

SUBJETIVIDADE E METAMORFOSE: PROBLEMATIZANDO OS DIREITOS SUBJETIVOS

Gabriela Maia Rebouças*

João Freitas de Castro Chaves**

RESUMO

Imersos no espaço da filosofia e teoria do direito, pretendemos confrontar Michel Foucault com a idéia de direito subjetivo num jogo de imagens cortadas, em que conceitos do filósofo sejam manejados de modo a suscitar dúvidas sobre a inevitabilidade dos direitos subjetivos como forma-padrão de direito moderno. Nesses deslocamentos forçados e talvez infames, podem surgir novas imagens em metamorfose, sendo nosso objetivo a explicitação desse caminho. Por meio do exame de três momentos teóricos ou exercícios de pensamento, associáveis aos períodos canonicamente estabelecidos para a divisão da obra de Michel Foucault (arqueologia, genealogia e ética), defendemos a possibilidade de questionar alguns aspectos referentes à teoria clássica sobre o direito subjetivo, mostrando suas limitações enquanto conceito moderno. No primeiro momento, observamos que os direitos subjetivos podem ser situados como resultado dos duplos (empírico-transcendental, *cogito*-impensado e recuo-retorno à origem) mencionados por Foucault em *As palavras e as coisas*, apresentando as mesmas limitações do seu conceito de homem. Num segundo momento, salientamos que, no Michel Foucault de *Em defesa da sociedade*, não há espaço para um direito organizado a partir de direitos subjetivos, pois, para o autor, não existiria um campo jurídico dotado de autonomia. Por fim, como terceiro e último exercício, concluímos pela incompatibilidade entre a noção moderna de sujeito, essencial para pensar os direitos subjetivos, e as práticas de si descritas por Foucault em *A hermenêutica do sujeito*. Durante todo esse percurso filosófico, a imagem literária da metamorfose, extraída de Franz Kafka, serve como guia e inspiração para a busca de

* Mestre em Direito pela UFC (Universidade Federal do Ceará) e Doutoranda em Direito pela UFPE (Universidade Federal de Pernambuco). Professora da UNIT/SE (Universidade Tiradentes).

** Mestre em Direito pela UFPE (Universidade Federal de Pernambuco). Professor da UNICAP (Universidade Católica de Pernambuco).

novos conceitos capazes de descrever uma futura realidade jurídica. Em síntese, conclui-se pela impropriedade de um modelo de direitos subjetivos para compreender o anseio pós-moderno por uma metamorfose do agir ético no direito.

PALAVRAS CHAVES: DIREITOS SUBJETIVOS; MICHEL FOUCAULT; TEORIA DO DIREITO.

RÉSUMÉ

Imergés dans l'espace de la philosophie et de la théorie du droit, nous voulons confronter Michel Foucault avec l'idée de droit subjectif dans un jeu d'images coupées, dans lequel les concepts du philosophe soient maniés pour susciter doutes sur l'inevitabilité des droits subjectifs comme forme typique du droit moderne. Au milieu de ces glissements forcés et parfois infâmes, peuvent apparaître des nouvelles images en métamorphose; d'abord, notre but est expliciter ce chemin. Par l'examen de trois moments théoriques ou exercices de la pensée associables aux périodes classiquement établis pour la division de l'oeuvre de l'auteur (archéologie, généalogie et éthique), nous défendons la possibilité de questionner quelques aspects concernant à la théorie classique du droit subjectif, pour montrer ces limitations comme concept moderne. Dans un premier moment, nous observons que les droits subjectifs peuvent être situés comme le résultat des doubles (empirique-transcendental, *cogito*-impensé, recul-retour à l'origine) mentionnés par Foucault dans *Les mots et les choses*. Au deuxième moment, nous remarquons que, dans le Michel Foucault du cours *Il faut défendre la société*, il n'y a pas du espace pour un droit organisé à partir des droits subjectifs, parce que, pour cet auteur, c'est impossible penser à un champ juridique autonome. À la fin, comme troisième et dernier moment, nous concluons pour l'incompatibilité entre la notion moderne de sujet, essentiel pour penser les droits subjectifs, et les pratiques du soi bien décrits par Foucault au cours de *L'herméneutique du sujet*. Pendant ce parcours philosophique, l'image littéraire de la métamorphose, extrait de Franz Kafka, est le guide et l'inspiration pour la recherche des nouveaux concepts capables de mieux décrire une future réalité juridique. En synthèse, nous concluons qu'un modèle de droits subjectifs n'est pas capable de comprendre le désir post-moderne pour une métamorphose de l'action éthique dans le droit.

MOTS-CLÉS: DROITS SUBJECTIFS; MICHEL FOUCAULT; THÉORIE DU DROIT.

Introdução a sonhos, sonos e metaformose: o homem na singularidade de Gregor Samsa

Este artigo pretende problematizar os direitos subjetivos por exercícios foucauldianos imaginários, numa superposição entre cenários de ficções diferentes, mas que nos impelem a questionar uma realidade: é possível sustentar, hoje, a subjetividade moderna e com ela os direitos subjetivos?

Com isso, firmamos alguns pontos de partida: (i) a modernidade construiu um projeto de homem que se faz com base numa subjetividade solipsista, universal, autônoma e soberana, numa alusão ao que chamamos, com a ajuda de Foucault, de sono antropológico; (ii) o direito moderno, sendo a um só tempo finalidade e fundamento, reforça esta perspectiva na construção da idéia de direitos subjetivos, que encerra uma contradição intrínseca: como o direito, produto cultural, histórico, volitivo, criação, escolha pode ser estabelecido por alguma natureza, inerente ao homem e, portanto, fazendo parte ou tornando-se sua própria essência? Na esteira de uma certa concepção contratual de Estado, imersos no sono antropológico, construímos alguns sonhos: o sonho dos direitos naturais, dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais; (iii) mas, numa perspectiva arqueológica, a história e, com isso, o próprio conhecimento, não são frutos de uma evolução necessária, não são contínuos e não conduzem necessariamente ao progresso - o conhecimento (e aqui pensamos nas ciências humanas, como o direito e a filosofia), escavado numa história formada pelos “jogos de verdade”, deve ser pensado como saberes em relação direta com os poderes; por isso, o caráter discricionário que conferimos a esta concepção de subjetividade que colocamos em xeque – o acordar; e (iii) que há maneiras diferentes de se pensar a subjetividade e caminhos outros a se perseguir a liberdade, nenhum deles definitivo - metamorfose.

Nesse contexto, optamos por usar como ferramenta o pensamento de Michel Foucault, tanto em suas críticas a uma série de “verdades” que estruturariam a

modernidade, o que nos faz colocar a pergunta de início, quanto em suas proposições por um sujeito que experimenta, além dos efeitos das relações de poder, sendo por estas relações assujeitado, também os efeitos do domínio de si, um sujeito que se dobra em cuidado consigo e que se constitui, desdobra-se.

É certo que Foucault não tematizou os direitos subjetivos. Podemos afirmar inclusive que só tematizou o direito marginalmente (FONSECA, 2002; CHAVES, 2006), não sendo comumente reconhecido como um pensador do direito, apesar da penetração de obras como *Vigiar e punir* e *A verdade e as formas jurídicas*. É um autor que exige cautela e que aparece então de maneira transversal, porque se a nós o direito é o mote central, a ele o direito era mais uma das estratégias das relações de poder. Mas em seus deslocamentos, e sendo na temática dos direitos subjetivos deslocado, serve ao propósito: provocar uma metamorfose.

Em síntese, pretendemos confrontar Foucault com a idéia de direito subjetivo num jogo de imagens cortadas, em que conceitos do filósofo sejam manejados de modo a suscitar dúvidas sobre a inevitabilidade dos direitos subjetivos como forma-padrão de direito. Nesses deslocamentos forçados e talvez infames, podem surgir novas imagens em metamorfose, sendo nosso objetivo a mera explicitação desse caminho. Por meio de três momentos teóricos ou exercícios de pensamento, associáveis aos períodos canonicamente estabelecidos para a divisão da obra do autor (arqueologia, genealogia e ética), os direitos subjetivos caem em Foucault, como o Gregor Samsa de Kafka em sua monstruosidade¹.

Primeiro exercício: 1966, *As palavras e as coisas*, os direitos e os duplos

A denominada arqueologia de Michel Foucault está longe de ser um projeto fechado do autor, pelo qual pretendesse criar um modelo único de compreensão da história do pensamento ocidental que sirva para toda a vida. Pelo contrário, Foucault rejeita essa idéia ao esclarecer que seu “método” dos anos 60 era apenas uma das várias abordagens possíveis para o cumprimento de seus objetivos. Seria apenas um meio de

¹ A nossa alegoria está baseada na obra de ficção de Franz Kafka – *A metamorfose*, que inicia assim: “Certa manhã, depois de despertar de sonhos perturbados, Gregor Samsa encontrou-se em sua cama metamorfoseado num inseto monstruoso”. A aproximação entre Kafka e Foucault está ricamente desenvolvida na coletânea de artigos/conferências intitulada *Kafka, Foucault: sem medos*, coordenada por Edson Passetti. (2004).

desvelar algo oculto, que estaria encoberto por uma série de discursos oficiais e não apareceria na sua positividade radical. Ou, na síntese do próprio autor, a abordagem arqueológica tornaria possível reconstituir um certo sistema geral de pensamento enquanto jogo de opiniões, para descobrir a rede de condições de possibilidade do surgimento de saberes historicamente explicáveis (FOUCAULT, 1966, p. 89).

O “positivismo feliz” de Michel Foucault, idéia consagrada em *A arqueologia do saber* (1969, pp. 164-165), é a tentativa de descobrir em fragmentos de discursos levados a sério num certo momento histórico e em experiências isoladas de vida – como a dos “homens infames”, que desafiam as expectativas de uma normalidade (2001, pp. 237-253). Com isso, Foucault quer descobrir toda uma *episteme* de época e, mais além, os modos de sua constituição nos discursos.

Em *História da loucura*, a transição entre a “nau dos insensatos” para os manicômios de internamento na Idade Clássica revela uma apreensão discursiva radicalmente nova da loucura, que desde então cai no campo de atuação de uma difundida lógica da norma social (FOUCAULT, 1972, pp. 65-68). Em *Nascimento da clínica*, é o próprio conceito de doença e saúde que está em jogo; ao observar as inovações trazidas por Bichat e outras autoridades científicas do século XVIII, Foucault não se preocupa em deduzir verdades, mas em perceber os deslocamentos de formações discursivas que permitiram o surgimento do próprio conceito de normalidade e patologia (FOUCAULT, 1963, pp. 133-142; CANGUILHEM, 2002, pp. 95-106). Ou seja, não se busca a verdade científica de uma *episteme* passada enquanto *documento* a ser analisado, mas como *monumento* que condiciona nossas formas atuais de conhecer e representar o mundo (1969, pp. 181-182). Do sujeito absoluto ao sujeito fruto de uma *bricolage* de saberes dispersos no tempo.

É nessa esteira que se desenvolve *As palavras e as coisas*, obra de Foucault lançada em 1966 com o objetivo confesso de descobrir o *a priori* histórico e as transformações discursivas que, em sua positividade, levaram ao surgimento das ciências humanas e, ainda, ao surgimento “dessa estranha figura do saber chamada ‘homem’” (1966, p. 13 e 16).

Como visto em momento anterior, Foucault identifica na Idade Clássica o surgimento de uma era da representação, em que a ordem das coisas é condicionada por um jogo de reflexões dentro da rede de signos e significados; assim, o plano da

linguagem funcionaria de modo livre, mas sempre justaposto à realidade e por vezes auto-representando sua própria existência (1966, pp. 75-80). Essa “nova gramática” serviria para descrever que “as representações não se enraízam num mundo ao qual elas emprestariam seu sentido”, pois “elas se abrem sobre um espaço que lhes é próprio, e no qual a nervura interna dá lugar ao sentido” (1966, p. 92).

Nesse contexto, justifica-se a preocupação do autor em descrever a novidade do conceito de “homem”, descrito apenas como um elemento artificial que possibilitou a fundação da *episteme* moderna. Desde o surgimento da representação do sujeitos na linguagem até a filosofia cartesiana, Foucault sustenta que a transição do pensar ao ser – o *cogito* – cria um homem finito, existente apenas como ponto de confluência de um sistema de pensamento que dele depende para construir seus significados (1966, pp. 321-326). Essa finitude, que segundo Foucault é a tônica do pensamento antropológico moderno, seria constituída por autolimitações ou *duplos* – *empírico-transcendental*, *cogito-impensado* e *recuo-retorno à origem*. São esses duplos que chamamos de “homem”.

Tomemos como exemplo o primeiro deles, por ser o que melhor atende às pretensões do exercício. O empírico e o transcendental no Foucault de *As palavras e as coisas* seriam as duas dimensões em conflito nas ciências humanas, sendo essa tensão intrínseca à sua constituição epistêmica e de impossível solução. Numa definição simples, pode-se afirmar que as ciências humanas tentam ver o homem como dado positivo, tomando-o como objeto empírico de seus saberes.

Ocorre que esse movimento de interesse sempre encontrará a barreira de que a própria constituição do objeto “homem”, como acima mencionado, é uma criação transcendental do *cogito*. Daí ser possível concluir que a busca pela positividade do homem redundará numa circularidade, pois pensar o homem sem um homem que doe sentido a esse pensamento – pensar o empírico sem o transcendental – é impossível. Por esse motivo, qualquer análise que siga o padrão da representação de uma antropologia como a descrita por Foucault redundará numa queda: ou se admite que o homem não pode ser estudado, ou se reconhece que o homem é um produto de uma fenomenologia historicamente constituída. O próprio autor, ao tratar das tentativas de uma analítica do sujeito, afirma que “elas pretendem poder repousar apenas sobre elas mesmas, pois são

os conteúdos eles mesmos que funcionam como reflexão transcendental” (1966, p. 330). Seria o triunfo da tese *a priori* histórica do saber, tão forte na arqueologia foucauldiana.

Ao ver o homem como produto ou mesmo sinônimo de um duplo empírico-transcendental, Foucault abre margem para a conclusão de que um discurso antropológico jamais resolverá essa dificuldade de apreensão do objeto, pois a cada movimento de positividade se perceberá um retorno ao próprio sujeito historicamente constituído; não há meio de superar esse dilema, pois Foucault condicionaria, talvez de modo não suficientemente claro, o problema da *episteme* a uma certa “ordem bruta” que governaria os sujeitos sem transcendência (DREYFUS; RABINOW, 1995, p. 37; HAN, 1998, pp. 100-102).

A assustadora conclusão, que ajuda a compreender a propalada imagem do homem como rosto desvanecente na areia, pode ser convenientemente manejada rumo ao problema principal do trabalho: e se Foucault olhasse os direitos subjetivos? Haveria alguma relevância em sua manutenção na Modernidade, caso admitida a tese anti-humanista do autor?

Se tomarmos a visão moderna de direito como um sistema de direitos subjetivos com diversos pólos que se entrecruzam por meio de relações jurídicas em formas pré-estabelecidas e controladas que podem interligar esferas pessoais (VILANOVA, 1989, pp. 109-112), é possível obter uma conclusão talvez heterodoxa: a necessidade de representação de uma situação empírica só seria possível, no sentido das condições de possibilidade de sua enunciação, a partir de seu duplo transcendental equivalente, ou seja, o direito subjetivo que consiga ser parelho a um dever correlato. Ou seja, o direito seria constituído por um certo fato mas, ao mesmo tempo, o fato depende de uma compreensão fenomenológica de apropriação numa categoria formal-abstrata, desvinculada de qualquer caráter de justiça natural ou mesmo de sentimento. Mais que isso, o direito subjetivo seria, como defende Kelsen (1999, p. 143; VILANOVA, 1989, pp. 148-150), mero reflexo de dever jurídico compreendido pela imputação de uma norma de dever-ser a um suporte fático. Haveria, portanto, alguma proximidade com a crítica de Alf Ross ao normativismo, quando usa uma categoria alegórica para representar um “direito subjetivo” sem qualquer traço de realidade (2004).

De qualquer modo, um imaginário Foucault ainda vinculado à arqueologia de *As palavras e as coisas* e atento aos direitos subjetivos poderia diagnosticar: o sujeito jurídico experimenta-se como um duplo. Ao procurar uma categoria jurídica para representar seu interesse, recorre necessariamente à sua explicação como pretensão, faculdade, liberdade ou prerrogativa advinda de si próprio, um direito gerado nominalmente, no plano da linguagem que se replica nela mesma. Ela exige um movimento de proximidade ao real, aos fatos, mas não consegue compreender aquilo que, enquanto categoria transcendental, ainda não foi capaz de apreender e codificar. É o caso, por exemplo, da inefetividade de direitos fundamentais provocada pela fluidez de sua forma, ainda que se tente forçar sua inclusão num plexo de direitos subjetivos oponíveis ao Estado em termos alexianos (SARLET, 2006). No mesmo patamar, com conseqüências políticas de ainda maior repercussão, é a imensa gama de pretensões sociais que não conseguem entrar no autodenominado “mundo jurídico” por não serem conjugadas a uma certa forma de “direito” reconhecida teoricamente como compatível com um poder ou liberdade advinda do Estado. Algo próximo do que Boaventura de Sousa Santos indica como “formas sociais de não-existência”, inapreensíveis por uma teoria normativa tradicional (SANTOS, 2006, pp. 104-105).

O exercício foi proposto, e qualquer tentativa de levá-lo a uma formulação mais precisa sobre uma nova teoria do direito sem a figura dos direitos subjetivos dependeria do abandono de Michel Foucault como instrumento, ou, o que seria pior, sua distorção para transformá-lo em algo que nunca foi, ou seja, um teórico do direito. Basta, para o momento, compreender que, ao menos em sua visão clássica e seus desdobramentos posteriores, a subjetividade jurídica está cercada pela mesma finitude que o sujeito do qual ela é propriedade, o sujeito “representado para representar” acolhido pela Modernidade. Quando o mar destruirá esse rosto na areia? Ou, nos passos de Kafka, o que restaria de Samsa após a metamorfose?

Segundo exercício: 1976, *Em Defesa da Sociedade*, os direitos e os dispositivos

O projeto dito arqueológico de Michel Foucault teve seu auge em *As palavras e as coisas*, com fama e destaque proporcionais às inúmeras dificuldades apontadas em sua compreensão. Na verdade, tanto esse livro como suas obras anteriores

adotavam um certo estilo de abordagem que não foi previamente esclarecido pelo autor, havendo uma exposição mais detida sobre seu método apenas em 1969, com a edição de *A arqueologia do saber*. A questão passa a ser até que ponto Foucault levaria seu suposto estruturalismo e quais seriam seus novos alvos, agora que a loucura, a clínica moderna e as ciências humanas estavam desvendadas.

Com *A ordem do discurso*, aula inaugural proferida no *Collège de France* em 1970, dissipam-se as dúvidas. Em lugar de uma arqueologia da aparição de formas discursivas em relação a práticas não-discursivas, Foucault propõe que seus estudos posteriores tomem um viés ligeiramente diferente: observar não apenas o monumento discursivo, mas também as redes de produção, organização e distribuição desses discursos (2000, pp. 8-9). Não a produção em sentido marxiano, e sim um conjunto de estratégias de poder que articulariam vários pontos segundo uma lógica não-econômica. Surge aí a figura da *genealogia* de Foucault, que recupera uma visão histórica profundamente marcada pela leitura de Nietzsche (FOUCAULT, 2001, p. 1008) e articula numa mesma conjunção ou diagrama os estratos de saber produzidos e as relações de poder estrategicamente dispostas num certo momento (DELEUZE, 1986, pp. 77-88) – uma *ontologia do presente*.

Nessa fase do pensamento foucauldiano, típica dos anos 70, surgem certas imagens do direito num autor que, como visto, nunca pretendeu criar uma teoria jurídica. A primeira e mais conhecida é o livro *Vigiar e punir*, em que se investiga o surgimento do discurso penal humanista como resultado da emergência de dispositivos disciplinares na Europa. Para este exercício, contudo, enfocaremos uma obra não tão conhecida: *Em defesa da sociedade*, fruto do curso proferido no *Collège de France* nos primeiros meses de 1976.

As duas primeiras aulas do curso, ocorridas em 7 e 14 de janeiro de 1976, são cruciais para a compreensão dos objetivos de Foucault em seus estudos aparentemente desconexos. Tomando a primeira aula como referência, vemos um autor que tenta romper com a historiografia clássica ao buscar o saber histórico gerado nas lutas e sua utilização como táticas de guerra; não haveria, portanto, uma política que se substituísse ao “enfrentamento belicoso de forças”, pois é a luta permanente que permanece na política (1997, pp. 16-17). No mesmo sentido estaria a rejeição manifesta ao conceito jurídico de poder, que o toma como um direito a ser exercido num modelo

sob a forma dúplice do contrato associado à opressão. O modelo jurídico é assim descrito:

(...) eu quero dizer isso: no caso da teoria jurídica clássica, o poder é considerado como um direito do qual se teria a posse como a um bem, e que se poderia por consequência transferir ou alienar, de um modo total ou parcial, por um ato jurídico ou um ato fundador de direitos – pouco importa no momento – que seria da ordem da cessão ou do contrato. O poder seria aquele, concreto, que todo indivíduo detém e que ele vem a ceder, total ou parcialmente, para constituir um outro poder, a soberania política (1997, p. 14).

Contra esse esquema, Foucault opta pela “hipótese de Nietzsche”: o poder seria relacional e não apreensível ou transponível para a análise econômica; o poder constitui-se pelo enfrentamento permanente dentro das redes estratégicas, e não por sua resolução na soberania política; por fim, o poder é a guerra histórica entre luta e submissão, e não o substrato para o contrato fundador da sociedade ou da política (1997, pp. 16-18). Resta a pergunta: onde ficará o direito e sua teoria para o autor?

A resposta é clara, apesar de insatisfatória. Se o direito moderno subsistiu apenas como uma espécie de herança, pois depende do poder régio como fundamento ou justificação (1997, p. 23), a teoria jurídica criada a partir dele mantém-se presa a um certo dispositivo de poder-saber (a soberania) que foi gradativamente minado e substituído por outros de maior eficácia (disciplina, segurança e controle, por exemplo). Para esse saber, restou apenas o papel de veicular relações de dominação e técnicas de assujeitamento (1997, p. 24) e mascarar a dinâmica de luta e submissão por meio de artifícios abstratos². Logo, Foucault propõe que o poder não seja visto de dentro do direito, mas num *curto-circuito* que torne impossível o retorno à sua concepção em termos de soberania oposta à obediência; nesse sentido, ressalte-se que o autor aponta o esgotamento total deste dispositivo nas sociedades ocidentais atuais, posto que desde o século XVII vem funcionando como máscara para outras formas de coerção (FOUCAULT, 1997, pp. 33-34; HUNT, WICKHAM, 1994, pp. 44-49).

² “A teoria do direito tem essencialmente por papel, desde a Idade Média, ficar a legitimidade do poder: o problema maior, central, em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o problema da soberania. Dizer que o problema da soberania é o problema central do direito nas sociedades ocidentais significa que o discurso e a técnica do direito tiveram essencialmente por função dissolver, no interior do poder, o fato da dominação, para fazer aparecer em no lugar dessa dominação que se quer reduzir ou mascarar duas coisas: de uma parte, os direitos legítimos da soberania e, de outra, a obrigação legal de obediência. O sistema do direito é inteiramente centrado sobre o rei, ele é em suma a evicção do fato da dominação e de suas consequências” (FOUCAULT, 1997, p. 24).

Não obstante a proposta de Foucault quanto a um “direito novo, que seria antidisciplinar, mas, ao mesmo tempo, liberto do princípio da soberania” (1997, p. 35) despertar questionamentos sobre sua viabilidade dentro do pensamento do autor (CHAVES, 2006, pp. 176-185), podemos desde logo observar que, no Michel Foucault de *Em defesa da sociedade*, não há espaço para um direito organizado a partir de direitos subjetivos. Ou melhor, esse direito seria apenas uma aparência de algo que não constitui nem descreve corretamente as articulações modernas entre poder e saber, as estratégias e os dispositivos a ela pertinentes que assujeitam os indivíduos de modos cada vez mais intensivos. O que seriam, portanto, os direitos subjetivos da teoria jurídica?

Segundo esse critério, os direitos subjetivos seriam apenas uma fantasia para encobrir o fato de que a soberania não é mais a principal forma de articulação estratégica entre estratos de poder e relações estratégicas; ou seja, a soberania não é o único nem o maior dispositivo de poder-saber no presente. Se essa forma de direito é, como previu Hobbes, o reflexo de um poder político centralizado pela autoconstituição racional, em que o poder ilimitado do estado de natureza dá lugar a poderes e faculdades restritas na sociedade civil, a crítica radical de Foucault impede que essa imagem permaneça viva, pois a própria soberania de matriz hobbesiana decaiu.

Na verdade, o paralelo entre soberania e direitos subjetivos pode ser mais detalhado: ambos, como correlatos, subsistem hoje enquanto máscara ou camuflagem. Isso porque a fixação excessiva na idéia de direitos tornaria mais fácil a aceitação de novas práticas de assujeitamento presentes e futuras, do que é exemplo o surgimento das instituições disciplinares européias no século XVIII, talvez pela força quase mística da figura de um soberano onipotente, ainda que num contexto democrático do discurso constitucional.

Poderíamos mesmo apontar um novo papel para os direitos subjetivos nesse exercício de pensamento inspirado em Foucault: sua integração em um sistema formal-abstrato não é mais uma realidade a ser apreendida fenomenologicamente, mas sim uma estratégia discursiva de encobrimento do real. Não haveria mais que se recorrer à crítica de Ross quanto à dispensabilidade dos conceitos de “crédito” e “propriedade”, dentre outros (ROSS, 2004, pp. 28-35), pois Foucault admitiria, ao menos nessa especulação, que há um papel estratégico para esses elementos. Nesse ponto, é importante ressaltar

que, para o francês, Hobbes é o “pai da filosofia política” justamente por ter obtido êxito em eliminar a guerra e a insurreição do discurso fundacional da soberania e do direito moderno para conjurar o “inimigo insidioso”, ou seja, as lutas e relações de poder que abrem fissuras no projeto do Estado (1997, pp. 84-85).

Na aula de 21 de janeiro de 1976, imediatamente posterior ao surgimento da tese de decadência da soberania e do direito como fantasia da dominação, Foucault afirma: “(...) a teoria da soberania empreende necessariamente o que eu chamaria de um ciclo, um ciclo do sujeito ao sujeito, de mostrar como um sujeito (...) pode e deve tornar-se sujeito, agora entendido como elemento assujeitado numa relação de poder” (1997, p. 37). Imediatamente após, descreve algo muito próximo do conceito de direito subjetivo enquanto faculdade, pretensão ou poder reconhecido:

Parece-me que a teoria da soberania revela-se como uma multiplicidade de poderes que não são poderes no sentido político do termo, mas sim capacidades, possibilidades, potências, e que ela não pode constituir como poderes no sentido político senão sob a condição de ter estabelecido, entre as possibilidades e os poderes, um momento de unidade fundamental e fundadora, que é a unidade do poder. Que essa unidade do poder tome o rosto do monarca ou a forma do Estado, pouco importa; é dessa unidade do poder que vão derivar as diferentes formas, aspectos mecanismos e instituições (1997, p. 37).

Uma prova da defasagem entre o sistema de direitos subjetivos e as práticas de poder é a pesquisa contida em *Vigiar e punir*, livro imediatamente anterior ao curso que originou *Em defesa da sociedade*. Ao descrever a transição entre o suplício de Damiens e a construção das penitenciárias modernas, Foucault revela, na verdade, a passagem de uma pena sob o modelo soberano para outra de cunho disciplinar. Assim, o corpo do indivíduo deixa de ser o suporte físico para a explicitação quase festiva de um poder centralizado e luminoso (FOUCAULT, 1975, pp. 24-30) e vira um *medium* para o investimento de relações de poder disciplinar, espaço de produção de sujeitos docilizados e adaptados às instituições modernas. Da prisão à fábrica, da sala de aula ao dormitório do quartel.

O interessante do estudo dos exemplos contidos em *Vigiar e punir* é que, em nenhum deles, um suposto Foucault teórico do direito precisaria de direitos subjetivos para descrever a realidade; pelo contrário, uma analítica por ele julgada como correta não usaria um objeto chamado “direito” na constituição do sujeito da execução penal. Ou seja, todo o discurso em torno de direitos subjetivos, deveres, prestações e relações

jurídico-processuais seria mera ficção legitimadora da lei (1997, p. 358), imprestável para explicar a realidade e, por conseguinte, para fundar uma análise consistente dos processos sociais reconhecidos como “jurídicos”.

Por um lado, há críticas quanto ao radicalismo de Foucault, que teria expulsado o direito da Modernidade e tentado impedir que qualquer teoria surgisse para reelaborá-lo (HUNT, WICKHAM, 1994, pp. 55-56); por outro, Foucault teria articulado de modo satisfatório a idéia de um direito como vetor de processos de normalização social, mantendo assim sua relevância (FONSECA, 2002, pp. 143-149). Se assumirmos, nesse segundo exercício, uma hipótese mais pessimista e admitirmos que Foucault descarta qualquer manejo de um direito sob a forma de direitos subjetivos como algo socialmente consistente subsiste uma pergunta: de que modo uma teoria do direito pode pensar sem direitos subjetivos, mas ao mesmo tempo sem desconsiderar o direito enquanto objeto? Ou, em outras palavras: é possível deduzir uma versão positiva para o problema do assujeitamento em Foucault, tendo em vista uma teoria jurídica específica? A metamorfose ressurge, agora, enquanto dilema.

Terceiro, e mais provocante exercício: 1982, *Hermenêutica do sujeito*, os direitos e as subjetividades

A subjetividade será desenvolvida por Foucault de forma positiva, em sua última abordagem, datada dos anos oitenta. Não há propriamente uma contradição com sua produção anterior: há um deslocamento. Se as relações de poder e saber são o cerne de sua produção mais divulgada, Foucault não as pensa dissociada de um sujeito. Um sujeito que, na história, experimenta e viabiliza os efeitos dessas relações, sendo normalizado e constituído pelo poder, mas também que é capaz de se constituir, criando pontos de resistência nas tramas sociais.

O curso que apresenta ao *Collège de France* em 1981-2 desenvolve o tema sob o título de *A hermenêutica do sujeito*. Há três ordens de implicações principais neste curso: a filosófica, a ética e a política. Na ordem das implicações filosóficas é interessante notar como Foucault vai opor a Antiguidade e a Idade Moderna pela distinção entre espiritualidade e filosofia, entre cuidado de si e conhecimento de si. Na

Antiguidade, o conhecimento de si é uma das partes do cuidado de si, que envolvia toda a espiritualidade.

Para Foucault, Descartes é que rompe definitivamente com qualquer modo de subjetivação pelo cuidado, ao estabelecer a pureza do conhecimento de si, permitindo produzir uma verdade asséptica, desvinculada da ação. Alcançar a verdade só tem sentido enquanto caminho para uma prática. Enquanto na Antiguidade este cuidado significa conversão, ou seja, é preciso mudar o modo de ser para ter acesso à verdade, a partir de Descartes e também com Kant, o sujeito enquanto tal tem acesso à verdade, todas as condições para que isso ocorra (reunidas na razão) já estão dadas no próprio sujeito, bastando que as utilize (FOUCAULT, 2004, p. 40 e 234).

Por isso, quando retoma a noção de espiritualidade, este cuidado adquire um caráter ético-político, sendo a verdade meio para o fim que é a vida ética na *polis*. Este sujeito, que faz da verdade uma prática, não é, de modo algum, um sujeito condenado à confissão cristã, à exposição de sua intimidade ou à negação de sua imanência. A verdade para Foucault é “uma razão de viver, ou seja, um *logos* atualizado na existência, e que anima, intensifica e prova: verifica-a” (GROS, 2004, p. 641).

A hermenêutica do sujeito de Foucault enfrenta, nas implicações éticas, a crise pós-moderna dos valores. Está em jogo a noção de vigilância. E este é um dos pontos polêmicos da interpretação de sua obra, facilmente identificada com tendências narcisistas, individualistas e conservadoras. Mas, a estética da existência, como autoconstituição do sujeito, está longe de ser aquele apelo do biopoder de singularização como padrão de normalização. Não toma os ares de desespero pela juventude e pela simetria, pela eternidade e pela perfeição do corpo: é um preparar-se para a vida inteira, para a vida adulta, para a velhice e para a morte. Neste sentido, as implicações éticas também dão conta de uma noção de distância. Esta distância/aproximação de si é dada pelo outro, não podendo ser uma prática solitária, mas uma prática social, política.

Dentre as implicações de ordem política no curso, está a noção de governamentalidade³ da distância ética. Isto quer dizer que não se deve assumir a função, ou o governo dos outros, como se fosse sua própria subjetivação, não podendo substituir o cuidado consigo em certo nível de independência. Este distanciamento seria

³ Alfredo Veiga-Neto discute o termo que melhor se adequaria à proposta de Foucault, defendendo a tradução em *governo* e *governamentalidade* para, respectivamente, *gouvernement* e *gouvernementalité* (VEIGA-NETO, 2005, p. 15).

uma maneira de evitar que o caráter normalizador do trabalho submetesse o sujeito, ou que o poder sobre o outro nos distancie da vigilância de nós mesmos. Desapego que não é, de forma alguma, uma alienação política; ao contrário, é a condição para um exercício consciente, garantindo também certo despojamento de bens e poder. Neste sentido, Foucault sempre pensa a ética no interior do político (GROS, 2004, p. 656). E o cuidado de si, as técnicas de si e as formas de subjetivação se inserem no panorama de resistências e lutas contra as sujeições éticas, ao lado das lutas contra as explorações econômicas ou as dominações políticas.

A emergência desse sujeito ganha a dimensão de uma estética da existência, quando em relação ao uso dos prazeres na antiguidade grega, ou um cuidado de si, no período romano. É, portanto um sujeito-forma, não um sujeito-substância. Não se pode imaginar que, nesta perspectiva, Foucault tenha resgatado um sujeito universal, muito menos aquele centrado na consciência, no *logos* ou na razão. Antes, o que se verá da abordagem aqui trazida é que há formas plurais de subjetivação que permitem uma originalidade, inédita e precária, de maneiras de construir a existência. É, portanto, na imanência do sujeito, e não em sua transcendência, que Foucault vai delimitar o seu campo exploratório, até onde seja possível pensar formas não institucionais ou normalizadoras de constituir aquilo que somos.

Ao estudar o sujeito moderno, Foucault pensava-o inicialmente como produto da dominação das técnicas de disciplina ou discursivas que o objetivam. Só depois ele se volta para as técnicas de si, que ele define como

procedimentos que sem dúvida existem em toda civilização, propostos ou prescritos ao indivíduo para fixar sua identidade, mantê-la ou transformá-la em função de determinados fins, e isto graças a relações de domínio de si sobre si ou de conhecimento de si por si (GROS, 2004, p. 620).

Entre as técnicas de si, encontramos um apanhado extenso, porém não exaustivo, das práticas registradas tanto pelos gregos quanto pelos romanos. A atenção voltava-se ora para o corpo, ora para a alma, ora para os sentimentos e relações sociais. No cuidado com o corpo, uma atenção especial aos exercícios físicos, que pudessem modelá-lo, dar-lhe vigor e resistência, mas também um cuidado com a saúde e nisto buscava-se preparar a rotina cotidiana, atentar para a alimentação, para o prazer sexual e o uso que se fazia dele, além de coordenar todas estas informações com os fatores

climáticos, as estações do ano, permitindo uma vida prazerosa, saudável e duradoura (FOUCAULT, 2004, p. 87 e ss).

A ordem de cuidados com a alma incluía meditação, que poderia ser aconselhada através de um retiro, ou de exercícios diários. Na ordem dos sentimentos e relações sociais, as técnicas envolviam a escrita, aliada à preparação para a oratória. Também o cultivo da amizade exigia uma atenção especial, pois se reconhecia nesta relação uma fonte de prazer, sabedoria e felicidade.

As tecnologias de si permitiam que o sujeito tomasse o prumo de sua existência e a modelasse. Como visto, elas não podem ser compreendidas como um isolamento do sujeito, porque estão em contato e relação direta com o outro. Cuidado consigo implica em cuidado com o outro, com o amigo, com o mestre, com quem queremos governar, com quem amamos.

O equilíbrio que se busca, a exata medida, não está cerrada num conceito, numa norma, num padrão. Os exemplos de vida são poderosos mas não podem ser tomados como regras. São exemplos, apenas. São maneiras de se subjetivar, são experiências concretas que levaram a uma certa felicidade ou bem estar, ou à dor e escravidão. Falamos, portanto, em subjetividades, no plural, não no singular. Transitórias e contingentes, não universais.

Estas subjetividades, como vemos, não estão sintetizadas numa essência, muito menos numa construção ideológica de propriedade, nem fundam o homem como um ser absoluto: ao contrário, elas fragmentam, permitem fugas, promovem a diferenciação. Como imaginar que o direito possa, enquanto estrutura do poder, captar esta mudança (subjetividades) e encapsulá-la num *a priori*, ainda que histórico, sem lhe desnaturar o sentido: o de ser ela mesma mudança, diferença. Ao encapsular o sujeito, o direito inventa uma condição de igualdade que, do lado empírico, é sempre irrealizável e, do lado transcendental, faz do outro o igual, a outra parte da subjetivação.

Enquanto resistência, as formas de subjetivação do sujeito que se constitui não pode ser fundamento daquelas que lhe assujeita, submetendo-lhe às relações de poder (em cuja superfície se apresenta o direito). Assim, os direitos subjetivos estariam atrelados à *episteme* moderna. Se uma ruptura estaria em curso, se Foucault pretende experimentar o desaparecimento do homem, então a superfície adquire uma espessura

diferente, a partir da metamorfose de sua *episteme*. Não pode mais, portanto, apresentar-se como direito subjetivo.

Explorar o desconhecido, o fora, o que escapa, o que resiste. Eis o seu itinerário à hermenêutica do sujeito, que mantém a tensão entre poder e resistência, entre poder e liberdade. A tentativa do direito de construir um discurso universal, de apreender a liberdade estritamente em seus domínios, de assenhorar-se dela em seu fundamento, não é mais do que o reforço de que a modernidade não dissocia o positivismo do escatológico.

O direito revela-se ainda preponderantemente ligado a esta *episteme* moderna, e em especial na questão dos direitos subjetivos, ecoando com muita força a crença no antropocentrismo, no homem como medida do mundo, e no direito como medida do homem. No momento em que o direito se faz medida do homem, delimita (e funda) sua liberdade, estabelece o rol de caracteres de sua natureza, ou pelo menos daquilo que lhe é necessário para estar em comunidade, cria uma fôrma de homem. Para gozar da proteção do direito, é preciso se amoldar a esta fôrma, reproduzir este modelo de homem: identidade. Não há auto-subjetivação, como pensou Foucault em *A hermenêutica do sujeito*, mas assujeitamento.

Até mesmo em Merquior, que não poupa Foucault de nenhuma de suas agudas críticas, há a percepção deste sujeito em uma formulação (enfim) positiva, chamando-o de um *sujeito saudável* que não se alinha com a dominação social sobre o indivíduo (1985, p. 213). Se é possível pensar em outras maneiras, autônomas, de se constituir, em uma outra subjetividade, é difícil pensar, por outro lado, que elas possam justificar direitos subjetivos. Debate-se sobre mais uma questão kafkiana: a metamorfose é possível?

Considerações finais: o sujeito de direito como imagem de uma metamorfose

A possibilidade anunciada por Foucault de um despertar do sono antropológico nos direciona para uma crítica contundente desta subjetividade e conseqüentemente, dos direitos subjetivos. Mas, o despertar do sono antropológico não nos coloca a salvo de nós mesmos, porque ao acordar vem a sede, vem a fome: o vazio. Ao acordar nos vemos, como Gregor Samsa, transformados num inseto monstruoso. A

estranheza de si, o impensado, que nos apavora e que nos obriga a ver o outro como a si próprio: um estranho. Que nos obriga a rever, a cada dia, o projeto de nós mesmos: metamorfose (KAFKA, 2002).

Esta metamorfose deve ser entendida na radicalidade de Kafka: não há contínuo, não é simplesmente a mesma coisa que se transforma, que toma uma outra forma, é mais que lagarta em borboleta: é um homem em inseto, o normal em monstruoso.

A metamorfose poderia ser captada numa norma? Não, porque a metamorfose é antítese da norma (padrão, estabilidade, permanência). É desejável ao direito? O desconforto deve permanecer, no melhor estilo foucauldiano. Se a subjetividade está no centro da crise da modernidade, e enquanto tal precisa ser revista, fica difícil ao direito sustentar os direitos subjetivos.

Por outro lado, se a alternativa de Foucault é expressar o direito como estratégia de poder/saber e apartar-lhe a subjetividade para alojá-la num espaço de resistência (ainda que poder e resistência sejam noções correlacionadas e implicadas), só nos resta desconfiar que ainda assim, não superamos as aporias da modernidade, porque sobram um direito (positivista) e uma subjetividade (quase escatológica, redentora) mutuamente implicados.

A saída, por agora, é acatar a prioridade de rever as bases desse humanismo moderno, na medida das críticas de Foucault e apostar, com o melhor dos otimismo, na capacidade de invenção das pessoas, na possibilidade de ascense que permita uma estética da existência, o emergir da singularidade de um cuidado consigo que reinvente o cuidado com o outro. A metamorfose de um agir ético que possa ser compartilhado, que prescindia de um tal modelo de homem e que contamina o direito, não como seu fundamento, mas como prática.

Referências

CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico** [Trad. Luiz Otávio Barreto Leite]. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

CHAVES, João. **O problema do direito novo em Michel Foucault: entre a resistência e o fora**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco (Dissertação de Mestrado), 2006.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Paris: Minuit, 1986.

DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica** [Trad. Vera Porto Carreiro]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Naissance de la clinique**. Paris: PUF, 1963.

_____. **Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines**. Paris: Gallimard, 1966.

_____. **L'archéologie du savoir**. Paris: Gallimard, 1969.

_____. **Histoire de la folie à l'âge classique**. Paris: Gallimard, 1972.

_____. **Surveiller et punir**. Paris: Gallimard, 1975.

_____. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas** [Trad. Salma Tannus Muchail]. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

_____. **“Il faut défendre la société”** – Cours au Collège de France, 1976. Paris: Gallimard, Seuil, 1997.

_____. **A ordem do discurso** [Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio]. 6ª ed. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. Nietzsche, la généalogie, l'histoire. In: _____. **Dits et écrits**. v. 1, n° 84. Paris: Gallimard, pp. 1004-1024, 2001.

_____. La vie des hommes infâmes. In: _____. **Dits et écrits**. v. 2, n° 198. Paris: Gallimard, pp. 237-253, 2001.

_____. **A hermenêutica do sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GROS, Frédéric. A situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 613-662, 2004.

HAN, Béatrice. **L'ontologie manquée de Michel Foucault**. Grenoble: Jérôme Millon, 1998.

HUNT, Alan; WICKHAM, Gary. **Foucault and law: Towards a Sociology of Law as Governance**. Chicago: Pluto Press, 1994.

KAFKA, Franz. **A metamorfose** [Trad. Calvin Carruthers]. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** [Trad. João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MERQUIOR, José Guilherme. **Michel Foucault ou o nihilismo de cátedra** [Trad. Donaldson M. Garschagen]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

PASSETTI, Edson (coord). **Kafka, Foucault: sem medos**. Cotia: Ateliê Editorial, 2004.

ROSS, Alf. **Tû-Tû** [Trad. Edson Bini]. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Rogério D. Hobbes e a subjetividade moderna: ordem e legitimidade no discurso de moralização, In: PHILIPPI, Jeanine N. (org). **Legalidade e subjetividade**. 2ª ed. Florianópolis: Boiteux, pp. 31-76, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VEIGA-NETO, Alfredo. Coisas do governo... In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. L.; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.). **Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, pp. 13-34, 2005.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.