

Introdução:

“Fim do atalho. Abismo, silencio mortal”.
Assim o desejaste! Porque abandonaste o atalho!
É o momento! Olhar frio e claro.
Estás perdido se acreditas no perigo.¹

Em dezembro de 1784, um periódico alemão, a *Berlinische Monatsschrift*, publicou uma resposta de Kant à uma questão, a um problema lançado por esse mesmo periódico, a saber: *Was ist Aufklärung?* (*O que são as Luzes?*). A forma como Kant liga a filosofia moderna a um exercício *crítico* voltado para o estudo de nossa relação histórica com o presente faz dela uma atividade que busca incessantemente apreender nossa atualidade enquanto sujeitos, agentes e atores pertencentes a esse período que tem sua origem emblemática no final do século XVIII com a questão das Luzes. A antropologia iluminista de Kant marcará, segundo Foucault, uma reviravolta definitiva nas filosofias dos dois séculos subsequentes.² É o tipo muito específico que marca a ligação efetuada pela filosofia moderna com o questionamento histórico acerca de nós mesmos - “*quem somos nós, nós que vivemos nesse momento preciso da história que nos constitui tal como somos*” - , que marcará a diferença, o diferencial da cultura filosófica

¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. “O Viajante”. In. *A Gaia Ciência*. Rio de Janeiro, ed. Ediouro, p. 21.

² (...) E essa resposta era de Kant. Texto menor, talvez. Mas me parece que, com ele, entra discretamente na história do pensamento uma questão que a filosofia moderna não foi capaz de responder, mas da qual ela nunca conseguiu se desembaraçar. E há dois séculos, de forma diversas, ela a repete. De Hegel a Horkheimer ou a Habermas, passando por Nietzsche ou Max Weber, não existe quase nenhuma filosofia que, direta ou indiretamente, não tenha sido confrontada com essa mesma questão: qual é então esse acontecimento que se chama a *Aufklärung* e que determinou, pelo menos em parte, o que somos, pensamos e fazemos hoje? Imaginemos que a *Berlinische Monatsschrift* ainda existe em nossos dias e que ela coloca para seus leitores a questão: ‘O que é a filosofia moderna?’ Poderíamos talvez responder-lhe em eco: a filosofia moderna é a que tenta responder a questão lançada, há dois séculos, com tanta imprudência: *Was ist Aufklärung?*” FOUCAULT, Michel. “O Que São as Luzes?” In. *Ditos & Escritos*, v. II: *Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento*. Rio de Janeiro, ed. Forense Universitária, 2000, p. 335.

pós-*Aufklärung* em relação às outras filosofias que deram a si mesmas a tarefa filosófica de problematizar o tempo presente. E isso porque é evidente, afinal de contas, que não é a primeira vez que o pensamento filosófico interroga-se sobre o presente, sobre suas relações com a atualidade histórica.

Foucault dá três exemplos dessa interrogação na filosofia ocidental: “pode-se representar o presente como pertencendo a uma certa época do mundo, distinta das outras por algumas características próprias, ou separada das outras por algum acontecimento dramático. Assim, em *O Político*, de Platão, os interlocutores reconhecem que eles pertencem a uma dessas revoluções do mundo em que este gira ao contrário, com todas as conseqüências negativas que isso pode ter; pode-se também interrogar o presente para nele tentar decifrar os sinais que anunciam um acontecimento iminente. Temos aqui o princípio de uma espécie de hermenêutica histórica, da qual Agostinho poderia dar um exemplo; pode-se igualmente analisar o presente como um ponto de transição na direção da aurora de um mundo novo. É isso que descreve Vico no último capítulo dos *Principes de la philosophie de l’histoire*; o que ele vê ‘hoje’ é a mais completa civilização propagando-se entre os povos, na maioria subjugados por alguns grandes monarcas; é também ‘a Europa resplandecente de uma incomparável civilização’, abundante enfim ‘de todos os bens que compõem a felicidade da vida humana.’”³

Toda ou quase toda filosofia moderna é uma tentativa de oferecer respostas mais ou menos satisfatórias à problemática histórica da *Aufklärung*. Assim, podemos dizer que, relativamente ao debate Habermas/Foucault (que nunca chegou a realizar-se, efetivamente) trabalhado nessa dissertação, estruturado a partir da justificação da necessidade de se transformar a crítica filosófica exercida sob a forma negativa numa crítica positiva (e de estender essa transformação para o campo da filosofia do direito), tratar-se-ia, antes de tudo, de uma relação agônica com a filosofia, *na* filosofia, por oposição às formas nobres do pensamento apaziguador, um agôn que projeta suas luzes sobre um campo de problematizações. O pensamento de Michel Foucault oferece elementos, conceitos que possam servir a uma “outra” filosofia do direito? É o próprio eixo histórico de articulação da filosofia moderna que está em jogo aqui; trata-se da especificidade de nossa consciência crítica do presente, da orientação a ser dada à sua atividade diagnosticadora da atualidade (o filósofo como médico da civilização), da função

que ela atribui ao sujeito na relação que ela estabelece com a multiplicidade das relações de poder. Apenas a partir daí poderíamos confrontar, pelo menos provisoriamente, o pensamento e a aposta desses dois filósofos no interior da cultura pós-*Aufklärung* da cultura pós-*Auflärung* presente em ambos os pensadores, em suas respectivas apostas filosóficas⁴. Tanto a teoria crítica da

³ *Idem, ibidem*, pp. 336/337.

⁴ Em relação à literatura secundária em torno do debate Habermas/Foucault, sobretudo acerca dos problemas da modernidade, como por exemplo o papel contemporâneo da filosofia, a ética política do intelectual, os postulados e prescrições traçados à crítica, cf. KELLY, Michael (ed.). *Critique and Power: Recasting the Foucault/Habermas Debate*. MIT Press, Cambridge/Massachusetts/London, 1994. V., também, RABINOW, Paul. “O que é maturidade? Habermas e Foucault sobre ‘O que é o iluminismo?’” (trad. Antônio C. Maia). In. *Antropologia da Razão*. Rio de Janeiro, ed. Relume Dumara 1999, pp. 55/70. Para um estudo sobre a questão da *Aufklärung* e suas relações com o projeto filosófico de Foucault, cf. MAIA, Antônio C.: “A questão da *Aufklärung*: mise au point de uma trajetória”. In. *Retratos de Foucault*. Rio de Janeiro, ed. Nau, 2000, pp. 264/295. ERIBON, Didier. “A Impaciência da Liberdade: Foucault e Habermas”. In. *Michel Foucault e seus contemporâneos*. Rio de Janeiro, ed. Jorge Zahar, 1996. Devemos salientar a contribuição de Rajchman ao debate, ao articulá-lo com a necessidade de transformação da crítica. Cf. RAJCHMAN, John. “A Transformação da Crítica”. In. *Foucault: A Liberdade da Filosofia*. Rio de Janeiro, ed. Jorge Zahar, 1987, pp. 68/84. Cornelius Castoriadis, em contrapartida, apresenta-se como extremamente crítico em relação à concepção de modernidade desenvolvida por estes dois autores. Critica Foucault, dizendo que a filosofia como tarefa de elucidação do presente era plenamente compreendida por alguns pensadores gregos, como Platão, Péricles, Tácito, etc. Habermas é criticado pela referência atribuída a Hegel em relação ao problema da modernidade. Optei por reproduzi-lo na íntegra: “Desse modo (escritores escrevendo sobre escritores para uso de outros escritores), Foucault afirma que a modernidade começa com Kant (...), porque com Kant, pela primeira vez, o filósofo se interessa pelo presente histórico efetivo, começa a ‘ler os jornais’, etc. (...) Dessa forma, a modernidade seria a consciência da historicidade da época na qual se vive. Aqui está, com toda evidência, uma concepção totalmente inadequada. A historicidade de sua respectiva época era clara para Péricles (basta ler o *Epitáfio* em Tucídides) e para Platão, do mesmo modo que para Tácito ou para Gregório de Tours (*mundus senescit*). Na opinião de Foucault, a novidade consistiria, a partir de Kant, em não conceber mais a relação ao presente em termos de comparação de valor (...), não ‘longitudinalmente’, mas como uma ‘relação sagital’ à própria atualidade. (...) É certo que tal tendência se torna fortíssima durante os séculos XIX e XX (Hegel, Marx, Nietzsche – embora os dois últimos se oponham à realidade de hoje, em nome de uma realidade mais real, isto é, a realidade de amanhã: comunismo, ou super-homem). Mas essa tendência constitui em si mesma um *problema na* (grifo do autor) modernidade. Nem por um instante poderíamos capaz de esgotar o pensamento das Luzes e dos períodos subsequentes, e ainda menos as tendências social-históricas efetivas dos dois últimos séculos. Do mesmo modo é discutível a tentativa de Habermas de compreender o essencial da problemática da modernidade através da referência quase exclusiva a Hegel (...). Mais uma vez, a história efetiva é substituída pela história das idéias. Lutas e conflitos existem somente por sua pálida representação nas antinomias do sistema”. CASTORIADIS, Cornelius. “A Época do Conformismo Generalizado”. In. *O Mundo Fragmentado: As Encruzilhadas do Labirinto*, v. 3. São Paulo, ed. Paz e Terra, 1992, pp. 16/17. Cf., também, ORTEGA, Francisco. “Habermas Versus Foucault: apontamentos para um debate impossível”. In. *Revista Síntese*, Belo Horizonte, v. 26, nº 85, 1999; *Para uma Política da Amizade: Arendt, Derrida, Foucault*. Rio de Janeiro, ed. Relume Dumará, 2000. Para uma forma de abordagem diversa, buscando pontos de convergência que reuniram a duas grandes formas de crítica numa possibilidade comum, cf. ROUANET, Sergio Paulo. “Poder e comunicação”, *in verbis*: “Meu objetivo aqui foi simplesmente descrever as interseções entre o pensamento de Habermas e o de Foucault. Essas interseções existem. Há afinidades e também oposições. – e esta é a moral da história -, elas não bastam para caracterizar a existência de qualquer fronteira, de direito ou de fato, entre Jürgen Habermas e Michel Foucault”(grifo meu). In. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo, ed. Companhia das Letras, 2000. Nesse diapasão, cf., também, McCARTY, Thomas. “The Critique of Impure Reason: Foucault and the Frankfurt School”. In.

sociedade representada pela Escola de Frankfurt quanto a pragmática histórica crítico-nominalista de Foucault sobre as formas de saber-poder que fizeram de nós aquilo que somos⁵, tanto a crítica ideológica/dialética, pragmática e transcendental da Razão instrumental quanto a arqueologia e a genealogia de nossas práticas políticas, científicas e jurídicas de sujeição, objetivação, subjetivação, devem ser lidas como desdobramentos filosóficos que tentam responder a questão lançada dois séculos atrás pela *Berlinische Monatsschrift*. Em outras palavras, num certo sentido arqueológico muito restrito, quase toda a filosofia moderna apresenta-se como filosofia crítica⁶.

Existe uma *matriz kantiana* presente na trajetória filosófica de Michel Foucault? Qual a importância de se buscar essa “matriz”? De qualquer maneira, todos nós sabemos que um dos principais problemas que perpassa o pensamento de Kant é o de limitar, estabelecer os limites de direito da análise racional, avaliar a extensão transcendental em que ela pode funcionar como condição *a priori* de toda experiência possível. Assim sendo, tanto a arqueologia, preocupada fundamentalmente com o “como” dos discursos científicos ou pseudo-científicos

Critique and Power: Recasting the Foucault/Habermas Debate. Cambridge/Massachusetts/London, MIT Press, 1994.

⁵ Em relação à vinculação crítica de Foucault à filosofia moderna pós-iluminista, à problemática do sujeito através do poder e do saber, tão importante para uma boa compreensão de seu projeto filosófico, Foucault é claro ao estabelecer a necessidade de se “tentar fazer a análise de nós mesmos como seres historicamente determinados, até certo ponto, pela *Aufklärung*. O que implica uma série de pesquisas históricas tão precisas quanto possível; e essas pesquisas *não serão orientadas retrospectivamente na direção do ‘núcleo essencial da racionalidade’ que se pode encontrar na Aufklärung e que se poderia salvar inteiramente no estado de causa*; elas seriam orientadas na direção dos limites atuais do necessário”: ou seja, na direção do que não é, ou não é mais, indispensável para a constituição de nós mesmos como sujeitos autônomos.” FOUCAULT, Michel. “O Que São as Luzes?” In. *Ditos & Escritos*, vol. II: *Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento*. Ed. cit., p.345.

⁶ “Diria talvez que, se a filosofia moderna, a dos séculos XIX e XX, deriva em grande parte da questão kantiana: *Was ist Aufklärung?*, ou seja, se admitimos que a filosofia moderna teve, dentre suas principais funções, a de se interrogar sobre o que foi esse momento histórico em que a razão pode aparecer em sua forma ‘adulta’ e ‘sem tutela’, a função da filosofia do século XIX consiste em se perguntar o que é esse momento em que a razão conquista sua autonomia, o que significa a história da razão e qual o valor que é preciso dar ao predomínio da razão no mundo moderno, através dessas três grandes formas: do pensamento científico, do aparato técnico e da organização política. (...) Continuar, perseguir a questão kantiana: ‘*Was ist Aufklärung?*’ Essa retomada, essa reiteração da questão kantiana tomou, na França, uma forma precisa e, inclusive, talvez insuficiente: ‘O que é a história da ciência? O que ocorreu, da matemática grega à física moderna, quando se construiu esse universo da ciência?’ De Comte aos anos 60, creio que a história das ciências teve por função filosófica retomar essa questão. Ora, acredito que na Alemanha, a questão sobre o que tinha sido a história da razão ou a história das formas de racionalidade na Europa não se manifestou tanto na história das ciências, mas antes na corrente de pensamento que vai esquematicamente de Max Weber à teoria crítica”. FOUCAULT, Michel. “Estruturalismo e Pós-estruturalismo”. Entrevista com G. Raulet, publicada originalmente em *Telos*, vol. XVI, nº 55, primavera de 1983, pp. 195-211. In. *Ditos & Escritos*, v. II., ed. cit., pp. 314/315.

elaborados pelas ciências do homem, como a genealogia, voltada basicamente para uma analítica do “como” do poder, das relações de poder numa história anti-metafísica, anti-anropológica, anti-teleológica e anti-totalizadora do sujeito, ambos têm como eixo principal de ligação a preocupação com as condições históricas (não mais transcendentais) de formação dos *saberes*, no caso da arqueologia, e dos sujeitos através do feixe de relações complexas que se dão entre o saber e o poder, no caso da genealogia. Descrição, portanto, do funcionamento efetivo das técnicas e estratégias do saber/poder numa historiografia que coube à própria genealogia nietzscheana revisitada por Foucault definir.⁷

Em outras palavras, se em Kant o *a priori* de toda experiência possível é necessariamente transcendental, em Foucault o próprio *a priori* é histórico. Num primeiro momento (arqueologia), será o solo arqueológico formado pelas *epistémès* que determinará as possibilidades, as formas, as regras, os limites, as configurações epistemológicas dos saberes produzidos em nossa cultura. Caberá ao arqueólogo inventar conceitos, métodos para uma verdadeira história nominalista dos sistemas de pensamento, criar ferramentas para uma história liberta da história do sujeito, de todo antropologismo da filosofia moderna, das aporias da história tradicional das idéias, da ciência, do pensamento, etc. O arqueologista confere à história a dimensão crítica de seu empreendimento, reformulando-a para analisar as condições de possibilidade dos saberes, do próprio sujeito de conhecimento, da mesma forma que mais tarde, por intermédio da genealogia, esse sujeito de conhecimento será produzido na trama histórica tecida pelo jogo das relações de força, pelo embate das vontades, dos instintos, dos interesses, etc. Será nesse momento que Foucault adotará, pelo menos

⁷ Sobre a genealogia como método analítico da história, cf. “Nietzsche, a Genealogia, a História”, de 1971. In. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1995, pp. 15 e ss. Cf., também, a primeira das cinco conferências pronunciadas na PUC/RJ em 1974, reunidas em *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro, ed. Nau, 1999, pp. 7 e ss. Toda crítica de Nietzsche à filosofia passa necessariamente por uma espécie de filosofia “anti-filosófica”, pela destruição dos ídolos. “A filosofia ocidental – e, desta vez, não é preciso referir-nos a Descartes, podemos remontar a Platão – sempre caracterizou o conhecimento pelo logocentrismo, pela semelhança, pela adequação, pela beatitude, pela unidade. Todos esses grandes temas são agora postos em questão. Daí se compreende porque é a Spinoza que Nietzsche se refere, pois Spinoza, de todos os filósofos ocidentais, foi quem levou mais longe essa concepção do conhecimento como adequação, beatitude e unidade. Nietzsche coloca no cerne, na raiz do conhecimento, algo como o ódio, a luta, a relação de poder”. *Idem, ibidem*, p. 22.

provisoriamente, a concepção nietzscheana de poder.⁸ Trata-se da passagem de um *a priori* transcendental/antropológico para um *a priori* efetivamente histórico.

Foucault é muito claro quando trata de situar os objetivos de sua crítica em relação à questão filosófica das Luzes, distinguindo claramente seu criticismo “positivo” do de Kant e, ainda que não o mencione expressamente, do de Habermas. Todavia, crítica não assume aqui tão somente uma dimensão metodológica-analítica (caixa de ferramentas), assumindo simultaneamente a dimensão de uma “experimentação” estética do sujeito como “autoconstituição” de si, ou, valendo-me da linguagem de Deleuze, voltada para o desenvolvimento da capacidade de *dobrar* as relações do “Fora”, que não se confundem com o *exterior*, em que o próprio sujeito se constitui forjando uma *interioridade*, promovendo uma “dobradura”⁹ interior às relações de poder.¹⁰ Para os gregos, o domínio dos outros tinha que duplicar-se num domínio de si, numa auto-transformação daquele que governa, daquele/s que conduzem as condutas e as consciências dos outros. Os últimos trabalhos de Foucault, vulgarmente conhecidos como sendo uma espécie de retorno ao sujeito, uma retificação final

⁸ Sobre as relações entre Nietzsche e Foucault, ninguém melhor do que Deleuze sublinha que “Há três grandes encontros de Foucault com Nietzsche. O primeiro é a concepção da força. O poder, segundo Foucault, como a potência para Nietzsche, não se reduz à violência, isto é, à relação da força com um ser ou um objeto; consiste na relação da força com outras forças que ela afeta, ou mesmo que a afetam (incitar, suscitar, induzir, seduzir, etc.: são afectos). Em segundo lugar, a relação das forças com a forma: toda forma é um composto de forças. É o que já aparece nas grandes descrições pictóricas de Foucault. Porém, ainda mais, é todo o tema da morte do homem em Foucault, e seu vínculo com o super-homem de Nietzsche. É que as formas do homem não bastam por si só para constituir uma forma dominante onde o homem possa alojar-se. É preciso que as forças do homem (Ter um entendimento, uma vontade, uma imaginação, etc.) se combinem com outras forças; então uma grande forma nascerá desta combinação, mas tudo depende da natureza dessas outras forças com as quais estas do homem se associam. (...) Enfim, o terceiro encontro diz respeito aos processos de subjetivação: mais uma vez, não é de modo algum a constituição de um sujeito, mas a criação de modos de existência, o que Nietzsche chamava a invenção de novas possibilidades de vida, e cuja origem ele já encontrava nos gregos. Nietzsche via nessa invenção a última dimensão da vontade de potência, o querer-artista”. DELEUZE, Gilles. “Um Retrato de Foucault. Entrevista a Claire Parnet, 1986”. In. *Conversações*. Rio de Janeiro, ed. 34, 1998, pp. 145/146. Ainda sobre esse ponto, ouçamos o quem tem a dizer o próprio Foucault: “Minha relação com Nietzsche, o que devo a ele, eu devo muito a seus textos do período de 1880, nos quais a questão da verdade e a história da verdade e da vontade de verdade eram para ele centrais”. “Estruturalismo e Pós-estruturalismo”. In. *Ditos & Escritos*, vol. II, ed. cit., p.321.

⁹ “Se a dobra, se a reduplicação obseca toda a obra de Foucault, mas só encontra seu lugar tardiamente, é porque ela exigia uma nova dimensão, que devia se distinguir ao mesmo das relações de forças ou de poder, e das formas estratificadas do saber. (...) A formação grega apresenta novas relações de poder, bem diferentes das velhas formações imperiais e que se atualizam à luz grega como regime de visibilidade, no logos grego como regime de enunciados.” DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo, ed. Brasiliense, 1998, p. 106.

¹⁰ *Idem, ibidem*. Dentre o que poderíamos chamar de literatura secundária em relação a Foucault, essa obra apresenta-se como a mais importante, sendo por isso mesmo muito utilizada na presente dissertação.

de sua filosofia anti-humanista. Segundo a *vulgata*, se antes ele buscava desdobrar a temática do sujeito moderno como alvo das tecnologias disciplinares e biotécnicas-políticas, presentes em *Vigiar e Punir* (1975) e *Vontade de Saber* (1976), agora ele busca uma possibilidade “auto”-subjativadora, “des”-subjativante para o indivíduo, reconciliando-se com a filosofia do sujeito ao abordar de forma transformada o problema simultaneamente ético e político da resistência, da recusa e da constituição relativamente autônoma de si. Em seus dois últimos trabalhos, a crítica do “sujeito-objeto” transforma-se numa crítica da subjetividade-experimentação, tal como a vemos desenvolvida em *Uso dos Prazeres* e *O Cuidado de Si*. Aí são estudadas as práticas ascéticas gregas e romanas, buscando-se entender de que forma os indivíduos se reconheciam como sujeitos de uma experiência moral, sexual, de forma a privilegiar os elementos éticos ascéticos sobre os elementos de código que viriam posteriormente a se consolidar pelo cristianismo e pelas práticas jurídico-romanas¹¹.

Instrumentalizar uma experimentação política de resistência voltada para a recusa de tipos de subjetivação produzidos pela multiplicidade das relações *afectivas* de força. Sem dúvida, como diz Foucault, um pouco daquilo que os gregos chamavam de *ethos*, ou seja, uma forma de vida, uma “relação consigo”, um “afectar-se a si próprio”, uma atitude existencial consistente numa manifestação subjetiva auto-constituente do próprio sujeito, uma auto-des-subjetivação em relação aos outros e a si mesmo, traduzida num domínio do *self* (*enkrateia*), dos prazeres, etc. Foucault, cujo pensamento procede por crises e abalos¹², desdobrará sua analítica do saber numa analítica do saber/poder; posteriormente, sua concepção nietzscheana do poder como relação guerreira de

¹¹ “Um deslocamento teórico me pareceu necessário para analisar o que freqüentemente era designado como progresso dos conhecimentos: ele me levava a interrogar-me sobre as formas de práticas discursivas que articulavam o saber. E foi preciso também um deslocamento teórico para analisar o que freqüentemente se descreve como manifestação do ‘poder’: ele me levava a interrogar-me sobretudo sobre as relações múltiplas, as estratégias abertas e as técnicas racionais que articulam o exercício dos poderes. Parecia agora que seria preciso empreender um terceiro deslocamento a fim de analisar o que é designado como ‘o sujeito’; convinha pesquisar quais são as formas e as modalidades da relação consigo através das quais o indivíduo se constitui e se reconhece como sujeito”. FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*, v. II: *O Uso dos Prazeres*. Rio de Janeiro, ed. Graal, 1998, p. 11.

¹² “Creio que o pensamento de Foucault é um pensamento que não evoluiu, mas que procedeu por crises. Não acredito que um pensador possa não ter crises, ele é sísmico demais. Há em Leibniz uma declaração esplêndida: ‘Depois de ter estabelecido estas coisas, eu pensava entrar no porto, mas quando me pus a meditar sobre a união da alma e do corpo, fui como que lançado de volta ao mar’. É justamente isso o que dá aos pensadores uma coerência superior, essa faculdade de partir a

forças transformar-se á numa pragmática das relações de governo, das técnicas e formas de racionalidade que presidem as práticas de governo dos homens. Na terceira grande fase de sua filosofia, Foucault articulará a questão histórica do sujeito através de uma analítica da “subjetividade-experimentação”, e é dentro dessa perspectiva analítica que as questões relativas ao “governo de si” devem ser bem compreendidas. Todavia, em função das limitações inerentes à elaboração de uma dissertação de mestrado, a “fase da Ética” será deixada de lado. Isso não quer dizer, é claro, que ela não tenha importância para a compreensão do pensamento de Michel Foucault.

Francisco Ortega ¹³ aponta muito bem no sentido de que será através da temática do “governo” dos homens, desenvolvida como desdobramento de sua concepção anterior do poder, que Foucault pôde efetuar a passagem para a ética. Os dois últimos volumes da história da sexualidade (*Uso dos Prazeres e Cuidado de Si*), escritos “depois de um silêncio de mais de oito anos”¹⁴ em relação à *A Vontade de Saber*, primeiro volume de seu projeto inicial de uma história genealógica da sexualidade, assim como os cursos proferidos no *Collège de France* a partir da segunda metade dos anos setenta transformaram sua microfísica do poder, seu projeto anterior voltado para uma genealogia do sujeito, num pragmatismo analítico cujo objeto será precisamente as formas, os procedimentos políticos de normalização dos indivíduos e das populações. O governo será analisado como um conjunto de práticas, racionalidades, discursos, dispositivos, tecnologias destinados a normalizar a vida da espécie humana. Foucault, o arqueologista e genealogista, pôde “desdobrar” sua analítica do poder no problema do governo de si, para poder chegar a formular a problemática autoconstituente da estética da existência como “experimentação- crítica” exercida sob a forma de uma ontologia histórica de nós mesmos. Buscarei acompanhar a lógica evolutiva dos três desdobramentos pragmáticos e ontológicos da crítica de Foucault, não para apreender uma visão de conjunto, uma sistematicidade que

linha, de mudar a orientação, de se reencontrar em alto mar, portanto, de descobrir, de inventar”. DELEUZE, Gilles. “Retratos de Foucault”. In. *Conversações*. Rio de Janeiro, Ed. 34, 1998, p. 130.

¹³ “O deslocamento dentro de um eixo constitui a condição de possibilidade do deslocamento teórico para um outro eixo. Minha tese é a seguinte: sem o deslocamento no eixo do poder – o qual conduz à questão do governo – não teria sido possível a passagem para o outro eixo, o do sujeito. Pois somente depois de ter sido realizado o deslocamento Foucault pode passar do governo dos outros ao governo de si a fim de introduzir a temática da autoconstituição. A análise das práticas de governo permite relacionar as ‘técnicas de poder’ com as ‘técnicas de si’”. ORTEGA, Francisco. *Amizade e Estética da Existência em Foucault*. Rio de Janeiro, ed. Graal, 1999, p.37.

Foucault jamais deixou de recusar, mas para melhor nos situarmos quanto aos “interstícios”, quanto aos “paradoxos das passagens”¹⁵ presente na trajetória filosófica, política e ética do filósofo.

Esse trabalho tem, contudo, como eixo central que orienta as articulações com as três grandes questões foucaultianas, a saber, a verdade ou os saberes (arqueologia), o poder (genealogia), o sujeito (governo de si), precisamente o debate filosófico moderno envolvendo a necessidade de *transformação da crítica*. Relativamente ao que designamos como filosofia do direito, essa transformação da crítica poder ser desenvolvida, e essa é a hipótese deste trabalho, se tomarmos como ponto de referência o debate “Habermas-Foucault”, ressaltando as relações antagônicas¹⁶ existentes entre os dois modelos críticos para vislumbrar, do interior

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 31.

¹⁵ QUEIROZ, André. *Foucault: O Paradoxo das Passagens*. Rio de Janeiro, ed. Pazulin, 1999. Nesse livro o autor busca apreender o conjunto dos deslocamentos teóricos e metodológicos efetuados por Foucault ao longo de toda sua trajetória filosófica, as “passagens” existentes entre arqueologia e genealogia, entre genealogia e ética, etc. Vale ressaltar que mesmo dentro dessas três grandes unidades metodológicas em que se costuma classificar o pensamento de Foucault, as mudanças de orientação, assim como as reorientações metodológicas, introdução de novos conceitos, são uma constante em seu pensamento. É por isso que podemos dizer que existe uma arqueologia em *História da Loucura* (1961 - essencialista, fenomenológica, preocupada com uma “experiência fundamental da loucura”), outra em *Nascimento da Clínica* (1963) e uma outra em *As Palavras e as Coisas* (1966). Em *História da Loucura*, Foucault nos fala de uma experiência fundamental da ‘desrazão’, de uma captura dessa experiência por parte da razão: “Esse fenômeno é a loucura. Mas será necessário um longo momento de latência, quase dois séculos, para que esse novo espantinho, que sucede à lepra nos medos seculares, suscite como ela reações de divisão, de exclusão, de purificação que no entanto lhe são aparentadas de uma maneira bem evidente. Antes de a loucura ser dominada, por volta da metade do século XVII, antes que se ressuscitem, em seu favor, velhos ritos, ela tinha estado ligada, obstinadamente, a todas as experiências maiores da Renascença”. FOUCAULT, Michel. *História da Loucura*. São Paulo, ed. Perspectiva, 1978, p. 8.

¹⁶ Alguns frankfurtianos, como Thomas McCarthy, acham contraproducente esse tipo de abordagem. Segundo essa perspectiva, devemos fazer avançar o debate Foucault/Habermas ressaltando pontos possíveis de convergência entre essas duas orientações críticas tão marcadamente distintas uma da outra: “Following Michel Foucault’s own example, commentators have generally paid much more attention to his break with earlier forms of critical social theory than to his continuities with them. (...) But for purposes of developing a critical theory adequate to the complexities of our situation, focusing only on discontinuities can become counterproductive. In fact, viewed at some remove from the current debates, what unites Foucault with neo-Marxist thinkers is as significant as what divides them. This is particularly true of the group of theorists loosely referred to as the Frankfurt school, to whom he did not address himself in any detail. Let me begin by noting certain broad similarities between Foucault’s genealogy of power/knowledge and the program of critical social theory advanced by Max Horkheimer and his colleagues in the early 1930s and recently renewed by Jürgen Habermas. Both Foucault and the Frankfurt school call for a transformation cum radicalization of the Kantian approach to critique. (...) Correspondingly, both Foucault and the Frankfurt school reject the Cartesian picture of an autonomous rational subject set over against a world of objects that it seeks represent and, through representing, to master. (...) More distinctive, perhaps, than either of these now widely held views is that of the primacy of the practical over the theoretical, which Foucault shares with the Frankfurt school. MCCARTHY, Thomas. “The Critique of Impure Reason”. In. *Critique and Power: Recasting the Foucault/Habermas debate*. Ed. cit., pp. 243/244. O autor prossegue estabelecendo uma lista de supostas similaridades que seriam, em si mesmas, mais importantes que as divergências efetivamente existentes entre ambos. Não existe nenhuma inocência hermenêutica

da liça desse *agôn* filosófico, as possibilidades que a filosofia moderna oferece à filosofia do direito. Segundo Ewald, o jusfilósofo dotado de uma consciência arqueológica da *analítica da finitude* abandona a posição do sujeito universal do filósofo e do jurista tradicional para promover um grande “estreitamento” do campo filosófico, transformando a filosofia do direito numa *pragmática das formas históricas da racionalidade jurídica*. De que espécie é o pragmatismo de Foucault? Ewald fala-nos de uma filosofia crítica da historicidade própria das práticas e dos discursos jurídicos, articulando as questões tradicionais da justiça às possibilidades históricas que a arqueologia é capaz de fornecer a um estudo histórico e filosófico do direito para além das aporias da filosofia moderna.

Crítica que assume a transformação como um valor positivo, por oposição à justificação, à fundamentação e à racionalização do já existente.¹⁷

No seio das questões essenciais trazidas pela contemporaneidade das Luzes em nossas culturas, é necessário a articulação da transformação da crítica, a passagem do *Transcendente* para o *Agora*, desencantar a própria filosofia desencantadora, “um trabalho sobre nós mesmos como seres livres”. Como este é um trabalho preocupado com as consequências dessa “viragem” crítica para a filosofia do direito, uma preocupação compartilhada por François Ewald¹⁸ e outros que querem rejuvenescê-la, retirá-la da prisão que lhe foi imposta por um certo logocentrismo esterilizante do pensamento incapaz de problematizar sua

em nada disso. Ao contrário, esse tipo de abordagem visa fazer de Foucault um bom “democrata”, neutralizando aspectos considerados como “radicais” por uma perspectiva crítica mais tradicional para realinhá-lo com sua tradição mais conservadora. Sob a capa do reconhecimento crítico, as abordagens de convergência buscam subsumir a metodologia analítica de Foucault aos postulados de uma filosofia centrada na mediação universal da linguagem

¹⁷ Pierre Hadot, que muita influência exerceu sobre Foucault em seus estudos históricos sobre o sujeito tal como se constitui no interior de uma experimentação moral da sexualidade, na cultura greco-latina clássica (séculos VIII e V a.C e I e II d.C) e nos primórdios do cristianismo (séculos III e IV d.C), chega mesmo a caracterizar a filosofia antiga como *ascese*, numa tentativa de reabilitá-la historicamente, revelá-la como um conjunto de exercícios espirituais, as chamadas práticas de si, não valorizadas pelo tipo de filosofia restrita aos muros das universidades. Tal é o caso da filosofia habermasiana, que assume, em diversas ocasiões, um tom altamente professoral. Cf., a esse respeito: HADOT, Pierre. *O que é a Filosofia Antiga?* São Paulo, ed. Loyola, 1999.

¹⁸ Para estudos relativos à uma problemática da filosofia do Direito a partir dos trabalhos filosóficos de Michel Foucault, cf. EWALD, François. *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa, ed. Vega, 2ª edição, 2000. V., também, *L'État Providence*. Paris, Bernard Grasset, 1986. Cf, também, FONSECA, Marcio Alves. “Normalização e Direito”. In. *Retratos de Foucault*. Rio de Janeiro, ed. Nau, 2000; *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo, ed. Max Limonad, 2002. Nessa obra de doutorado, o autor busca pensar a possibilidade de um *Direito Novo* a partir das inúmeras imagens do direito presentes nos trabalhos de Foucault. A ausência do “Direito” como “objeto” das investigações de Foucault, as sucessivas fragmentações e deslocamentos em relação a esse tema, justificam a metodologia do autor, voltada para o exame das diferentes formas através das quais o

própria historicidade, os deslocamentos que sua realidade pragmática e sofisticada – e não propriamente retórica, pois a Retórica ou a *Nova Retórica* de Perelman está empenhada em uma apropriação da sofisticada pelos filósofos¹⁹ – impõem ao observador, ao estudioso do funcionamento das práticas jurídicas sua articulação múltipla aos demais dispositivos de poder. Como ia dizendo, é em função da centralidade da problemática própria da filosofia do direito para este trabalho que o confronto com Habermas pareceu-me inevitável. Muitos consideram, como Paul Rabinow, esses dois pensadores como os “herdeiros legítimos” do debate sobre as Luzes²⁰ consistente no entendimento dos rumos a serem traçados pela “crítica” moderna.

Em relação à necessidade de se transformar a crítica negativa dos limites pragmáticos ou transcendentais da experiência num criticismo positivo situado nas fronteiras, buscando sempre ultrapassar os limites impostos pela experiência, pelas relações de poder, ouçamos as palavras do próprio Foucault, que são claras, não deixando margens a “equivocos”: “(...) é preciso situar-se nas fronteiras. A crítica é certamente a análise dos limites e a reflexão sobre eles. Mas, se a questão kantiana era saber a que limites o conhecimento deve renunciar a transpor, parece-

filósofo francês tematizou o direito. Por fim, mas não por isso menos importante, cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte, ed. UFMG, 2002.

¹⁹ A Nova Retórica de Perelman está ligada ao que Platão e Aristóteles chamavam “dialética”; para o segundo, ela significa uma espécie de prova distinta das provas analíticas, sendo concebida como arte de raciocinar a partir de opiniões geralmente aceitas. Platão, o verdadeiro mestre do gênero “Diálogos”, achava que as práticas espirituais da dialética só deveriam ser ensinadas na maturidade, entre os trinta e os trinta e cinco anos, em que os locutores, discípulos e mestres da Academia em Atenas, anulavam sua individualidade no logos transcendental da palavra, do verbo racional: “(...) embora o século vinte possa mesmo ter sido qualificado de século da publicidade e da propaganda, e tenham sido dedicados numerosos trabalhos a essa matéria, os lógicos e os filósofos modernos, por sua vez, se desinteressaram completamente pelo nosso assunto. É por essa razão que nosso tratado se relaciona sobretudo com as preocupações do Renascimento e, conseqüentemente, com a dos autores gregos e latinos, que estudaram a arte de persuadir e convencer, a técnica da deliberação e da discussão. É por essa razão também que o apresentamos como uma nova retórica”. PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. São Paulo, ed. Martins Fontes, 1996, p. 5.

²⁰ Sobre a importância dos trabalhos de Kant para o “último” Foucault, cf. MAIA, Antônio C. “A questão da *Aufklärung*: mise au point de uma trajetória”. In: *Retratos de Foucault*. Rio de Janeiro, ed. Nau, 2000, in verbis: “Essas considerações acerca da problemática do Iluminismo assumiram o papel de uma espécie de testamento de Foucault. Nos últimos anos de sua vida ficou patente a sua preocupação no sentido de lançar uma interpretação que subsumisse a sua trajetória a um determinado campo de problemas. Os importantes textos ‘Por que estudar o poder?’, ‘A questão do sujeito’ e ‘Como o poder é exercido?’, publicados no livro *Michel Foucault. Para além, do estruturalismo e da hermenêutica*, de Dreyfus e Rabinow, seus mais próximos interlocutores nos últimos anos de sua vida, e a introdução do segundo volume da História da sexualidade, intitulada ‘Modificações’, estruturaram-se claramente com o intuito de organizar, a partir de um olhar retrospectivo, os desdobramentos de seu trabalho. *As cogitações relativas à Aufklärung se inscrevem neste mesmo diapasão de preocupações, permitindo uma espécie de mise au point de sua trajetória*” (grifo meu). *Idem, ibidem*, p. 269.

me que, atualmente, *a questão crítica deve ser revertida em uma questão positiva*: no que nos é apresentado como universal, necessário, obrigatório, qual é a parte do que é singular, contingente e fruto das imposições arbitrárias. Trata-se, em suma, de *transformar a crítica* exercida sob a forma de limitação necessária em uma *crítica prática* sob a forma de *ultrapassagem*²¹ possível. (...) Nesse sentido, essa crítica *não é transcendental* e não tem por finalidade tornar possível uma metafísica; ela é genealógica em sua finalidade e arqueológica em seu método. Arqueológica – e não transcendental – no sentido de que *ela não procurará depreender as estruturas universais de qualquer conhecimento ou de qualquer ação moral possível*; mas tratar tanto os discursos que articulam o que pensamos, dizemos e fazemos como *acontecimentos* históricos. E essa crítica será genealógica no sentido de que ela não deduzirá da forma do que somos o que para nós é impossível fazer ou conhecer; mas ela deduzirá da contingência que nos fez ser o que somos a possibilidade de não mais ser, fazer ou pensar o que somos, fazemos ou pensamos”.²²

Também será sob o signo da crítica que entenderemos porque Foucault está empenhado não em análises, mas numa *analítica arqueológica da finitude* em relação à modernidade, numa *Analítica do poder* (genealogia) ou mesmo numa *analítica do presente* desdobrada na possibilidade de uma ética do sujeito, de uma estética da existência caracterizada como uma *ontologia histórica de nós mesmos*, sob a forma de uma subjetividade-experimentação, ou mesmo, segundo Dreyfus e

²¹ Sobre a necessidade de efetuarmos essa viragem crítica no sentido de uma crítica negativa para uma crítica positiva, passando da crítica tradicional centrada sobre as impossibilidades manifestas pelos limites para uma crítica positiva cujo *telos* é o da ultrapassagem e da transformação, do desfazimento do universal e do necessário na história que é, acima de tudo, a análise das contingências e das confluências fortuitas, Foucault estabelece, em relação à função diagnosticadora da atualidade assumida pela moderna filosofia, que “A propósito dessa função do diagnóstico sobre o que é a atualidade, é que ela não consiste simplesmente em caracterizar o que somos, mas, seguindo as linhas de vulnerabilidade da atualidade, em conseguir apreender por onde e como isso que existe hoje poderia não ser mais o que é. E é nesse sentido que a descrição deve sempre ser feita de acordo com essa espécie de fratura virtual, que abre um espaço de *liberdade* (grifo meu) concreta, ou seja, de transformação possível”. “Estruturalismo e pós-Estruturalismo”. *op. cit.*, p. 325.

²² FOUCAULT, Michel. “O Que São as Luzes?”, *ob cit.*, pp. 347/348. Reforçando a proveniência kantiana dos trabalhos de Foucault, cf. DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo, Ed. Brasiliense, 1998, p. 69, quando afirma que “essa busca das *condições* (grifo meu) constitui uma espécie de neo-kantismo característico de Foucault. Há, entretanto, diferenças essenciais em relação a Kant: as condições são as da experiência real, e não a de todas as experiências possíveis (os enunciados, por exemplo, supõem um *corpus* determinado); elas estão do lado do ‘objeto’, do lado da formulação histórica, e não de um sujeito universal (o próprio *a priori* é histórico); ambas são formas de exterioridade.”

Rabinow, numa *Analítica interpretativa*²³. Nesse sentido, se Foucault reconhece a matriz crítico-kantiana de seu trabalho, ele buscará livrar-se de suas amarras transcendentais, despertando-nos de nosso sono antropológico, um pouco como Kant quis nos despertar de nosso sono dogmático, de nosso estado de menoridade em que as figuras da autoridade e da tradição ocupam o lugar da razão nos domínios em que convém dela fazermos uso. Assim, já no estudo arqueológico sobre as ciências do homem efetuado em *As Palavras e as Coisas* (1966), Foucault nos mostra como é Kant, e não Descartes, quem marca o surgimento da *epistémê* da modernidade enquanto ruptura com a *epistémê* clássica da representação, revelando no empírico-transcendentalismo de sua crítica o tempo daquilo que ele chamava *Analítica da Finitude*, ao fazer do sujeito simultaneamente o Sujeito transcendental do conhecimento e objeto de saber de seu próprio conhecimento; sujeito soberano e sujeito objetivado. Nesse sentido, a tríade de duplos do homem funcionaria permanentemente nas oposições estabelecidas entre *Sujeito-transcendental/sujeito-objeto*, *Cogito/não pensado* e *recuo/retorno à origem*, assediando permanentemente o conjunto formado pelas filosofias antropológicas modernas, presas nesse movimento pendular entre os termos da tríade antropológica. Segundo Foucault, “A antropologia constitui talvez a disposição fundamental que comandou e conduziu o pensamento filosófico desde Kant até nós”.²⁴

A “transformação da crítica” por Foucault, apoiada na crítica radical elaborada por Nietzsche à modernidade, dá-se por oposição às quatro grandes críticas modernas: à crítica marxista da ideologia²⁵ elaborada pelo materialismo

²³ “Preferimos chamar o método de Foucault de *analítica interpretativa* (grifo dos autores). Nosso uso de analítica segue uma linha que começa com a analítica transcendental de Kant e é repensada na analítica existencial de *Ser e Tempo*. (...) Hoje, a analítica deve encontrar um meio de considerar seriamente os problemas e as ferramentas conceituais do passado, e não as soluções e conclusões neles baseadas (grifo meu). Foucault (como Heidegger) recoloca a ontologia num tipo especial de história que enfoca as práticas culturais que fizeram de nós aquilo que somos.” DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. *Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1995, pp. 135/136. A crítica habermasiana efetuada através de seu reconstrutivismo teórico está voltada para as soluções, para os ideais críticos formulados pela tradição da filosofia moderna, re-interpretados por uma razão descentrada na linguagem, na comunicação.

²⁴ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas*. São Paulo, ed. Martins Fontes, 1999, p. 473,

²⁵ “Se quando explícito um pensamento ou um discurso, fazendo aparecer tudo aquilo que estava em silêncio, tudo aquilo que estava implícito, se, ao fazer isso, o pensamento ou o discurso que estou examinando se revela insustentável, se começa a desmanchar, se dissolver, se destruir à medida que vou explicitando tudo que nele havia, mas que ele não dizia, então a crítica encontrou algo muito preciso, encontrou a IDEOLOGIA. A ideologia é exatamente aquele tipo de discurso,

dialético histórico, à crítica fenomenológica²⁶ da experiência em Husserl, Sartre, Merleau-Ponty, ou mesmo da história da ciência e da filosofia, como é o caso de Koyré, à crítica transcendental kantiana e à crítica “quase” transcendental de Habermas²⁷. Como o confronto com esses quatro grandes registros da crítica moderna ultrapassaria em muito as possibilidades dessa dissertação, concentrarei a análise sobre o modelo proposto por Habermas, em função não apenas de sua presença marcante nos debates políticos e jusfilosóficos contemporâneos travados com liberais, neo-liberais, marxistas e republicanos²⁸, mas sobretudo em função de sua intenção explícita em fornecer um modelo crítico de filosofia preocupado em resguardar a possibilidade ou os potenciais de uma razão “esclarecedora”²⁹, “emancipadora”, centrada não mais no sujeito monológico da “filosofia da consciência”, mas na comunicação, na mediação universal da linguagem, dentro

aquele tipo de pensamento que contém um silêncio que, se for dito, destrói a coerência, a lógica da ideologia”. CHAUÍ, Marilena. “O Papel da Filosofia na Universidade”. In. *Cadernos SEAF*, nº1.

²⁶ Johannes Hessen fornece um bom exemplo de uma crítica fenomenológica ao conhecimento, preocupada com a essência geral dos fenômenos, *in verbis*: “É necessário, pois, no nosso caso, observar com rigor e descrever com exatidão aquilo a que chamamos conhecimento, esse peculiar fenômeno da consciência. Fazêmo-lo, procurando apreender os traços gerais essenciais desse fenômeno, por meio da auto-reflexão sobre aquilo que vivemos quando falamos do conhecimento. Este método chama-se FENOMENOLÓGICO e é distinto do psicológico. Enquanto este último investiga os processos psíquicos concretos no seu curso regular e a sua conexão com outros processos, o primeiro aspira a apreender a essência geral no fenômeno concreto”. HESSEN, Johannes. *O Fenômeno do Conhecimento e os Problemas Nele Contidos*. Coimbra, ed. Amado, 1964, p. 42.

²⁷ É claro que as articulações críticas na modernidade ultrapassam em muito esse esquematismo demasiadamente restrito. Não obstante, para efeitos de simplificação ou de adaptação aos limites de uma dissertação de mestrado, optamos por reduzi-la ao debate Foucault/Habermas. A crítica habermasiana, em contrapartida, não pode ser pensada sem levarmos em conta suas articulações com a teoria frankfurtiana tradicional, a saber: a crítica radical da razão elaborada por Adorno e Horkheimer. As críticas marxistas também apresentam nuances extremamente complexas: vide, por exemplo, a marxologia estruturalista de Althusser.

²⁸ Para um mapeamento das relações existentes entre essas grandes correntes filosóficas e suas relações com os debates de filosofia política e constitucional contemporâneos, cf.: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro, ed. Lumen Júris, 1999.

²⁹ “Em nosso século a filosofia se alimenta de temas levantados por quatro grandes movimentos através dos quais ela consegue fazer-se ouvir em círculos mais amplos. Apesar de todas as diferenças, perceptíveis tão logo alguém se aproxima dela, existem quatro complexos com fisionomia própria, que se destacam na corrente de pensamentos: a filosofia analítica, a fenomenologia, o marxismo ocidental e o estruturalismo. Esta expressão impõe-se. Pois no instante em que uma figura do espírito é nomeada e reconhecida em sua inconfundibilidade, já foi colocada à distância e condenada ao desaparecimento”. HABERMAS, Jürgen. “O Horizonte da Modernidade está se deslocando”. In. *Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro, ed. Tempo Brasileiro, 1990, p. 12. Habermas fecha a via do diálogo e da comunicação em sua “polêmica” com os que ele considera como “pós-modernos” (Foucault é jogado, sem dúvida, nesse saco de gatos): “Nesta medida, os que se declaram ‘pós’ não são apenas oportunistas de faro atilado; temos que levá-los a sério como sismógrafos do espírito de uma época”. *Idem, ibidem*.

da abertura do *Agora* proposta por Kant em *Was ist Aufklärung?*³⁰ Ewald, escrevendo uma série de artigos sobre Foucault e a filosofia do direito, não deixa dúvidas a respeito da improcedência crítica do modelo de Habermas para o direito, afirmando que o termo “Crítica”, para a filosofia do direito, “não deve ser entendido no sentido que lhe deu uma certa tradição sociológica. (...) Não se trata de rebater o direito sobre as suas pretensas condições sociais de possibilidade. *A questão crítica não se põe ao direito por referência à sociedade, mas por referência à história, ao fato da historicidade do direito.* (...) Precisamente, na tradição ocidental, aquilo que se chama ‘direito’ designa a questão crítica posta à legalidade. *Hoje, a filosofia do direito deveria tomar a forma de um positivismo crítico*” (grifos do autor)³¹.

Todavia, há que se especificar o tipo de crítica de que deve lançar mão a filosofia do direito, e é justamente essa a proposta, a aposta da presente dissertação: as incompatibilidades críticas entre Foucault e Habermas tornam possível a articulação da “transformação” da crítica ao nível das possibilidades históricas da filosofia moderna. O que busquei fazer neste trabalho foi articular as questões filosóficas e políticas importantes, indissociáveis da necessidade de transformação do pensamento crítico com os problemas da filosofia do direito. Devemos adotar, juntamente com Ewald, a atitude de um positivismo crítico, nominalista em relação às práticas históricas do direito. Tanto a arqueologia quanto a genealogia, enquanto ferramentas³² críticas para o pensamento e para a

³⁰ John Rajchman, em obra já citada, assim descreve o contexto filosófico da crítica existente entre os dois lados do Reno: “Foucault dirige sua história nominalista para um tipo especial de luta que assume uma forma muito distinta no período do pós-guerra. (...): tais lutas preocupam-se com os efeitos diretos ou concretos do poder sobre as vidas e os corpos das pessoas; envolvem operações não reconhecidas ou não analisadas de dominação; não estão subordinadas a soluções sociais de longo alcance, típicas de uma perspectiva esquerdista mais antiga; envolvem não simplesmente desinformação e mistificação, mas as próprias formas e privilégios do saber; a sua questão central é a subjetividade. Na Alemanha e na França, pelo menos, a “teoria” ou filosofia desempenhou um papel em tais lutas de um modo que a filosofia analítica dominante nos países de língua inglesa não conheceu. A filosofia foi usada nessas lutas, e as lutas foram usadas para questionar a tradição filosófica. “Crítica” é o termo usual aplicado a tal filosofia. Se “crítica” designa a exposição de operações não reconhecidas de poder nas vidas das pessoas, *então Foucault estava certamente empenhado em crítica, ou era um teórico crítico*” (grifo meu). RAJCHMAN, John. *Foucault: A Liberdade da Filosofia*. Ed. cit., p.68.

³¹ EWALD, François. “Para um positivismo crítico: Michel Foucault e a filosofia do direito”. In. *Foucault, a Norma e o Direito*. Ed. cit, pp. 65/66. Cf., também, “A Positividade da Atitude Crítica”. In. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo, ed. Max Limonad, 2002.

³² Talvez o que defina essencialmente a tarefa do pensamento crítico seja seu propósito declarado, seus esforços no sentido positivo de construir ferramentas intelectuais. A “ideologia” pode ser considerada como ‘ferramenta’ de um contra-poder intelectual empenhado numa crítica marxista. Cf., v. g. FILHO, Aluizio Alves. “A Ideologia como Ferramenta de Trabalho e o Discurso da Mídia”, *in verbis*: “(...) a atividade científica pressupõe tanto a construção do objeto de estudo

ação transformadora, podem ser de muita utilidade ao filósofo do direito consciente da especificidade histórica de seu presente. Caberia, então perguntar: mas, afinal de contas, o que verdadeiramente designamos quando falamos em filosofia do direito? Que tipo de enunciação se faz sobre o direito quando “filosofamos” sobre ele? De que forma essa enunciação tem seu funcionamento próprio não somente ao nível dos discursos, mas sobretudo das práticas jurídicas de coerção e manutenção social? Esse tipo de crítica, metodologicamente, assume a forma de uma “problematização” anti-normativista, anti-consensualista das experiências históricas que reconhecemos como jurídicas, liberta daquilo que foi denominado em *Vontade de Saber* de “hipótese repressiva do poder”, buscando, ao contrário, entender as complexas articulações existentes historicamente entre a legalidade e a Norma³³, seu funcionamento recíproco em nossas experiências de

quanto das ferramentas que permitam investigá-lo, na tentativa de produzir algo chamado ‘conhecimento’, sempre provisório e incompleto, sujeito a crítica e a retificações. (...) O propósito deste artigo é o de refletir sobre o que é e como utilizar a ferramenta (ideologia), considerando-a apropriada para produzir o discurso embutido nas matérias publicadas nos chamados ‘jornais da grande imprensa’. Localizando historicamente a gênese da noção de ideologia na “conjuntura caracterizada por grandes transformações estruturais (uma década depois da queda da Bastilha), portanto propícia a que novas teorias encontrassem condições objetivas para florescer”, em que “o filósofo francês Antonie Destutt de Tracy publicou *Eléments D’Ideologie* (1801). O ponto de partida do autor é o materialismo francês do século XVIII, sobretudo o sensismo de Etienne Bonnot de Condillac, para quem todas as idéias se compõem de sensações. Com base neste suposto, Destutt de Tracy postula a fundação de um original campo de estudos destinado a formar a base de todas as ciências: a ‘ciência das idéias’. (...) Destutt de Tracy coloca a noção de ideologia no centro das suas reflexões, observando tratar-se de um ‘termo genérico’, referente à uma parte da ‘ciência das idéias’, e não à sua totalidade. Para Destutt de Tracy, o que o estudo da ideologia possibilita é o conhecimento da verdadeira natureza humana. Ao escrever *Eléments D’Idéologie*, o que tinha em mente não era construir um saber pelo saber, e sim voltado para a prática”. *Idem*. Rio de Janeiro, Revista Comum, v.5, nº 15, ago/dez 2000, pp. 86/87.

³³ A esse respeito, Marcio Alves da Fonseca esclarece dizendo que se há, num primeiro momento das abordagens de Foucault sobre o Direito, uma oposição conceitual entre os *mecanismos jurídico-legais* de poder com os *dispositivos disciplinares*, ao nível das práticas sociais o que existe é uma mútua implicação entre a lei e a Norma, entre o poder essencialmente negativo-repressor da legalidade organizada com o diagrama positivo dos dispositivos, das relações de força produtivas, *in verbis*: “Parece ser errôneo procurar uma teoria do direito em Foucault. Por outro lado, as referências às práticas do direito são constantes em sua obra. Entendo que uma pesquisa sobre estes usos do direito em seu pensamento, buscando-se analisar o sentido e o funcionamento que este tema adquire em cada momento em que aparece, indicaria que, em Foucault, o tema do direito deveria ser pensado em suas implicações com o tema da normalização. É a normalização, ou a pesquisa em torno do tema da norma em Foucault, que vão permitir que sejam definidos ao menos estes dois usos do direito em suas obras. (...) Percebe-se como, nesta distinção entre dois modos de exercício de poder, o direito aparece como uma espécie de referência para se identificar um modelo de poder que se opõe ao poder disciplinar-normalizador e ao biopoder. Neste ‘uso’ do direito em Foucault há uma clara *oposição* (grifo do autor) entre o direito e a norma. Entretanto, esta oposição inicial entre direito e norma pode ser chamada de conceitual, pois não implica uma contradição entre estes dois domínios, em outros termos, não implica que se pense, a partir de Foucault, em uma incompatibilidade entre os mecanismos de normalização e o direito”. FONSECA, Marcio Alves da. “Normalização e direito”. In. *Retratos de Foucault*. (Vera Portocarrero e Guilherme Castelo Branco orgs), ed. cit., pp. 220/222. Esse tema será desenvolvido

poder, verdade e subjetividade, tentando compreender de que forma fomos sendo capturados em nossa própria história. Se o arqueologista é aquele que é capaz de desenvolver uma analítica histórica liberta dos esquemas antropológicos do pensamento moderno, o genealogista é capaz de uma analítica do poder liberta dos imperativos negativos do poder presentes na hipótese jurídico-discursiva da repressão. Tanto “o” direito, por um lado, quanto “a” psicanálise, de outro, constituem a coroação definitiva da hipótese repressiva biopoliticamente construída entre os termos “Lei” e “Desejo”.

1.1

Foucault e os primeiros Frankfurtianos

Já são muito conhecidas as transformações operadas por Habermas e os membros da segunda geração da Escola de Frankfurt sobre as orientações críticas de Adorno, Horkheimer e os demais membros da chamada primeira geração, envolvidos, pelo menos a partir do final da década de 30, com o clima cultural que ia se formando em torno da ascensão político/ideológica do regime nacional-socialista alemão, o que os levou a rever alguns de seus postulados marxistas iniciais, especificamente aquele segundo o qual o próprio exercício da racionalidade constituiria garantia suficiente contra os efeitos de dominação e servidão dessa mesma razão, e elaborar o que se passou chamar de “dialética negativa” da Razão iluminista. Segundo essa perspectiva, as classes sociais, como eixo principal de análise, vão dando lugar ao estudo do indivíduo massificado, e a própria razão iluminista, que se supunha capaz de promover as transformações emancipatórias em nossas sociedades, é vista como sendo portadora de uma lógica intolerante em relação à diferença, ao outro, à própria possibilidade da democracia ou do pluralismo contemporâneos. Segundo os grandes mestres da Escola de Frankfurt, a lógica da mercantilização da sociedade ancora-se numa razão intolerante, totalitária.

Muitos dizem que uma das principais rupturas de Habermas e seus seguidores com os fundadores frankfurtianos está na substituição do paradigma do

com mais profundidade em sua tese de doutorado: *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo, ed.

trabalho, de cunho essencialmente marxista, pelo paradigma da comunicação e da linguagem. A esse respeito, alguns esclarecimentos iniciais fazem-se necessários. Primeiramente, um dos conceitos mais importantes elaborados por Habermas e seus seguidores que marcam uma reviravolta na associação intrínseca entre modernidade, racionalidade e dominação mimética do outro, enquanto momentos constitutivos fundamentais da civilização ocidental tal como concebidos por Adorno e Horkheimer, é sem dúvida o de *Esfera Pública*. De fato, já em *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, Habermas identificará o surgimento da modernidade com a vigência crescentemente ampliada de um livre espaço para o exercício comunicativo da crítica, da discussão. A era moderna passa a ser identificada não mais com o despotismo de uma Razão instrumental destruidora de toda alteridade possível, mas como um período caracterizado por uma série de transformações históricas marcadas por uma inelutável tendência no sentido da plurificação crescente dos lugares em que se passou a discutir o público. Nesse livro seminal, Habermas discutirá as transformações históricas que acabaram por gerar uma esfera pública distinta do Estado e da vida privada burguesa, “no sentido de que a atuação no seu interior não é movida nem pela defesa dos interesses econômicos particulares nem pela tentativa de concentração de poderes com o objetivo de dominar outros indivíduos”.³⁴ A dimensão fortemente kantiana subjacente à crítica geral da razão habermasiana evidencia-se na idéia de uso público da razão tornada possível pelo princípio da igualdade discursiva entre os cidadãos, o que para Habermas caracteriza o tipo específico formado pela esfera pública burguesa.³⁵

O conceito de esfera pública introduzido por Habermas tornará possível a rearticulação entre Teoria Crítica da sociedade com a possibilidade de emancipação normativamente contida na razão iluminista, desdobrada numa teoria

Max Limonad, 2002.

³⁴ AVRITZER, Leonardo. “Teoria Crítica e Teoria Democrática”. In. *Novos Estudos: Cebrap*, nº 53, março de 1999, pp. 167-188.

³⁵ “Como contrapeso à autoridade, constitui-se a sociedade civil burguesa. As atividades e relações de dependência que, até então, estavam confinadas ao âmbito da vida economia doméstica, passam o limiar do orçamento doméstico e surgem à luz da esfera pública. (...) A atividade econômica privatizada precisa orientar-se por um intercâmbio mercantil mais amplo, induzido e controlado publicamente; as condições econômicas, sob as quais elas ocorrem agora, estão fora dos limites da própria casa; são, pela primeira vez, de interesse geral. É nesta *esfera privada da sociedade que se tornou publicamente relevante* (grifo do autor) que Hannah Arendt pensa quando ela caracteriza, em contraposição à sociedade antiga, a relação moderna entre esfera pública e esfera privada mediante a formação do ‘social’. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro, ed. Tempo Brasileiro, 1984, p. 33.

comunicativa da racionalização e da democracia. Para tanto, Habermas promoverá uma ampliação do conceito weberiano, “negativo” de razão consoante fins, numa razão comunicativa voltada para a emancipação da espécie. Ao contrário, a razão na qual a modernidade se constitui, segundo Adorno e Horkheimer, é a razão instrumental, por eles associadas ao desenvolvimento, em nossas sociedades, de um processo dialético de ruptura da autonomia da cultura através de sua subordinação à lógica mercantil, em que a transformação das atividades de criação cultural em atividade econômica têm como consequência o sacrifício da diferenciação entre lógica da obra cultural, de seu processo de reflexividade estética nos agentes sociais, e lógica dos processos de produção de mercadorias. A teoria da cultura massificada “constitui mais um elemento na demonstração de que o projeto iluminista de emancipação da espécie gera estruturas de racionalidade instrumentais, entre as quais haveria necessariamente que incluir a transformação da cultura em força produtiva”.³⁶

O grande desafio empreendido pelos fundadores da Escola de Frankfurt, assim como, de certa forma, pela teoria elitista da democracia, consistiu em se posicionar criticamente diante de fenômenos tais como o nazi-fascismo, o totalitarismo e a sociedade de massas. Todavia, a Teoria crítica frankfurtiana, ao contrário das análises voltadas para o elitismo democrático, acabará por se desconectar da teoria democrática para se constituir numa crítica aos postulados racionais da emancipação iluminista, marcados, desde o início, pelo princípio de uma racionalidade identitária e formal, cuja característica é a de inviabilizar a subsistência das sociedades contemporâneas como sociedades democráticas e plurais.³⁷ Enquanto Adorno e Horkheimer, pelo menos a partir da década de 40,

³⁶ AVRITZER, Leonardo. *Idem, ibidem*, pp. 167/188.

³⁷ “(...) o entendimento que vence a superstição deve imperar sobre a natureza desencantada. O saber que é poder não conhece nenhuma barreira, nem na escravização da criatura, nem na complacência em face dos senhores do mundo. Do mesmo modo que está a serviço de todos os fins da economia burguesa na fábrica e no campo de batalha, assim também está à disposição dos empresários, não importa sua origem. Os reis não controlam a técnica mais diretamente que os comerciantes: ela é tão democrática quanto o sistema econômico com o qual se desenvolve. A técnica é a essência desse saber, que não visa conceitos e imagens, nem o prazer do discernimento, mas o método, a utilização do trabalho dos outros, o capital. (...) Só o pensamento que se faz violência a si mesmo é suficientemente duro para destruir os mitos. Diante de tal triunfo da mentalidade factual, até mesmo o credo nominalista de Bacon seria suspeito de metafísica e incorreria no veredicto de vacuidade que proferiu contra a escolástica. Poder e conhecimento são sinônimos. (...) No trajeto para a ciência moderna, os homens renunciaram ao sentido e substituíram o conceito pela fórmula, a causa pela regra e pela probabilidade. (...) O que não se submete ao critério da calculabilidade e da utilidade torna-se suspeito para o esclarecimento. A partir do momento em que ele pode se desenvolver sem a interferência da coerção externa, nada

passaram a se ocupar com uma crítica do esclarecimento, de seus objetivos declarados partindo de uma análise de seus processos histórico-dialéticos de transformação, formalização e dominação, identificação do outro a partir do mesmo (racionalidade identitária), Habermas buscará, inicialmente a partir do conceito de esfera pública, construir uma crítica positiva da sociedade consistente na análise do processo de ampliação crescente do domínio público, do espaço público voltado para a tematização ou politização de novas questões, ampliação essa que é desencadeada, para Habermas, pela lógica do processo de desenvolvimento histórico da modernidade, pela dessacralização do espaço público comum, o que significa dizer que a tematização, a discussão do público vai se dando cada vez mais através de procedimentos controlados de argumentação orientados para a destruição dos monopólios de interpretação detidos por macroinstituições dominantes.

Mais tarde, Habermas desenvolverá seu conceito de esfera pública: “Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a *compreensibilidade geral* da prática comunicativa cotidiana. (...) A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no

mais pode segurá-lo. (...) O esclarecimento é totalitário”. ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro, Ed. Jorge Zahar, 1985, pp. 20/22.

agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana”³⁸.

A esfera pública assim concebida envolve não somente uma ampliação tendencial das questões sociais passíveis de tematização argumentativa, mas um princípio co-constitutivo de inclusão, cujo *telos* será sempre a obtenção de um consenso motivado. Assim, “consequentemente, a idéia do público aparece associada a duas formas possíveis de ampliação: as ampliações dos temas e dos participantes de um processo racional de discussão, ambas inerentes à própria modernidade”.³⁹ Habermas rompe com a tradição frankfurtiana ao identificar a modernidade não somente com o desenvolvimento de formas de ação orientadas por fins (razão instrumental) ou de sub-sistemas da ação estratégica. Os horizontes da modernidade pressupõem, mais profundamente, dinâmicas de racionalização ligadas às possibilidades emancipatórias contidas na comunicação lingüística. Daí a viragem lingüística, promovendo a ruptura com a primeira geração frankfurtiana.

Ao contrário, a razão, para Adorno, será sempre indissociável do conceito de identidade concebido como fundamento de uma lógica intolerante, anti-democrática, anti-plural, apenas poderá ser entendida como princípio de exclusão do outro. *Foucault, apesar das nítidas diferenças no que tange à orientação filosófica da crítica, estaria muito mais próximo da tradição crítica formada pelos primeiros frankfurtianos do que Habermas*⁴⁰; ambos colocam no eixo

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. II. Rio de Janeiro, ed. Tempo Brasileiro, 1997, p. 92.

³⁹ AVRITZER, Leonardo. *Idem, ibidem*, pp. 167/188.

⁴⁰ Para uma comparação entre Foucault e Adorno a partir de um distanciamento assumido pela teoria crítica habermasiana, cf. HONNETH, Axel. “Foucault’s Theory of Society: A Systems-Theoretic Dissolution of the Dialectic of Enlightenment”. In. *Critique and Power: recasting the Foucault/Habermas debate*. Ed. cit., 1994. Após admitir e estabelecer várias comparações que aproximam Adorno de Foucault, por oposição a um distanciamento “mais eficaz” por parte de Habermas, no que tange aos potenciais instrumentais da crítica, Axel Honneth conclui: “Admittedly, neither Adorno’s critical theory nor its systems-theoretic continuation in Foucault’s theory of power yields the appropriate tools for analyzing the forms of integration in late-capitalist societies. What is required for that is a consistent working out of those dimensions of social action so far only indirectly and vaguely encountered in Horkheimer’s early work, namely that of ‘culture’ and that of ‘social struggle’. By contrast, Jürgen Habermas’s social theory offers the best chance for a substantive development of these concepts. In his attempt at a communication-theoretic transformation of critical theory, he has made the dimension of social interaction the center of his approach. Habermas initially developed his theory by way of a critique of positivism based on an anthropology of knowledge. The first phase of his theoretical work is determined by the goal of tracing the different types of scientific knowledge back to prescientific interests of the species so that critical social theory might be justified as an element of the societal life-process. Habermas extends the communication-theoretic insights of his critique of positivism into the basic assumptions of a social theory in which he attempts to establish a

central de suas filosofias uma preocupação com os efeitos despóticos da razão, efeitos de dominação e servidão introduzidos pelos grandes sistemas de saber no ocidente, colocando em xeque o postulado segundo o qual o desenvolvimento racional é uma garantia *per se* de libertação da espécie. A crítica de Foucault, ao contrário de Habermas, que elabora uma crítica geral da razão, movimenta-se em busca da ultrapassagem possível daquelas condições práticas e históricas que nos constituíram como sujeitos do que pensamos, falamos e fazemos: uma experimentação das linhas móveis formadas pelos limites que nos constituem tal qual somos, limites formados por campos vitais da experiência, instituídos entre a razão e a loucura, normalidade e delinquência, saúde e doença, sexualidade sadia e perversão, etc.

Como dissemos anteriormente, para Foucault, a filosofia moderna deve ser encarada antes de tudo como um *ethos* inseparável de uma crítica ligada a uma ontologia histórica de nós mesmos, “como uma prova histórico-prática dos limites que podemos transpor, portanto, como o nosso trabalho sobre nós mesmos como seres livres”.⁴¹ A filosofia, inseparável do papel que se atribui ao intelectual hoje, de seus objetivos voltados para o diagnóstico do presente, consolida-se antes de tudo como uma atitude, uma forma de vida, inseparável vida e da atividade política do intelectual cuja tarefa é propor novos conceitos para pensarmos o presente, a contingência que faz do universal o artifício de uma estratégia particular. Segundo Foucault, o intelectual específico e crítico deve ser capaz de discernir, nos labirintos formados pelas complexas articulações entre regimes de saber e relações de poder, tudo aquilo que resulta em despotismo, dominação, controle e subjetivação. Se Habermas está preocupado com os processos modernos de diferenciação, complexificação e racionalização das estruturas culturais da vida moderna, Foucault vai investigar os domínios históricos precisos em que as formas de racionalidade exercem seu poder sobre nós. Passagem, portanto, de uma crítica geral da Razão, da racionalização tomada de forma abrangente num modelo ainda ancorado sobre a hipótese repressiva do poder - toda filosofia crítica de Habermas pressupõe o poder como repressão - , a uma

primacy for processes of social interaction in the formation of the species and thus for social evolution. In this second phase of his work Habermas presents mutual understanding [Verständigung] as the paradigm of the social”. Idem, ibidem, p. 181.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. “O Que São as luzes?” In: *Ditos & Escritos*, vol. II: *Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento*. Ed. cit., p. 348.

crítica arqueológica que considera os discursos que articulam as formas de saber ligadas às nossas identidades como *acontecimentos*, como um conjunto de enunciados pertencentes ao elemento de uma dispersão histórica fundamental, dirigida por uma finalidade genealógica de nossas práticas⁴² históricas de racionalização/dominação/subjetivação, fundamentais para a constituição do sujeito moderno, *in verbis*: “(...) desde Kant, o papel da filosofia é prevenir a razão de ultrapassar os limites daquilo que é dado na experiência; porém, ao mesmo tempo, isto é, desde o desenvolvimento do Estado moderno e da gestão política da sociedade, o papel da filosofia é também vigiar os excessivos poderes da racionalidade política. (...) A relação entre a racionalização e os excessos do poder político é evidente. E não deveríamos precisar esperar pela burocracia ou pelos campos de concentração para reconhecer a existência de tais relações. *Mas o problema é: o que fazer com um fato tão evidente? Devemos julgar a razão? Em minha opinião, nada seria mais estéril. Primeiro, porque o campo a ser trabalhado nada tem a ver com a culpa ou a inocência. Segundo, porque não tem sentido referir-se à razão como uma entidade contrária à não-razão. Por último, porque tal julgamento nos condenaria a representar o papel arbitrário e enfadonho do racionalista ou do irracionalista* (grifo meu). Devemos investigar este tipo de racionalismo que parece específico da cultura moderna e que se

⁴² Deleuze já havia apontado para o fato de que toda a filosofia de Foucault pode ser considerada como uma pragmática do múltiplo. Sobre o dualismo da força em sua ontologia genealógica, “Syberberg chega a dizer que a divisão em dois é a tentativa de repartir uma multiplicidade que não é representável sob uma forma única. Mas essa repartição pode apenas distinguir multiplicidades de multiplicidades. Toda a filosofia de Foucault é uma pragmática do múltiplo”. DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo, ed. Brasiliense, 1998, p. 91. É John Rajchman, contudo, quem melhor esclarece o sentido deste elemento pragmático da crítica foucaultiana, opondo-o ao pragmatismo consensual de Rorty e de Habermas: “De que maneira então podemos falar de um pragmatismo em Foucault; o que lhe é peculiar? Inicialmente, deixe-me sugerir três principais características gerais. 1. É um pragmatismo não de consenso mas de problematização. Esta característica conecta-se a uma outra. É um pragmatismo voltado para as margens ou os limites das regularidades que Foucault tentou estudar, através do qual pretende ultrapassá-los, e então pensar de outro modo. 2. Essa problematização relaciona-se, ao mesmo tempo, a um elemento de artifício, de ficção. (...) O que a idéia de ficção supõe, desse ponto de vista, é que existe um artifício anterior no que quer que determine nossa natureza num tempo e lugar, fonte de um tipo de experimentação. Como, então, faz quando alcança essa zona de problematização e artifício em nossa invenções, subsistindo nos limites, na ruptura, daquilo que, na formação do saber e do poder, nos ajuda a fazer de nós mesmos quem somos? Essa é a questão que repousa no âmago do que chamo de pragmatismo de Foucault; 3. A interpretação nunca é suficiente para alcançar tal zona. Nós só a alcançamos na prática. A pragmática de Foucault, portanto, contrasta com a hermenêutica que tenta encontrar, naquilo que dizemos, significados, ao mesmo tempo revelados e escondidos; assim, Foucault tentava projetar um trabalho para ser utilizado, mais do que interpretado”. RAJCHMAN, John. “Foucault pragmático”. In. *Retratos de Foucault*. Rio de Janeiro, Ed. Nau, 2000. pp. 68/69.

origina na *Aufklärung*? Acredito que esta foi a abordagem de *alguns*⁴³ membros da Escola de Frankfurt. Meu objetivo, contudo, não é iniciar uma discussão em seus trabalhos, apesar de serem, na maior parte, importantes e valiosos. Ao contrário, eu sugeriria uma outra forma de investigação das relações entre a racionalização e o poder. *Seria mais sábio não considerarmos como um todo a racionalização da sociedade ou da cultura*, mas analisá-la como um processo em vários campos, cada um dos quais com uma referência a uma experiência fundamental: loucura, doença, morte, crime, sexualidade, etc. *Considero a palavra racionalização perigosa. O que devemos fazer é analisar racionalidades específicas mais do que evocar constantemente o progresso da racionalização em geral*. A despeito da *Aufklärung* ter sido uma fase muito importante da nossa história e do desenvolvimento da tecnologia política, acredito termos que nos referir a processos muito mais remotos se quisermos compreender como fomos capturados em nossa própria história. (...) Por exemplo, para descobrir o que significa, em nossa sociedade, a sanidade, talvez devêssemos investigar o que ocorre no campo da insanidade; e o que se compreende por legalidade, no campo da ilegalidade. E, para compreender o que são as relações de poder, talvez devêssemos investigar as formas de resistência e as tentativas de dissociar estas relações”.⁴⁴

⁴³ Didier Eribon, jornalista e amigo íntimo de Foucault, registra, comentando o encontro entre Habermas e Foucault, marcado pelo evidente “desentrosamento” entre ambos, à época em que Paul Veyne convidou Habermas para um discurso a ser proferido no *Collège de France* em março de 1983, que “Quanto às conferências, Foucault não se dignou comparecer a elas. Nem mesmo à primeira. Estava presente no *Collège*, naquela manhã do dia 7 de março. Veio saudar Habermas, entrando pela porta reservada para os professores, na sala 8 do *Collège de France*, completamente lotada. Mas, aproveitando-se da desordem que reinava antes do início da conferência, eclipsou-se discretamente, e voltou para o seu escritório. O texto dessas conferências constitui os quatro primeiros capítulos do livro que Habermas estava preparando naquele momento, *O discurso filosófico da modernidade*”. ERIBON, Didier. “A Impaciência da Liberdade. (Foucault e Habermas)”. In. *Michel Foucault e seus contemporâneos*. Rio de Janeiro, ed. Jorge Zahar, 1996, p. 170. Mais adiante, reproduz um comentário de Foucault em resposta ao “sentimento de mal-estar que experimentou ao escutar o filósofo alemão”, em que ele assinala que “Entre as duas guerras, a Escola de Frankfurt inquietou a filosofia de instituição, operando um deslocamento das categorias para problemas políticos contemporâneos. Ontem e anteontem, tinha-se a impressão de que o processo de Habermas era inverso: deslocar tudo o que acontece fora da área universitária no campo político, cultural, social para um discurso estabelecido”. Essas últimas linhas reproduzem um comentário do próprio Foucault, em resposta à insatisfação experimentada pelo jornalista que deveria cobrir o evento. *Idem, ibidem*, p. 171.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. “O Sujeito e o Poder”. In. RABINOW, Paul.; DREYFUS, Hubert. *Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1995, pp. 233/234. A estratégia habermasiana de “jogar” os pensadores franceses que seguiram seus caminhos a partir das diferentes influências exercida por Nietzsche em cada um deles no saco de gatos da pós-modernidade, na suposição de que qualquer crítica à razão deva passar ou pressupor necessariamente um culto à irracionalidade, é claramente

A oposição existente entre Foucault e Habermas é muito clara nesse momento. Em seu necrológio, proferido por ocasião da morte de Foucault, Habermas relembra seu encontro com Foucault em Paris: “*I met Foucault only in 1983, and perhaps I did not understand him well. I can only relate what impressed me: the tension, one that eludes familiar categories, between the almost serene scientific reserve of the scholar striving for objectivity on the one hand, and the political vitality of the vulnerable, subjectively excitable, morally sensitive intellectual on the other. I imagine that Foucault dug through archives with the stubborn energy of a detective in hot pursuit of evidence*”⁴⁵.

Sobre a referência de Habermas aos anos 70 localizar o ressurgimento de Nietzsche na França, Didier Eribon observa que “a referência aos ‘anos 70’ para datar o “redescobrimento” de Nietzsche é no mínimo estranha. Georges Bataille morreu em 1962, seu livro sobre Nietzsche data de 1945, e ele já dedicara vários textos importantes ao seu autor predileto nos anos 30. Quanto à *Historie de la folie*, à qual Habermas faz uma clara alusão (‘a força poética dionisíaca’), ela foi redigida, como vimos, entre 1956 e 1960, e publicada em 1961. Mas esses atentados à cronologia são certamente menos graves do que o fechamento de Habermas dentro do contexto alemão, no qual toda a referência a Nietzsche é considerada como suspeita e sempre atribuída às correntes conservadoras”. O autor cita Bordieu, para quem a discrepância entre os campos intelectuais dos países deve sempre ser levada em conta nesses debates: “Como observa Pierre Bourdieu, de um país a outro ‘os textos circulam sem seu contexto; não trazem consigo o campo de produção de que são o produto’, o que é ‘gerador de enormes mal-entendidos’. Bordieu toma precisamente o exemplo da relação com Nietzsche e da oposição entre Foucault e Habermas: ‘Antes de se indignar virtuosamente, com certos alemães, com o uso que certos filósofos franceses (Foucault,

denunciada por Foucault: “Creio que a chantagem que muito freqüentemente se exerce em relação a qualquer crítica da razão, ou a qualquer interrogação crítica sobre a história da racionalidade (ou você aceita a razão, ou cai no irracionalismo), faz crer que não seria possível fazer uma crítica racional da racionalidade, que não seria possível fazer uma crítica racional de todas as ramificações e de todas as *bifurcações* (grifo meu), uma história contingente da racionalidade. Ora, creio que, desde Max Weber, na Escola de Frankfurt e, em todo caso, em muitos historiadores da ciência como Canguilhem, trata-se de destacar a forma de racionalidade que é apresentada como dominante e à qual se dá o *status* da razão para fazê-la aparecer como uma das formas possíveis do trabalho sobre a racionalidade”. FOUCAULT, Michel. “Estruturalismo e Pós-estruturalismo”. In. *Ditos & Escritos*, v. II. Ed. cit., p. 316.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. “Taking Aim at the Heart of the Present”. In. *Critique and Power: Recasting the Foucault/Habermas Debate*. Michael Kelly (org). The MIT Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1994.

Deleuze...) fizeram de Nietzsche, seria necessário compreender a função que Nietzsche – e que Nietzsche? O da *Genealogia da moral* para Foucault – cumpriu em um campo filosófico dominado, do lado da universidade, por um existencialismo subjetivista-espiritualista (...). Foi assim que, em seu esforço para opor a um racionalismo a-histórico uma ciência histórica das razões históricas (com a idéia de ‘genealogia’ e uma noção como a de *episteme*), Foucault contribuiu para aquilo que pode parecer, visto da Alemanha, onde Nietzsche tem um sentido completamente diferente, como uma *restauração do irracionalismo* contra o qual Habermas, entre outros, constituiu o seu projeto filosófico”⁴⁶.

Não existe, portanto, uma “recusa da razão” por parte de Foucault; existe, sim, uma crítica racional às formas históricas de racionalidade, desenvolvida a partir de pressupostos metodológicos inteiramente novos (o nominalismo histórico de sua pragmática crítica o demonstra suficientemente). Não devemos depreender, nesse criticismo histórico-pragmático de Foucault, alguma coisa que seria da ordem de um niilismo⁴⁷ nostálgico, perpassado por uma espécie de irreprimível irracionalismo dionísio, animado pelo sopro da crítica nietzschiana da razão, tal como supõe Habermas, que identifica toda a trajetória filosófica de Michel Foucault à uma filosofia do “outro da razão”⁴⁸. Habermas estaria certo em seu diagnóstico se o limitasse ao primeiro grande livro de Foucault, *História da Loucura*, um estudo arqueológico das práticas discursivas que submeteram a

⁴⁶ Pierre Bourdieu, “Les conditions sociales de la circulation internationale des idées”, *Romanistische Zeitschrift für Literaturgeschichte/Cahiers d'histoire des littératures romanes*, Friburgo, ano 14, nº 1-2, 1990, p.1-10, *apud* ERIBON, Didier. “A Impaciência da Liberdade (Foucault e Habermas)”. In. *Michel Foucault e seus contemporâneos*. Ed. cit., pp. 171/172.

⁴⁷ Segundo Rajchman, “Foucault foi rotulado de muitas coisas que ele próprio se recusou a admitir que fosse: estruturalista os pós-estruturalista, irracionalista, relativista, anarquista, niilista. (...) O nome filosófico que eu daria a esse projeto não é niilismo mas ceticismo. Foucault é o grande cético de nosso tempo. É cético acerca das unidades dogmáticas e das antropologias filosóficas. É o filósofo da dispersão e da singularidade”. RAJCHMAN, John. *Foucault: a liberdade da filosofia*. Rio de Janeiro, ed. Jorge Zahar, 1987, p. 8.

⁴⁸ Tal criticismo não tem nada de “cético”, pois, como muito bem coloca Hilton Japiassu, “a processualidade do saber, quer científico, quer filosófico, de forma alguma vem denegrir a ciência e a filosofia. Pelo contrário, vem reconhecer seu verdadeiro estatuto. Sé se sentem denegridos os cientistas e filósofos obtusos e dogmáticos. Porque, no fundo, não querem ver morrer seus ídolos. E tudo isso nada tem a ver com ceticismo. O cético simplesmente não acredita na possibilidade do conhecimento. Aqui se trata apenas de revelar os limites do conhecimento, nunca de negar sua possibilidade. Se o conhecimento é uma miséria ordinária, ainda assim vale como miséria ordinária. A paranóia começa quando nele se vê o reino da abundância”. JAPIASSU, Hilton. *Questões Epistemológicas*. Rio de Janeiro, ed. Francisco Alves, 1983, pp. 35/36. A crítica de Foucault a respeito do potencial explicativo das ciências humanas, sejam elas pretensamente “objetivas” ou hermenêuticas, não tem nada de irracional, pois está radicada numa analítica arqueológica dos saberes modernos, numa analítica genealógica das tecnologias disciplinares. O

experiência originária, trágica da loucura, à soberania objetivadora do discurso racional, associando-a, no classicismo, à “desrazão”, a uma experiência situada no exterior das fronteiras do *cogito* racional, para se transformar, na modernidade, numa dimensão co-extensiva do homem, do homem alienado de si mesmo por uma loucura que o faz estrangeiro em relação a sua própria qualidade humana, no final do século XVIII, através da psicologização da loucura por Pinel e Esquirol.⁴⁹

Foucault, assim como Adorno, Nietzsche, Weber e o último Heidegger, fará uma leitura, uma análise histórica das formas mediante as quais fomos sendo capturados, sujeitados, objetivados por tecnologias racionais, políticas e jurídicas voltadas para a direção racional da vida da espécie em nome da segurança, da prosperidade, do domínio progressivo sobre a natureza ou, no caso das técnicas biopolíticas de governo, do bem-estar dos indivíduos e das populações em geral. Veremos, ao longo dessa dissertação de mestrado, de que forma Foucault abandona seu projeto arqueológico inicial, voltado exclusivamente para as regras de criação e transformação dos “discursos sérios” (ciências), isolados em conjuntos de enunciados, em si mesmos podendo englobar várias disciplinas, considerados a partir do interior de suas próprias relações (e revelando sob essas grandes unidades de discurso⁵⁰ seu campo autônomo de manifestação e atuação) internas de enunciação, para conectá-la à uma genealogia das práticas sociais,

exame é a forma de poder-saber das sociedades industriais, matriz político-institucional das ciências do homem.

⁴⁹ Habermas, em seu texto “O horizonte da modernidade está se deslocando”, buscando empreender uma visão sistemática de conjunto sobre os modos pelos quais a filosofia moderna vem se transformando, é muito reducionista quando trata de situar a aposta filosófica de Foucault em seu “horizonte”. Somente alguém preocupado em realizar o enfadonho papel do racionalista poderia situar a totalidade da filosofia foucaultiana na rubrica de uma filosofia do “outro da razão”, *in verbis*: “Os conceitos céticos de razão tiveram um efeito terapêutico sobre a filosofia, desencantando-a e confirmando-a na sua função de *guardiã da racionalidade* (grifo meu). De outro lado, porém, difundiu-se também uma crítica radical à razão, a qual não somente protesta contra a transformação do entendimento em razão instrumental, como também identifica a razão em geral com “repressão” (sic!), procurando, a seguir, de modo fatalista ou extático, encontrar refúgio em algo totalmente Outro”. HABERMAS, Jürgen. “O horizonte da modernidade está se deslocando”. In. *Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 1990, p. 16.

⁵⁰ Sobre os discursos “sérios” como objetos da análise arqueológica semi-estruturalista, Rabinow e Dreyfus, no prefácio da obra sobre Foucault já citada, estabelecem que “As práticas discursivas são distinguidas dos atos de fala da vida cotidiana. A Foucault interessa apenas o que chamamos atos de fala sérios: os que os peritos dizem quando falam como peritos. E, além disso, ele restringe suas análises aos atos de fala sérios das ‘dúbias’ disciplinas que vieram a ser chamadas ciências humanas”. RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert. *Op cit.*, p. XX. A teoria do discurso habermasiana, ao contrário, dirige-se às normas ideais de uma ética do discurso, desenvolvida posteriormente numa teoria procedimental da democracia. Todos os discursos, segundo Habermas, seriam dotados de pretensões de validade, co-constitutivas do próprio discurso, consistente na

históricas e políticas que funcionam como condição de possibilidade extra-discursiva das ciências. O projeto arqueológico será mantido em sua metodologia genealógica ao tomar os discursos das ciências do homem como “discursos-objetos”, promovendo um verdadeiro distanciamento em relação aos tipos de saber que impregnam nossas culturas, nossa vontade de saber (Foucault, o antropólogo da modernidade, da antropologia).

De todo modo, é muito clara a vinculação do positivismo analítico de Foucault com a crítica dialética-negativa da razão formulada por Adorno e pelos representantes da tradição da primeira geração frankfurtiana. É no interior da configuração histórica específica da filosofia das Luzes que os filósofos, os “sismógrafos”, amantes, pretendentes da sabedoria se reúnem para lutar com seus rivais. Essa dissertação de mestrado busca localizar a especificidade da dimensão crítica que Foucault é capaz de fornecer à filosofia do direito. Entender, historicamente, como surgem os discursos que articulam nossas identidades, dispersos em formas de saber/poder, em práticas sociais que estão por detrás de nossa constituição como sujeitos do que pensamos, dizemos e agimos.⁵¹ A transformação da crítica é reduzida aqui ao confronto Habermas/Foucault, e é atravessada, premida por uma questão fundamental:⁵² “qual o tipo particular de

afirmação de pretensões de validade, correção ou veracidade, ligados ao *entendimento* como dimensão finalística de todos os discursos que podem se dar entre dois ou mais interlocutores.

⁵¹ Sobre as relações existentes entre a genealogia dos saberes com a história tradicional das ciências, com a problemática das Luzes a partir da concepção antropológica, finalística de Razão que ambas pressupõem, Foucault diz que “em contraste com a história das ciências, a genealogia dos saberes se situa num eixo que é diferente, o eixo discurso-poder ou, se vocês preferirem, o eixo prática discursiva-enfrentamento de poder. Ora, parece-me que, quando a aplicamos a esse período privilegiado por carradas de razões, que é o século XVIII, quando a aplicamos a essa área, a essa região, a genealogia dos saberes tem primeiro que dismantelar, antes de mais nada, a problemática das Luzes. Ela tem de dismantelar o que na época (e, aliás, no século XIX e ainda no XX) foi descrito como o progresso das Luzes, a luta do conhecimento contra a ignorância, da razão contra as quimeras, da experiência contra os preconceitos, dos raciocínios contra o erro, etc. Tudo isso, que foi descrito e simbolizado como a caminhada do dia dissipando a noite, é disso que é preciso, acho eu, livrar-se”. FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1999, p. 214.

⁵² Paul Rabinow, em texto já citado sobre o debate Habermas/Foucault, assim situa o “debate impossível” trabalhado pela presente dissertação: “Duzentos anos atrás, em 1784, Kant respondeu à questão formulada por um jornal de Berlim: ‘O que é Iluminismo?’ equacionando-o à obtenção de maturidade através do uso da razão. Desde então, o significado desta asserção tem sido debatido periodicamente. Hoje esta questão foi novamente posta na arena pública pelos dois pensadores que poderiam ser legitimamente chamados de herdeiros do debate, porque representam duas maneiras igualmente sérias e persuasivas de reinterpretar a vida filosófica através da compreensão da relação entre a razão e o momento histórico”. RABINOW, Paul. “O que é maturidade? Habermas e Foucault sobre ‘O que é Iluminismo?’” In. *Antropologia da Razão*. Ed. cit., p. 55.

crítica à legalidade positivista que podemos desenvolver a partir da filosofia crítica de Michel Foucault”?⁵³

Segundo essa perspectiva, toda a filosofia tradicional do direito, toda teoria clássica e moderna do direito e do Estado funcionaram como discursos logocêntricos de justificação da necessidade de obediência aos poderes instituídos. As questões relativas ao abuso do poder, à delimitação da soberania constituída, amplamente desenvolvidas pelo liberalismo político, assim como pelos desdobramentos mais contemporâneos da filosofia jurídica, não escapam desta lógica. Os juristas desempenharam bem seu papel de servidores, aliados ou inimigos do rei. Passagem, portanto, de uma filosofia “instituída” do direito para uma filosofia crítica, para uma analítica pragmática das formas de resistência, de sua morfologia institucional, operando em torno de seus limites, de suas possibilidades, de suas transformações possíveis. Como diz Deleuze, referindo-se aos trabalhos de Ewald nessa área, enfim, uma “nova filosofia do direito”⁵⁴, não limitada, não simplesmente determinada pelo conjunto histórico específico formado por nossas práticas jurídicas discursivas e institucionais de enunciação do juízo objetivo, instância arqueológica de formação de todas as “teorias da justiça” de que uma época é capaz. Devemos fazer a história do presente, promover uma analítica crítica sobre as relações complexas existentes entre as várias tecnologias de governo, entre as técnicas de poder/saber não monopolizadas, não monopolizáveis pelo mecanismo jurídico da soberania.

Enfim, situar o funcionamento das técnicas jurídicas de dominação na complexa rede de instituições constituída pelas práticas de governo do Estado moderno, pelos desdobramentos de um poder que não tem nada de irracional, onde é assumido, de uma vez por todas, em detrimento das filosofias instituídas do direito, sua dimensão eminentemente positiva, produtiva, em que as ordens de repressão funcionam apenas num nível secundário. A transformação da filosofia institucional, acadêmica, preocupada com os procedimentos lógicos de auto-

⁵³ Cf. “Para um positivismo crítico: Michel Foucault e a filosofia do direito”. In. *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa, ed. Vega, 2000. Cf., também, FONSECA, Marcio Alves. “A Positividade da ‘Atitude Crítica’”. In. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo, ed. Max Limonad, 2002.

⁵⁴ “Esse livro (*Foucault*) é então um apelo para prosseguir o trabalho, apesar das tentações atuais de retrocesso? Talvez, mas já existe um Centro Foucault onde se reúnem aqueles que trabalham em certas direções ou seguindo métodos próximos a Foucault. Um livro recente como o de François Ewald, *L’État-providence*, é profundamente original (finalmente uma nova filosofia do

referenciação legitimadora do Direito (os positivismos jurídicos de um modo geral), com as vias formalistas do legalismo e suas formas de racionalidade, com a especificidade própria da “lógica jurídica” (*Nova Retórica*), com as razões “a-históricas” do “fenômeno” jurídico, numa analítica jurídica do presente, tudo isso será objeto de considerações ao longo deste trabalho.

1.2

Foucault e a Filosofia do Direito: Uma filosofia crítica das práticas históricas do Juízo Objetivo:

“Es curioso notar que el filósofo idealista parangona y asimila el espíritu y el Estado, y el positivista moderno identifica y compara el organismo fisiológico a la sociedad política”.⁵⁵

Já sabemos, pelo que podemos depreender das considerações expendidas acerca da especificidade crítica dos trabalhos de Michel Foucault, que suas relações com a possibilidade de uma nova filosofia do direito voltada, essencialmente, para a historicidade própria das práticas jurídicas, para a *problematização* daquilo que, numa dada sociedade, faz com que certas práticas sociais sejam definidas, compreendidas, aplicadas e operacionalizadas como práticas⁵⁶ *de direito*, que a aplicação dos métodos arqueológicos e genealógicos ao direito importa, antes de mais nada, em tomar o direito, assim como as dimensões sociais de saber e poder a ele associadas como um conjunto historicamente formado por práticas discursivas e extra-discursivas de poder/saber.

A modernidade vive o tempo arqueológico da *analítica da finitude*, o que importa na necessidade de abandonarmos a perspectiva universal-discursiva de saber dentro da qual o jurista (e o filósofo do direito) tradicionalmente se situa. Importa também o abandono da perspectiva segundo a qual tomamos

direito) e ao mesmo tempo não seria possível sem Foucault”. DELEUZE, Gilles. “Rachar as Coisas, Rachar as Palavras”. In. *Conversações*. Rio de Janeiro, Ed. 34, 1992, p. 106.

⁵⁵ SICHES, L. Recaséns. “La idea platónica de justicia”. In. *Antología*. México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 8.

⁵⁶ “O nome de direito serve para qualificar certas práticas: práticas normativas, práticas de coerção e da sanção social, sem dúvida, prática política certamente, prática da racionalidade também. (...) Desembocamos assim numa posição positivista muito mais radical que a de Kelsen, porque

filosoficamente o direito a partir de uma *idéia*⁵⁷, assim como uma certa concepção crítica do direito, correlata aos abstrativismos da filosofia jurídica que o rebate numa concepção absoluta ou a-histórica da justiça como igualdade, em relação a qual o direito positivo deveria aproximar-se, referenciar-se. Na verdade, tal seria, grosso modo, o papel representado pelo direito natural antigo e moderno: formular uma reflexividade teórica essencial às práticas jurídicas que as reduplicassem, fazendo-as referirem-se à uma realidade supra-legal ou meta-jurídica que o direito positivo deveria sancionar, respeitar, reduplicar no interior de sua própria positividade.

Segundo Ewald, o programa de uma filosofia jurídica derivada dos trabalhos críticos de Michel Foucault deveria ocupar-se com o discernimento histórico das racionalidades próprias às regras do juízo jurídico, não enunciáveis por nenhuma instância em particular, mas funcionando como instância racional-normativa de todas as enunciações jurídicas passíveis de serem produzidas por uma dada sociedade num determinado período de sua história.⁵⁸ Segundo esse autor, o direito não é uma realidade pré-existente em relação às práticas discursivas que buscam abordá-lo sob uma racionalidade qualquer; ao contrário, ele não pode funcionar sem a produção e circulação de um conjunto teórico que o

nominalista”. EWALD, François. “Direito e História”. In: *Foucault, a Norma e o Direito*. Ed. cit., p. 160.

⁵⁷ Recaséns Siches nos fornece um belo exemplo dessa tendência: “El contenido de las nociones es particular y contingente; se refiere a un algo: la universalidad no puede hallarse en él, concreto por naturaleza, sino en la forma, condición necesaria y trascendental de toda experiencia y pensamiento, y que los hace posibles y aptos para llegar a descubrir en ellos su universalidad, de onde también se explica que la ciencia sea posible. (...) La universalidad del concepto no puede darle su contenido concreto, sino la forma lógica trascendente bajo la cual es pensado y que es a su vez la condición de todos los demás pensamientos posibles. La forma lógica del Derecho nos debe dar aquel universal que nos determina, cuando examinamos proposiciones jurídicas concretas (de Derecho natural o positivo), que estamos ante algo jurídico”. SICHES, L. Recásens. “Características del Concepto Genérico del Derecho”. In: *Antología (1922-1974)*. México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 9.

⁵⁸ Sobre o tipo de racionalidade ao qual obedece o juízo jurídico a partir da historicidade que a atravessa, como objeto privilegiado de uma filosofia foucaultiana das práticas jurídicas, entendidas como práticas históricas de enunciação do juízo objetivo, Ewald afirma que “Este tipo de racionalidade define a regra de juízo de uma certa ordem jurídica, o princípio de sua ‘jurisdição’. O estudo da regra e das suas transformações – entenda-se, não uma regra que seria enunciada por uma instância, mas aquilo que regula o juízo de todas as instâncias, não pois algo que se aplica, mas aquilo através de que se julga -, tal poderia ser precisamente o objeto da filosofia do direito, na perspectiva dos trabalhos de Michel Foucault”. EWALD, François. “Para um positivismo crítico: Michel Foucault e a filosofia do direito”. In: *Foucault, a Norma e o Direito*. Ed. cit., p. 62. Todavia, como pretenderei mostrar nessa dissertação de mestrado, tal perspectiva está longe de esgotar todo o rico campo de estudos que poderíamos desenvolver partindo do legado crítico-filosófico de Foucault. Nesse sentido, é indispensável para nós a situação das práticas tecnológicas do direito como práticas de dominação inscritas na complexa rede positiva formada pelas práticas de subjetivação produzidas pelos dispositivos de poder.

faz refletir-se numa instância que o torna possível, numa *veridicção* própria aos mecanismos de *jurisdicção* que definem as práticas jurídicas numa determinada época. Nesse sentido, é próprio da filosofia do direito enunciar o *Direito do direito*, produzir um espaço essencial de reflexão do direito sobre si próprio. O que Ewald faz é alinhar essa auto-reflexividade das práticas jurídicas à historicidade própria das regras de juízo objetivo que as exprimem: “A idéia da regra de juízo pode exprimir-se pela fórmula de que não existe direito (positivo) sem um direito do direito (o tipo de racionalidade através do qual se refletem as práticas do direito positivo)”.⁵⁹

Essa consideração das práticas discursivas e extra-discursivas do direito a partir da historicidade de seu funcionamento em nossas sociedades marca mais um diferencial, mais uma impermeabilidade da crítica positiva, de ultrapassagem possível dos limites daquilo que para nós é tido como necessário e universal, da crítica negativa dos limites geradas pelo Pragmatismo transcendental de Habermas. De fato, se para este a questão crítica do direito⁶⁰ é colocada por referência à sociedade, no seio das tradições legadas pela sociologia jurídica, em Foucault é a história, e não a sociedade, que desempenha a função crítica primordial a partir da qual a problematização pragmática em torno do

⁵⁹ *Idem, ibidem.*

⁶⁰ O enfoque crítico sobre o direito pode assumir várias funções e proporções, em relação à sua metodologia especificamente crítica. O marxismo, como discursividade crítica, foi gerador de inúmeras possibilidades alternativas para o pensamento e para a ação. Para um excelente exemplo de uma “crítica-dialética” do direito, do Poder Judiciário brasileiro centrada sobre a construção-desconstrução do imaginário popular em torno da instituição pela mídia nas últimas décadas, em perfeita correlação com os interesses da classe dominante, cf. MACCALÓZ, Salette Maria Polita. *O Poder Judiciário, os Meios de Comunicação e Opinião Pública*. Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris, 2002. “A leitura, aqui chamada de crítico-dialética, e o método de trabalho adotado, que significa analisar o fato e examiná-lo à luz do interesse mais abrangente, porém extraído das situações individuais. Não o interesse imposto pela ideologia da classe dominante, mas aquele que orientaria a população para uma qualidade de vida melhor, com valores mais adequados a sua posição no contexto social. A) A crítica será sempre no seguinte sentido: a Justiça estaria mais coerente com a sua própria designação se utilizasse regras e normas elaboradas pela própria população, em espaço maior de liberdade. Como está, é apenas a instituição que cumpre um papel estabelecido pela classe dominante, visando reforçar seu modelo econômico. Se esse modelo não atende aos interesses de todas as classes e camadas sociais, por que elas aceitam uma justiça que não as contempla? Para nós, é esta análise que realiza o pensamento crítico do conteúdo e do funcionamento das instituições no tema ora proposto (...). Este modelo teórico, usado como contraponto da realidade analisada, prioriza o homem e tudo o que permite a sua realização integral, visto esse homem como a generalidade, ou seja, todos os homens. (...) Ainda na parte sobre a ‘crítica’ vamos em busca da análise reflexiva, que ‘Consiste em remontar do conhecimento às condições que o tornam eventualmente legítimo’, no que foi possível aprender de Kant. (...) B) Nossa dialética, como método, é aquela já consolidada, em suas linhas mestras, pelo chamado materialismo histórico, aliada à análise crítica para perceber onde ela própria falha ou radicaliza. (...) Poder-se-ia dizer que não há diferenças entre a análise crítica e o método dialético. Usaremos

funcionamento estratégico do dispositivo jurídico encontra-se ligado ao estudo da efetividade, do funcionamento de nossas grandes economias de poder ligadas às técnicas de subjetivação.⁶¹

Ademais, a inadequação da categoria “sociedade” como referencial crítico para o direito em Foucault passa pela crítica genealógica dirigida às ciências humanas, ao seu potencial explicativo da realidade social, pois se elas se encontram ligadas indissolivelmente ao conjunto dos dispositivos disciplinares que a tornaram possível numa sociedade como a nossa, se se constituem numa forma de saber oriunda da matriz do exame, das formas disciplinares de coerção sobre os corpos, o jogo de seus enunciados chega mesmo a ser inseparável das tecnologias de poder no interior da qual somos constituídos, o que a torna incapaz de problematizar sua própria origem institucional de poder. É portanto a história, ou mais exatamente, a historicidade própria das práticas racionais de jurisdição produzidas no interior de nossas ordens jurídicas, de suas relações com outras ordens produtivas de dominação não-jurídicas, trabalhadas sob o método crítico arqueológico-genealógico de Foucault que nos permitirá dar conta da efetividade, da positividade de seu funcionamento produtivo entre nós, através de nós.

A Metodologia do direito, como parte da filosofia jurídica voltada para o estudo das formas de produção, integração, aplicação e interpretação do direito, das dimensões normativas e discursivas que o constituem (lei, doutrina e jurisprudência) como práticas jurídicas, deverá, doravante, rebater-se arqueologicamente, ou seja, ao nível da objetivação dos discursos segregados por estas práticas, naquilo que Foucault chama de analítica da finitude, e genealogicamente nas relações produzidas e sempre móveis com o conjunto formado pelas demais táticas de poder que nos constituem como sujeitos do que somos em áreas vitais da experiência, que nos ligam a uma certa interioridade subjetiva, à uma identidade indissociável das formas de saber suscitadas pelas relações de poder. Desenvolver minudentemente essas considerações de programa

a primeira quando se tratar de mera análise de textos e pesquisas, e a Segunda, quando estivermos examinando as causas e efeitos dos fatos apontados”. *Idem, ibidem*, pp. 2/6.

⁶¹ “Para uma ordem jurídica dada, o ‘direito’ encontra-se menos nos enunciados normativos que nas regras que os constitui como jurídicos. Isso explica a radical impotência de uma sociologia no que respeita à abordagem do direito. Como bem viu Kelsen, aquilo que há de jurídico nas práticas do direito não é da ordem do fato. Mas, ao contrário de Kelsen, na perspectiva de Michel Foucault, a regra de juízo não está na base da pirâmide; trata-se antes de uma maneira de pensar, de um jogo de categorias, ao mesmo tempo transcendentais e históricas, que determinam que certas práticas sociais do juízo sejam jurídicas, na medida em que aceitam sua coerção”. *Idem, ibidem*, pp. 62/63.

extravasaria os limites desta dissertação; trata-se, ao contrário, de estabelecer apontamentos ou considerações metodológicas de programa a serem aproveitadas e desenvolvidas ulteriormente, oportunamente.

Ademais, para uma melhor compreensão dos desenvolvimentos elaborados por Ewald relativamente à possibilidade de uma filosofia do direito ancorada na trajetória crítica de Michel Foucault, faz-se necessário um estudo mais pormenorizado sobre as três grandes contribuições de Foucault, representados pelos três grandes registros de sua analítica pragmática: o saber ou as formas de saber (arqueologia), o poder (genealogia) e o sujeito como autoconstituição de si (estética da existência). Somente partindo do estudo das “passagens”, dos deslocamentos efetuados entre essas três grandes ontologias pragmáticas foucaultianas, sempre procurando relacioná-las à viragem crítica elaborada em face da filosofia moderna e, mais especificamente, em face da Teoria crítica da sociedade em sua versão habermasiana, poderemos chegar à uma boa compreensão da perspectiva dentro da qual se situam os trabalhos de François Ewald. Afinal de contas, devemos-lhe o mérito do pioneirismo em articular de forma elaborada as colocações transversais de Foucault em relação ao direito, o que por si só garante seu lugar nesta dissertação de mestrado. Em outras palavras, para entendermos devidamente o papel da filosofia do direito a partir do jogo das economias de poder, do funcionamento tático dos dispositivos de poder/saber em nossas qualidades ontológicas e antropológicas de sujeitos de conhecimento e auto-conhecimento, deveremos primeiramente estudar o tratamento arqueológico dirigido às ciências humanas, o que nos permitirá criticar o uso filosófico, reconstrutivista de Habermas em relação aos últimos desenvolvimentos de certas ciências sociais, sejam elas empíricas ou hermenêuticas.