascido em 1926 e morto precocemente em 1984, traz em sua vasta obra certas influências do estruturalismo (ao menos na linha de Dumézil, pois a partir de certo momento rejeitou ferozmente sua filiação à Lacan e à Levi Strauss) de Nietzsche e de G. Canguillem. Embora sua posição nos quadros do conhecimento seja um pouco controversa (pois ele transita entre a psicologia, a filosofia e a história) parece mais adequado considerá-lo antes de tudo um filósofo da ciência preocupado com as relações existentes entre os discursos, as práticas de poder e seus efeitos sobre o sujeito. Deixou uma herança teórica rica e controversa, que é até hoje objeto de aceros debates, e que nos últimos anos ganhou especial relevo em vista das discussões em torno do "pós moderno" - corrente com a qual Foucault é usualmente (e erroneamente, a nosso ver) identificado.

Se pudéssemos traçar em muito rápidas linhas o seu projeto teórico, diríamos que foi 1) o de relacionar as práticas epistêmicas e discursivas com o sujeito, que aparece em determinado momento no pensamento filosófico e científico (que enceta aquelas práticas discursivas) como tematizável; o homem, pois, aparece como sujeito do saber. Em outros termos: o intento é proceder a uma ontologia histórica de nós mesmos em relação à verdade através da qual nos constituímos em sujeitos de

conhecimento; 2) o de relacionar as práticas disciplinares que objetivam e dividem o sujeito (tal como ocorre com o louco e o preso), que então aparece não somente como tematizável pelo saber, mas como sujeitoado pelo poder . Em outros termos: o intento é proceder a uma ontologia histórica de nós mesmos em relação ao campo de poder através do qual nos constituímos em sujeitos que atuam sobre os demais; e 3) o de relacionar as práticas subjetivadoras do sujeito consigo mesmo, ou de demonstrar como o sujeito é constituído de si para si mesmo através da sexualidade, o que revela a ação do sujeito sobre si de modo a constituí-lo como sujeito moral . Em outros termos: o intento aqui é o de proceder a uma ontologia histórica de nós mesmos em relação à ética através da qual nos constituímos em agentes morais.

O campo da história, dentro deste projeto, foi a todo momento enfrentado e problematizado. A partir das peculiaridades de sua teoria, a forma de abordar o passado foi questionada de um modo tal que a leitura positivista (ou historicista) da história deveria ser, ainda mais uma vez, questionada.

Com isto se quer referir, num primeiro plano, ao abandono de uma perspectiva antropologizante e metafísica. Foucault quer demonstrar como os estudos sobre o homem - e particularmente a maneira como se funda a análise da história dos homens hoje imperante - decorrem das características de um terreno epistemológico muito preciso e delimitado, que teve o seu surgimento numa época muito determinada, que ele chama justamente de "era da história".

Mas a própria compreensão desta "era da história" deve ser devidamente historicizada - e esta é um dos procedimentos teóricos mais característicos do nosso autor. Assim, devemos retroceder até o século XVI, quando vigorava o que Foucault denominava de "era da semelhança". Nesta época não havia distinção entre as palavras e as coisas. O mundo era visto como uma imensa teia na qual as pessoas tentam estabelecer relações de simpatia (ou antipatia) com as coisas, a fim de que elas fossem identificáveis por analogias e semelhanças. Buscavam-se sinais nas coisas onde elas pudessem ser intelegíveis através destas analogias, simpatias, etc. Segundo Araújo, "as marcas visíveis servem de sinais que precisam ser decifrados e as palavras nada mais fazem do que duplicar os sinais das coisas (...) Conhecer é adivinhar qual marca se assemelha a outra marca visível deste mundo". Como se pode notar, o modo de vislumbrar o mundo dentro deste contexto epistêmico era radicalmente diverso daquilo que entendemos hoje como "conhecer": o olhar, o apreender, o reter e o registrar o saber tinham outro matiz que nós, hoje, não reconhecemos como nosso (por não reconhecê-lo como "científico").

Já a partir do século XVII o ocidente ingressa na chamada "era da representação", quando se dá a diferenciação entre as palavras e as

coisas; a união anteriormente existente entre elas se rompe. As palavras passam a ter a função de designar as coisas. Trata-se da era da taxionomia universalis, num impulso classificatório sem precedentes, onde tudo é passível de fazer parte de um grande esquema de classificação. Neste momento, nas palavras de Foucault, "as ciências trazem sempre consigo o projeto mesmo longínquo de uma exaustiva colocação em ordem: apontam sempre para a descoberta de elementos simples e de sua composição progressiva" . Nesta época, como se ode suspeitar, o saber adquire outra configuração - muito diferente da anterior, mas ainda distante da nossa - em que os modos de compreensão do conhecimento ainda tem condicionantes especificamente muito delimitados.

Finalmente, desta raiz teórica é que surge a "era da história" a partir de finais do século XVIII. Esta é uma episteme (ou configuração de saber) em que o conhecimento não serve mais apenas para representar. Ele mesmo se insere numa temporalidade, numa história. Segundo Araújo, o "rompimento com a representação ocorre quando a história passa a ser a empiricidade que torna possível pensar três novas ciências, filologia, biologia e economia política, inaugurando a modernidade. O ser é conhecido por ter uma história e a história é o modo de saber que dá acesso ao ser. Não é sem razão que a figura fundamental de Hegel aparece."

É aqui, portanto, neste momento (e só neste momento), e dentro desta configuração epistêmica que o homem aparece para o saber como um objeto de conhecimento ao mesmo tempo em que sujeito de todo tipo de conhecimento . Não é à toa que é o pensamento kantiano que inaugura filosoficamente esta "era". O sujeito passa a ser a um só tempo empírico e transcendental, porque ao mesmo tempo em que é tematizado e objetivado como aquele que fala, trabalha e vive, como alguém de carne e osso em meio a situações concretas - e que, portanto, está inserido empiricamente de modo radical no mundo, ele e o seu saber, por outro lado, são também a medida de todos os saberes de modo transcendental. Ou seja: o saber acerca do homem se colocará acima do mundo e do próprio homem para poder defini-lo; descreverá grandes teleologias, a partir de fora, para explicar as vicissitudes da história humana ou do espírito humano (vide Toynbee ou Hegel); buscará, em suma, fundamentos transcendentais para definir o próprio empírico. A explicação do homem (que se torna a preocupação e o fundamento imediato do saber) se dá a partir do próprio homem, mas não de um homem existente, e sim de um homem trans histórico, um homem suposto. O positivismo, talvez mais do que todas as teorias, é aquela que tenta dar ao empírico (o "objeto") um caráter transcendental (o "saber" é a representação fiel do "objeto"). Como diz Foucault, "lá onde outrora havia correlação entre uma metafísica da representação e

do infinito e uma análise dos seres vivos, dos desejos do homem e das palavras de sua língua, vê-se constituir-se uma analítica da finitude e da existência humana, e, em oposição a ela (mas numa posição correlativa) uma perpétua tentação de conseguir uma metafísica da vida, do trabalho, da linguagem" . Vale dizer: ao lado do reconhecimento da finitude do homem concreto, que vive, trabalha e fala, há a busca transcendental do fundamento do saber do próprio homem. O homem, ao mesmo tempo que conhece e em tal processo de conhecimento exerce uma transcendência, é fruto de determinações empíricas que são as positivities da vida, do trabalho e da linguagem .

Esta tensão entre o empírico e o transcendental é típico da "era da história", e é aqui que surge o sujeito, em meio a esta tensão, para o saber científico, como particularmente é assim que ele surge para as recém nascidas ciências humanas.

É dentro deste contexto que fica compreensível a célebre e controversa afirmação de Foucault no sentido de que "o homem é uma invenção cuja recente data a arqueologia de nosso pensamento mostra facilmente. E talvez o fim próximo." É que, para ele, existe um quadro muito próprio - e bem delimitável e identificável - no qual as configurações do pensamento possibilitaram pensar e tematizar o homem tal como ocorreu no ocidente. Ao mesmo tempo, seria possível identificar configurações de saber que prescindem do homem: é o terreno de onde brotam, por exemplo, a etnologia, a linguística e a psicanálise, que não interrogam o próprio homem, mas a região que torna possível um saber sobre o homem . São estes saberes (chamados de contraciências) que demonstram que o sujeito, como tema do pensar, é precário e determinado historicamente. A partir daí é possível pensar na "morte do sujeito" (entendido como morte de todo recurso transcendental e supra empírico de busca da "verdade" sobre o homem), assim como Nietzsche havia pensado na "morte de Deus" (como a morte do conforto metafísico, a morte da verdade como transparência plena e desvelamento do espírito puro).

Apesar de estarmos até aqui somente nos referindo ao terreno do saber em que se dão tais transformações, é necessário ponderar que Foucault também identifica estas alterações epistêmicas e estas transformações no âmbito do saber com relações de poder presentes em uma determinada sociedade, já que para ele a "vontade de verdade" apoia-se sobre um suporte institucional, que ao mesmo tempo reforça e reconduz um conjunto de práticas . Isto significa que para ele estas transformações não ocorrem sozinhas e só ao nível da teoria; as transformações ocorrem coligadas com determinadas práticas de poder - que se encarnam em instituições para poderem veicular seus efeitos. Os discursos e as práticas são como que duas faces de uma mesma moeda, e cada um deles (ou os dois juntos) opera efeitos muito precisos

nas relações sociais que o homem estabelece com seus semelhantes. As práticas de exercício do poder, com efeito, somente se sustentam a partir de determinados discursos que lhes dão efeitos de verdade. Como diz o próprio Foucault, "a verdade não existe fora do poder ou sem poder (...). A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder" . E, de fato, o binômio saber-poder e seu caráter indissociável são uma das características mais conhecidas da teoria foucaultiana.

E, enfim, levando-se em conta todas as considerações até aqui expendidas, o que podemos retirar destas reflexões para o conhecimento histórico e, de modo específico para o conhecimento histórico-jurídico?

De imediato notamos, após o confronto com Foucault, a precariedade do nosso saber. O nosso conhecer, que muitas vezes busca a compreensão total do objeto, de modo altaneiro e dominador, nada mais é do que uma determinada forma de configuração do saber determinada e determinável no tempo. Seu surgimento pode ser relacionado com uma série de conexões com determinados discursos e também com determinadas estratégias de poder coligadas aos discursos - e não, como se suporia hoje, a uma branda, inocente progressiva e isenta busca da "verdade". Afinal, como diz nosso autor, nas trilhas de Nietzsche, "não há uma natureza do conhecimento, uma essência do conhecimento, condições universais para o conhecimento, mas que o conhecimento é, cada vez mais, o resultado histórico e pontual de condições que não são da ordem do conhecimento" . Nossa forma de pensar herdada do século XIX, aliás, tem uma tendência a dar um fundo transcendental para as vicissitudes empíricas da existência humana, como vimos há pouco.

Pois é neste contexto que a presunção do conhecimento histórico positivista (e particularmente do "historicismo jurídico"), que a partir do ponto de vista do presente posicionam-se de modo privilegiado para conhecer o passado, se faz notar. Na medida em que seu procedimento implica em homogeneizar o passado, compreendendo-o a partir da inteligibilidade do quadro discursivo atual e da configuração do saber vigente, sem compreender a radical diversidade na forma de ver, conhecer e interpretar o mundo passado, é que percebemos como os condicionantes de nossa episteme determinam, delimitam e restringem nossa visão sobre as épocas passadas. Percebemos o quão equivocado é inserir em épocas remotas nossos modos de compreensão e julgamento de nossos antepassados, já que tais modos de compreensão e julgamento tão presos estão aos quadros do discurso e das relações de poder que hoje vivenciamos. Notamos como o estabelecimento de continuidades e linearidades entre o ontem e o hoje, sem as necessárias mediações, é um procedimento arbitrário.

Neste ponto surge o elogio da descontinuidade e da ruptura, categorias tão estranhas aos historiadores de índole positivista, e de modo particular aos "historicistas jurídicos". Afinal, segundo Foucault, "a história de um conceito não é, de forma alguma, a de seu refinamento progressivo, de sua racionalidade continuamente crescente, de seu gradiente de abstração, mas a de seus diversos campos de constituição e de validade, a de suas regras sucessivas de uso, a dos meios teóricos múltiplos em que foi realizada e concluída sua elaboração" . A descontinuidade, assim, sempre tão estigmatizada, passa ser elemento importante na análise histórica com um triplo papel : 1) passa a ser uma operação deliberada do historiador, que distingue os níveis de análise, os métodos que são adequados a cada um e as periodizações que lhes são convenientes; 2) é o resultado da descrição do historiador, que passa a buscar os limites e os pontos de inflexão do processo; 3) é um conceito sempre explicitado, que assume forma e função específicas de acordo com o domínio questionado.

A descontinuidade, assim, é "ao mesmo tempo instrumento e objeto de pesquisa, delimita o campo de que é efeito, permite individualizar os domínios" Os diversos campos, assim, ao invés de serem vistos de modo contínuo e uniforme, passam a ser dotados de diversas historicidades (o social, o econômico, o cultural, etc.), cada qual com seu solo histórico delimitado. Isto faz com que vejamos o evoluir jurídico de um modo mais delimitado por vários condicionantes, de um modo descolado de um "grande progresso" humano geral, de um modo recortado por diversas estratégias de poder e sobretudo por diversas configurações diferentes de saber, que sucessivamente lhe dão significados, papéis e leituras absolutamente distintas ao longo do tempo. Tudo isto, obviamente, torna temerária a atitude daquele que homogeneiza o passado sob a tábula rasa dos condicionantes do presente - tão radicalmente diversos daquilo que se observava no passado.

Assim vemos Foucault delimitar um conhecimento que intenta distanciar-se das pretensões transcendentais e metafísicas de sustentação da explicação histórica; busca demonstrar a precariedade de nossas certezas e de nossos próprios referenciais de análise sobre o homem e, conseqüentemente, sobre o seu passado; por fim, pretende colocar o pouco usado e quase desconhecido componente metodológico da descontinuidade na análise temporal, acabando com as crenças na homogeneidade, na linearidade e no progresso histórico.

4. Foucault, a história e o processo.

Sabe-se que Foucault sempre achou que entre as práticas sociais em que a análise histórica permite localizar de modo mais claro as novas

formas de subjetividade estão as práticas jurídicas. Todo este interesse no tema do direito, aliás, acabará desembocando na pesquisa que resultou num de seus livros mais conhecidos (e certamente o mais conhecido entre os juristas), que é "Vigiar e Punir: a História da Violência nas Prisões".

Todavia, existe uma outra obra que, a nosso ver, é capaz de melhor adequar a utilização dos pressupostos teóricos foucaultianos até aqui referidos especificamente nos litígios jurídicos. Trata-se de um livro (que na realidade é um conjunto de conferências proferidas no Rio de Janeiro em 1973) que discute os parâmetros históricos de aferição da verdade nos processos judiciais na história. Constitui-se este estudo, portanto, de certo modo, uma pesquisa de história do direito, em que o método de Foucault se coloca em ação na compreensão do processo (ou, melhor colocando, na compreensão das diversas subjetividades que permitiram diversos critérios de verdade ao longo do tempo) e que, por esta razão, torna-se o grande guia metodológico do historiador do direito foucaultiano: é o livro "A Verdade e as Formas Jurídicas".

A preocupação central do livro é demonstrar, através da forma pela qual os homens eram julgados em função dos atos que haviam cometido, como se sucederam diversas formas de subjetividade e diversas formas de saber ao longo da história do ocidente - o que denota que as relações do homem com a verdade, dentro de um processo judicial, são muito mais complicadas do que as reconstituições históricas pueris de nossos manuais pode supor. A fórmula, então, pode ser assim resumida: diversas formas de processo, diversas formas de subjetividade, diversos critérios de aferição da verdade.

Foucault narra, por exemplo, que na Grécia arcaica (a Grécia de Homero) a forma de resolver um dado conflito entre dois guerreiros - e estabelecer com quem estava a "razão" - consistia numa disputa regulamentada, num desafio entre eles (em que um deles deveria ser capaz de demonstrar que poderia jurar diante dos deuses que não fez isto ou aquilo). Não havia juiz, sentença, inquérito ou testemunho. Deste modo, confia-se o encargo de decidir não a quem disse a verdade (no modo por nós hoje entendido), mas à luta, ao desafio, ao risco que cada um vai correr. Não se faz apelo àquele que viu, à testemunha que presenciou o acontecimento; não se o convoca, e nenhuma pergunta lhe é feita, pois há somente contestação entre os adversários. Trata-se de uma maneira singular de produzir a verdade jurídica que não passa por depoimentos de quem tenha visto, não passa por testemunhas, mas por uma espécie de jogo, de prova, de desafio que é lançado de uma adversário contra o outro .

Este modo "grego arcaico" de aferição da verdade jurídica conviveu, entretanto, com outras formas de "revelação" da verdade, como a história de Édipo (na tragédia de Sófocles) nos faz notar. Com efeito, ali

havia também uma forma mágica, mas ao mesmo tempo religiosa, política e jurídica de montar um quadro "verdadeiro" sobre o que ocorreu: é a palavra do oráculo ou da divindade, que enunciam sob a forma de prescrição ou profecia, num olhar eterno e indefectível sobre o mundo . Na tragédia de Édipo esta forma é demonstrada pelo momento em que o adivinho cego Tirésias, quando procurado por Édipo que anseia saber quem matou Laio, o antigo rei, obtém do oráculo a resposta "Foste tu quem matou Laio". Trata-se da verdade revelada, já previamente inscrita e escrita, e que independe de qualquer verificação empírica.

Já no direito germânico da Alta Idade Média (no momento em que tais formas de solucionar litígios entram em contato com o império romano) se vê um certo renascer de algumas das formas de aferição da verdade no litígio que eram encontradas na Grécia Arcaica. Aqui também há o "jogo da prova"; não há uma "ação pública" ou ninguém encarregado da acusação: existe somente o acusador e o acusado. Há dois personagens centrais neste drama, e não três. A resolução do conflito se dava através de uma continuação da luta entre indivíduos. O processo aqui é somente uma ritualização da luta entre os contendores. O direito é uma forma regulamentada de se fazer a guerra entre os indivíduos e não, como se poderia supor hoje, o modo de se alcançar a justiça ou a paz . Como diz Foucault, "entrar no domínio do direito significa matar o assassino, mas matá-lo segundo certas regras". Mas há também neste sistema a possibilidade da transação, quando os litigantes recorrem de comum acordo a um árbitro que vai estabelecer uma soma em dinheiro que constituirá o resgate da paz. Como se vê, neste sistema regulado basicamente pela luta e pela transação, não há lugar para um "juiz" que busque a verdade ou procure saber qual dos litigantes fala a verdade. "Uma pesquisa da verdade nunca intervém em um sistema deste tipo" . Finalmente, lá pelo século XII a Idade Média assiste a invenção de novas formas de justiça e de procedimentos judiciários. Esta "invenção" - é necessário frisar - está ligada às formas e às condições de possibilidade do saber que não estão ligados simplesmente ao resultado de um "progresso de racionalidade", mas foram resultados de uma transformação na estrutura política que tornou possíveis e necessárias estas transformações . Isto é: o aparecimento de uma nova forma de estabelecimento da verdade (e de todas as práticas judiciárias daí derivadas) estão ligadas à relações de poder muito determinadas, e é à luz de tais relações que a transformação na abordagem da "verdade jurídica" deve ser apreciada. Não é o "progresso da razão ou o refinamento do conhecimento" que pode dar conta do aparecimento de uma certa racionalidade no inquérito .

É isto, pois, que repentinamente aparece no ocidente: o Inquérito. O Inquérito é uma forma de saber situada na junção de um tipo de poder

e de certo número de conteúdos de conhecimentos . As novas formas de saber que eclodem principalmente a partir do Renascimento - que valorizam a verificação, a observação e a explicação dos fenômenos baseados na apreciação racional dos mesmos já se assentam sobre outro substrato epistêmico e político. Pouco mais tarde, sintomaticamente, surgirão os primeiros pilares da ciência moderna (século XVI), o empirismo filosófico moderno, etc..

Trata-se da emergência de um saber que é melhor compreendido quando vislumbramos a crise do saber alquímico . A alquimia era uma forma de ver o mundo tipicamente medieval, que tinha como modelo a prova (tal como funcionava este modelo judiciário no âmbito medieval, como foi visto há pouco), pois o alquimista não é aquele que quer saber o que se passa e quer descobrir a verdade; ele é aquele que realiza uma luta - onde ele é ao mesmo tempo litigante e espectador - entre forças sobrenaturais (o bem e o mal, a luz e a sombra) e, deste confronto, emergirá a revelação. O saber da alquimia, como se vê, entra em crise (e desaparece) quando as formas de saber baseadas no inquérito (na verificação) tornam-se hegemônicas. Não há mais espaço para formas de saber baseadas no confronto entre forças sobrenaturais quando novas práticas de poder encetam o saber moderno.

Tudo isto tornará possível a emergência, a hegemonia e em pouco tempo a absoluta exclusividade das formas de abordar a verdade calcadas na verificação e no testemunho. A verdade é definida como aquela que pode ser verificada e provada. Aquele que viu o evento e pode sobre ele testemunhar é uma fonte de saber muito mais eficaz que o alquimista ou o oráculo, que vão simplesmente revelar a verdade; o sistema em que um terceiro (estranho às partes litigantes) ocupe a posição racional de apreciação das evidências sobre o litígio é um modo de atingir a verdade mais eficaz (do ponto de vista das novas práticas e estratégias políticas e econômicas vigentes) do que deixar a solução da contenda a uma prova ou a um duelo entre as partes.

É enfim, neste contexto (epistêmico e político) que o surgimento do inquérito se dá. Com ele, surgem uma série de características que lhe são correlatas e lhe dão as suas condições de funcionamento: 1) a justiça passa a ser não mais a mera contestação entre os indivíduos contendores; eles não terão mais o direito de resolver entre si seus litígios e nem de escolher um árbitro que lhes seja comum, pois deverão submeter-se a um poder exterior a eles que se impõe como poder político e poder judiciário . 2) Aparece a noção de "infração" em substituição à noção de "dano" de uma das partes à outra. A infração não se confunde com um dano cometido por um indivíduo contra o outro, mas representa um ataque à própria lei, ao próprio poder público que institui a regra legal. A infração é o conceito que permite a esta "esfera pública" então nascente confiscar todo o procedimento judiciário

"privado. 3) Como decorrência destas características, aparecerá um personagem novo - também estranho aos litigantes e estranho à "vítima" (ou seu parente) que antes se encarregava da acusação - que se apresenta como representante de um poder lesado, como o "dublador" da vítima, aquele que fala por ela, que tem o direito exclusivo de manifestar-se por ela . Trata-se da figura do "procurador" (antecedente de nosso Ministério Público), que representa o poder público objeto da infração. 4) Como coroamento de todas estas transformações (e também como sua condição de possibilidade) surge, afinal, a figura do soberano, da figura pública que se apropria da jurisdição e que, um pouco mais tarde, vai se constituir o Estado Moderno .

5. Para finalizar.

O que no item precedente foi um resumo muito breve e superficial de algumas das principais idéias de Foucault no livro "A Verdade e as Formas Jurídicas". Outros momentos importantes deste estudo foram propositadamente deixados de lado, como por exemplo o aparecimento de uma nova episteme que possibilitará o surgimento do exame, que no século XIX substituiu o inquérito.

Com o recorte que foi feito, todavia, já podemos dispor de algumas conclusões que são ao mesmo tempo importantes para o historiador do direito e perturbadoras para o processualista moderno, mas que, de qualquer modo, servem a ambos: a lição histórica de que as maneiras de conceber o saber, as maneiras de pensar o direito e os modos de conhecer a verdade jurídica eram no passado radicalmente diferentes do que são hoje. Nosso processo moderno é o resultado histórico de uma transformação que permeou os discursos e as práticas judiciais no início da modernidade. E é fundamental notar que tais transformações (e suas características teóricas intrínsecas) não nos foram somente legadas deste passado em vista de seu peculiar brilhantismo conceitual, ou por ter contado com o aval dos nossos antepassados; a verdade vai sendo revelada a partir de interdições, proibições, estratégias e interesses muitas vezes escusos e não revelados.

Foucault realmente identifica duas histórias da "verdade" : uma delas é aquela que a história das idéias (e, podemos dizer, a história das idéias jurídicas tradicional) nos vem legando. Trata-se da história que "se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação", é a história que estabelece o conceito 'sobre humano' e transcendental de "verdade" e, a partir dele, define a trajetória da vida humana no passado de acordo com a adequação desta trajetória com este conceito de "verdade". A outra história da verdade, porém, é aquela que se vai buscar nos vários lugares sociais em que ela se forma, onde existe um

certo número de subjetividades, de certos domínios de objeto e de certos tipos de saber. A verdade é buscada a partir de sua "história oculta" , a partir de sua face muitas vezes não demonstrada e, através desta história, é possível identificar diversas formas, antes não percebidas, de subjetividade jurídica.

Pode ser que esta abordagem seja considerada pelo leitor jurídico excessivamente niilista (embora não creia que seja exatamente este o ponto). Pode ser também que o leitor acredite que este modo descontínuo de conceber o conhecimento acabe minando as possibilidades de construção de um conhecimento fundado em critérios universais, como pretendia o ideal kantiano. Pode ser ainda que o leitor acredite que esta leitura faz com que "saber" - sempre envolto numa auréola de pureza teórica e de santidade de intenções - fique inaceitavelmente estigmatizado pelas impurezas provenientes das relações de "poder". Pode ser. Mas uma leitura radical da modernidade jurídica tal como esta que Michel Foucault nos lega é adequada - ainda que seja pelo choque do contraste - para que o jurista e o historiador do direito tenham algumas das suas convicções (muitas delas bem antigas e sedimentadas) quebradas. É que o campo do direito tem sido para boa parte dos teóricos de nossa área o campo das respostas convictas, das certezas e da arrogância epistêmica. Trata-se, pois, de inserir, com Foucault, um pouco de questionamentos, de dúvidas e de humildade diante da contingência do saber.

Retirado de: “<http://www.historiadodireito.com.br/textos/genesis.htm>”