
ENSAIO CRÍTICO ÀS PROPOSTAS FOUCAULTIANAS NA TEORIA DO DIREITO

Daniel Nunes Pereira¹

Resumo: O estudo ora proposto evidencia questões problemáticas do pensamento de Michel Foucault, especialmente no que concerne à Teoria do Direito. Os argumentos mobilizados reverberam o debate havido entre Foucault e Jürgen Habermas, bem como as considerações de pensadores marxistas recentes. Em um primeiro momento, busca-se evidenciar aporias e hipostasias do pensamento foucaultiano quando tensionado à problemática ora posta. Em seguida evidenciam-se flertes da obra de Foucault com o Irracionalismo e os problemas desta postura intelectual face as demandas civilizacionais neokantianas e hegelianas. Por fim, avança-se a eventual filiação de Michel Foucault à Pós-Modernidade e as consequências disto para o pensamento jurídico, tendo em vista a influência do filósofo francês no Direito.

Palavras-chave: Construção Social do Direito, Foucault, Pós-modernidade.

Abstract: The study hereby proposed evidences problematic issues on the thought of Michel Foucault, especially regarding the Law Theory. The arguments deployed reverberate the discussion held between Foucault and Habermas, and the considerations of recent Marxist thinkers. At first, the paper seeks to highlight aporiae and hypostasis of Foucault's thought tensioned on the problems hereby

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF), Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas (PPGSD/UFF), Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFF), Especialista em História Européia (Universiteit Utrecht), Bacharel em Direito (UFF-Niterói-RJ). Professor do Curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida. Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença. Contato: danielnunes@id.uff.br.

shown. After the paper denounces flirtations of Foucault's work with the irrationalism and the problems of this intellectual attitude towards the neo-Kantian and Hegelian civilizational demands. Finally, the paper retains to an eventual filiation of Michel Foucault to Post-Modernity and the consequences of this for the legal thought, considering the influence of the French philosopher in law theory.

Keywords: Social Construction of the Law, Foucault, Post-Modernity.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca evidenciar algumas questões problemáticas do pensamento 'foucaultiano' às Ciências Sociais, sobretudo à Teoria do Direito, em algumas de suas formulações, especialmente no que eventualmente concerne às hodiernas posições positivistas e críticas de orientações marxistas. Para tal, o artigo ora proposto buscará reconstruir alguns argumentos do debate entre Michel Foucault e Jürgen Habermas, trazendo à baía também algumas considerações de pensadores marxistas (sobretudo da Escola de Frankfurt, mas também Slavoj Žižek) acerca da obra do filósofo pós-estruturalista² francês.

Parece ser necessário, contudo, asseverar as muitas faces que Foucault pode apresentar, para então apontar a qual feição o presente estudo se debruça. Aponta-se, primeiramente, a compreensão de que o pensamento foucaultiano se divide em três fases³, representadas nominalmente pela 'Arqueologia', 'Genealogia' e 'Ética', congruentes, respectivamente às publicações originais de "*Histoire de la folie*" (1961), "*Surveiller et Punir: Naissance de la prison*" (1975) e os dois últimos volumes de "*Histoire de la sexualité*" (1984). Esta compreensão triádica pressupõe Foucault como um pensador de ideias descontínuas, por conseguinte, assistemático. Contudo,

² Não há consenso quanto à ocupação acadêmica e vertente epistemológica adotadas por Foucault, tendo em vista o inegável fôlego intelectual de sua obra compreendida nos tumultuados anos sessenta (MILLER, 1993, pp. 95-98). Contudo, o presente estudo, em nome de coerência interna ao seu leitmotif, adota a premissa de que Michel Foucault é um Filósofo continental pós-estruturalista, ainda que ele mesmo negasse este rótulo (MEGILL, 1985, p.187). Foucault considera a si mesmo como um pensador crítico e da ontologia, ainda que as estruturas linguísticas sejam seus limites ontológicos (MEGILL, 1985, p. 223). No que concerne a sua posição crítica, esta não é convencional, buscando condução de projetos emancipatórios, mas, ao contrário, apontar os problemas dos projetos havidos (MEGILL, 1985, pp.189-191)

³ Cf. Guilherme Castello Branco e Vera Portocarrero (2002)

⁴ O título original da primeira edição era, na verdade, "Folie et Dérison".

há uma outra compreensão⁵, a qual enxerga Foucault como sistemático, ao menos em dois grandes blocos de sua obra. Neste sentido, haveria um primeiro Foucault arqueológico e estruturalista (cujas publicações se estendem até o final da década de sessenta), e um segundo momento genealógico e pós-estruturalista (referente às obras da década de setenta em diante). Nesta segunda compreensão há sistematização só e somente dentro de cada um dos dois referidos blocos da obra de Foucault. Todavia, o presente estudo parte da premissa que em ambas as compreensões não resta clara a posição foucaultiana quanto à agência humana, sobretudo no que concerne ao Direito, enquanto expressão máxima do 'Dever-Ser' como práxis da 'sociedade-artefato'. Ou seja, sua obra (mesmo em uma teórica fase 'Ética') expõe apenas causalidades, mas não gera qualquer juízo normativo *per se*.

O estudo proposto se estrutura cartesianamente em três seções, nas quais empreende-se expediente argumentativo dialético, *id est*, contrapondo premissas foucaultianas às críticas anteriormente mencionadas. Neste sentido, primeiramente busca-se evidenciar aporias e hipostasias de alguns conceitos de Foucault concernentes à problemática intelectual ora posta, ou seja, impropriedades analíticas de algumas de suas proposições face às questões a serem relatadas. Em um segundo momento buscar-se-á evidências de flertes da obra de Foucault com a Irrracionalidade⁶, tensionando-os aos eventuais problemas epistemológicos desta postura intelectual diante de determinadas demandas civilizacionais neokantianas e hegelianas das ciências sociais, especialmente o Direito. Por fim, a partir do que se evidencia nas seções anteriores, questiona-se a pertinência em compreender Foucault como um pós-moderno, e quais as consequências disto para as ciências sociais, em especial o Direito, sobretudo no que concerne às metanarrativas que propugnam a emancipação humana e tomada de consciência, ou seja, teorias que propõem alguma ética focada na agência humana como móbil de mudanças infraestruturais da sociedade.

⁵ Cf. Hubert Dreyfus e Paul Rubinow (1995).

⁶ O termo Irrracionalismo designa geralmente as correntes filosóficas que focam o exercício da vontade e individualidade em detrimento da compreensão racional do mundo objetivo (LUKÁCS, 1988, p.89). Contudo, o termo é difuso, não se aplica a uma vertente filosófica específica, mas designa genericamente algumas tendências no curso da História da Filosofia Continental (LUKÁCS, 1988, p.103). Contudo, de maneira mais estrita, epistemólogos aplicam o referido termo às diferentes correntes filosóficas que reagiram em oposição às hegemonias do Positivismo e Neokantismo na primeira metade do século vinte (LUKÁCS, 1988, p. 168), retornando ao final do mesmo século sob o signo do Pós-Modernismo (SOLOMON, 1990, pp. 270-272) – o termo e a categoria 'Pós Modernidade' são em si problemáticos, e serão sucintamente analisados posteriormente no presente estudo. Foucault rejeitava rótulos, e costumava se enxergar como parte da Modernidade, mas não necessariamente em um contínuo epistemológico (FOUCAULT, 1977, p. 120)

A partir do debate entre Habermas e Foucault é possível enxergar os pontos mais controversos do pensador francês, os quais orbitam as relações predicadas a '*Discurso*', '*Poder*' e '*Razão*', especialmente no que concerne a democracia, a sociedade civil e agência humana (ASHDEN, OWEN, 1999).

Antes de proceder a qualquer crítica ou elogio à obra de Foucault, é preciso asseverar que tratar do referido filósofo '*na*' e '*para*' a *luria* é deveras complicado, pois o autor não criou (nem ambicionou criar) um modelo filosófico coeso⁷ como os pensadores modernos tradicionais⁸ (geralmente acionados sem muitos embargos pelo pensamento jurídico). De maneira diversa dos referidos intelectuais modernos, Foucault optou por caminhos menos ortodoxos, especificamente ao subverter a historiografia tradicional e tentar resgatar discursos obsoletos com o fito de desconstituir noções de verdade. Em suma, a grande virtude (e talvez pecado) de Foucault é sua dedicação intelectual em denunciar formas de sujeição ('*assujettissement*') sobre os corpos na sociedade, não necessariamente predicando sua análise a uma ética (ou '*Dever-Ser*')

O presente esforço intelectual não visa exaurir a temática ora estudada, tampouco afirmar peremptoriamente qualquer juízo valorativo acerca da pertinência da obra de Foucault à determinada cultura jurídica. Trata-se meramente de algumas problematizações ao pensamento do filósofo francês no que concerne à determinadas postulações ideológicas específicas. Portanto, não se ambiciona demolir o portentoso constructo da obra foucaultiana, mas tensionar algumas categorias face a determinadas questões da construção social do Direito.

I. AS HIPOSTASIAS DO LÉXICO FOUCAULTIANO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Com o fito de tratar adequadamente das questões pertinentes ao estudo proposto, insta, aprioristicamente, estabelecer breve sistematização de

⁷ Cf. o exposto por João Freitas De Castro Chaves (2006, p. 10)

⁸ Podem ser apontados como tradicionais pensadores modernos, *exempli gratia*, Thomas Hobbes, John Locke Immanuel Kant, Georg W. F. Hegel, Alexis de Tocqueville, Karl Marx, dentre muitos outros. O critério para apontar quais são os pensadores modernos tradicionais concerne a capacidade e a alma destes em oferecer ideários normativos científicos ou políticos diante do ocaso do Antigo Regime, ascensão dos Estados Nacionais, avanço da secularização ou as céleres transformações do modo-de-produção capitalista. (CALINESCU 1987, p. 206).

alguns conceitos da obra de Foucault, com vistas a compreendê-los e apontar eventuais impropriedades e limitações. Para tal, mobilizam-se as categorias '*Discurso*', '*Arqueologia*' e '*Genealogia*'. Tais conceitos revelam, em grande medida, os limites do pensamento de Foucault diante da reflexão jurídica.

Um '*Discurso*' no léxico foucaultiano pode ser definido em termos de declarações ('*énoncés*') de '*coisas ditas*'. Todavia, '*Discurso*' é um conceito deveras opaco e fugidio na obra de Foucault, mas em sua forma mais básica (apresentada em '*Arqueologia do Saber*'), o termo refere-se aos vestígios verbais materiais havidos na história de determinado agrupamento social, havendo, por conseguinte uma '*realidade discursiva*' dotada de '*seres discursivos*' (FOUCAULT, 2008, p. 9). Tais declarações, por sua vez, são eventos específicos ligados a um contexto histórico e capazes de repetição. Estes contextos se consubstanciam nos chamados sistemas de pensamento e conhecimento, nominalmente, '*formações discursivas*' ou '*Epistemes*' (INGRAM, 1994, p. 241). Em tese, estes sistemas são regidos por regras (sobretudo lógicas, sintáticas e gramaticais) havidas e procedimentalizadas à consciência de entes individuais (INGRAM, 1994, p. 242). A consciência, contudo, jaz circunscrita nas possibilidades conceituais destes sujeitos, o que determinaria os limites do pensamento e uso da linguagem em um determinado espaço e tempo (INGRAM, 1994, pp. 243, 244). A posição no discurso é definida como consequência do seu uso funcional, não sendo, por conseguinte, as declarações equivalentes às proposições ou sentenças (FOUCAULT, 2008, p. 131). Tal conceituação é reverberada pelas Ciências Sociais, inclusive (e sobretudo) o Direito.

A teoria do Direito, em sua feição tradicional, funciona como discurso logocêntricos de justificação da necessidade de obediência aos poderes instituídos. Mesmo uma eventual delimitação da soberania constituída, típica do liberalismo político conjugado à filosofia jurídica, não escapa desta lógica. Ou seja, o '*Discurso*' seria como a '*matéria negra*' na astronomia, mesmo quando parece ausente, jaz oculto. O discurso que ordena a sociedade é sempre o discurso daquele que detém o saber, corriqueiramente predicado à *luria*.

A crítica que subjaz na concepção foucaultiana de '*Discurso*' mira, conforme Vighi e Feldner (2007, p. 7) tanto o marxismo (ortodoxo) quanto a psicanálise (freudiana). Neste sentido, a obra de Foucault insurge-se contra o que considera concepções (ditas) reducionistas e jurídicas de poder em

nome de um pretenso humanismo ominosoque denunciaria a distorção da verdade nas próprias 'Ciências Humanas':

[...] podem-se sempre fazer ciências humanas de ciências humanas, a psicologia da psicologia, a sociologia da sociologia etc.) bastam para mostrar sua singular configuração. Em relação à biologia, à economia, às ciências da linguagem, elas não estão, portanto, em carência de exatidão ou de rigor; estão antes, como ciências da reduplicação, numa posição meta-epistemológica. Ainda assim, o prefixo não está talvez muito bem escolhido: pois só se fala de metalinguagem quando se trata de definir as regras de interpretação de uma linguagem primeira. Aqui as ciências humanas, quando repetem em duplicidade as ciências da linguagem, do trabalho e da vida, quando, na sua mais fina extremidade, se reduplicam a si mesmas, não buscam a estabelecer um discurso formalizado: diversamente, elas envolvem o homem que tomam por objeto no campo da finitude, da relatividade, da perspectiva — no campo da erosão indefinida do tempo. Talvez fosse melhor falar a seu propósito de posição 'ana-epistemológica' ou 'hipo-epistemológica'; se retirássemos este último prefixo de alguma compreensão pejorativa, explicaria indubitavelmente o que há: permitiria compreender que a invencível impressão de fluidez, de falta de exatidão e precisão que deixam quase todas as ciências humanas não é senão o efeito superficial daquilo que possibilita defini-las em sua positividade. (FOUCAULT, 2005, p. 387)[tradução aproximada]

Esta crítica foucaultiana consubstanciada na noção de 'Discurso' sustenta-se em duas abordagens metodológicas paralelas: i) a chamada 'Arqueologia', entendida como busca de pressupostos históricos de um determinado sistema de pensamento (FOUCAULT, 2008, 154), e ii) a 'Genealogia', foco no processo histórico de um determinado sistema de pensamento (FOUCAULT, 2005, 95). Estes dois instrumentos metodológicos buscam descobrir as regras de formação dos discursos, ou sistemas discursivos e suas regularidades, ou seja, as condições que ordenam a estrutura de uma forma de discurso. Por conseguinte, a metodologia não busca ou reivindica uma verdade no conhecimento, mas tenta revelar 'jogos de verdade', pois "condena a análise histórica do discurso a ser busca e repetição de uma origem que escapa a toda determinação histórica; o outro a destina ser interpretação ou escuta de um já dito que seria, ao mesmo tempo um não-dito" (FOUCAULT, 2008, p. 28).

É importante ressaltar, contudo, que as observações de Foucault acerca das distinções entre 'Arqueologia' e 'Genealogia' são e grande medida vagas e confusas (QUEIROZ, 1999, pp. 23-25). As maneiras pela qual Foucault instrumentaliza seus métodos são, para todos os efeitos, deveras semelhantes, senão idênticas (QUEIROZ, 1999, pp. 30-31). Isto, pois, se a 'Arqueologia' aborda um nível no qual as diferenças e semelhanças são determinadas pela própria produção de formas gerenciáveis de conhecimento, a 'Genealogia', de maneira quase idêntica, busca ossubstratos de conhecimento e cultura, sendo que Foucault descreve este último como um nível em que os fundamentos essenciais de verdadeiro e do falso só poderiam ser distinguidos por evidenciação dos mecanismos de poder (QUEIROZ, 1999, p. 33). Tal redundância procedimental parece ocultar o fato de que ambas as categorias foucaultianas são em essência o mesmo conceito epistêmico e metodológico.

A 'Genealogia', especificamente, questiona o surgimento comumente entendido de várias crenças filosóficas e sociais, tentando explicar o espaço, alcance ou totalidade de determinada ideologia em dado recorte espaço-temporal. A partir desta noção, seria possível transcender os limites das concepções meramente ideológicas em função de suas próprias possibilidades gnosiológicas. Michel Foucault expandiu o conceito original de Nietzsche para uma noção de 'contra-história' a partir da posição do sujeito, traçando o desenvolvimento das pessoas e das sociedades ao longo da história. Assim busca revelar a constituição de saberes, discursos, domínios de objetos, sem uma necessária abordagem transcendental ou metafísica (FOUCAULT, 2003, 206). Esta abordagem, contudo, imprescinde do que Foucault chama de 'Método Arqueológico':

Em poucas palavras, parece que a partir da observação empírica de um conjunto de fatos historicamente aceitáveis, no mesmo período de tempo em que são observáveis, a análise busca o nexosaber-poder, sustentado onde ele é aceito, mas buscando o que o torna aceitável, obviamente, não em geral, mas apenas quando ele é aceito. Isto é o que pode ser caracterizado como recuperação de sua positividade. Então há um tipo de procedimento, que, despreocupado de sua legitimação e, conseqüentemente, excluindo a perspectiva legal, percorre o ciclo de positividade, procedendo do fato de aceitação para o sistema de aceitabilidade, sendo ambos analisados pela correlação entre 'Saber' e 'Poder'. Podemos dizer que este é, em alguma medida, o nível arqueológico de análise. (FOUCAULT, 2007, p. 61) [tradução aproximada].

A metodologia foucaultiana de fato parece ser útil a uma primeira abordagem crítica de um cientista social e jurista, contudo, nega veementemente qualquer ontologia da profundidade, *id est*, questões de origem, de sentido e a busca da verdade histórica (ainda que funcional e analiticamente). Neste sentido, a obra foucaultiana se coaduna a mera '*ontologia do presente*' (QUEIROZ, 1999, p. 19), satisfeita com a superfície da ontologia histórica, afastada de projetos entendidos como globais ou radicais (QUEIROZ, 1999, pp. 19-20). Tal análise revela não só um '*presentismo*' tóxico na obra de Foucault, mas também uma regressão teórica atávica de certo romantismo, *id est*, ominosa inflação da subjetividade operada por um solipsismo alheio às metanarrativas modernas e projetos civilizacionais.

A forma como Foucault hipostasia suas próprias categorias ('*Discurso*', '*Arqueologia*' e '*Genealogia*') acaba por inflar a subjetividade, causando, segundo Habermas (2000, p. 387), perigosa redução da historicidade humana e sua significância coletiva, visto que superestima a perspectiva do observador etnológico como principal ente significante da Realidade. Por conseguinte, são reduzidas as pretensões de validade a meros efeitos de poder, deflacionando a significância de qualquer normatividade, naturalizando o '*Ser*' em detrimento de qualquer '*Dever-Ser*'.

A tríade '*Discurso*', '*Genealogia*' e '*Arqueologia*', tomada ortodoxa e acriticamente, pode engendrar uma infértil busca por objetividade histórica de determinadas estruturas discursivas, o que caracterizaria os *anima* de pesquisadores foucaultianos como presentistas e auto-referenciados (HABERMAS, 2000, pp. 347, 352, 389), flertando, por conseguinte, com ideários e posturas irracionistas, às custas de metanarrativas civilizatórias, como Ética, Filosofia Moral, Teoria Política ou Direito.

II. UM PERIGOSO FLERTE COM A IRRACIONALIDADE

Ao debruçarmo-nos sobre a questão do '*Discurso*', revelado epistemologicamente mediante arqueologia e genealogia *foucaultianas*, enxergamos um perigoso flerte com o ideário (autointitulado) pós-moderno pela inflação da subjetividade (RODRIGUES, 2006, p. 150), em especial ao reduzir o sentido histórico à perspectiva de um dado observador (HABERMAS,

2000, pp. 386-387). Assim como Nietzsche, Foucault parece empreender uma crítica à “Razão do Sujeito” e demais formas modernas de conhecimento (HABERMAS, 2000, p. 123) como meramente ‘genealógicas’, isto é, situadas, historicamente, em detrimento a um mito dionisíaco pretérito à formação da subjetividade moderna (HABERMAS, 2000, p. 125). Esta subjetivação da ‘Razão’ enquanto ‘Discurso’, anulação de diferenças organicamente naturais, é evidenciada pela metodologia de Foucault enquanto explicação dos possíveis nexos entre Ciências Sociais e práticas clínicas de isolamento e vigila:

O nascimento da instituição psiquiátrica, da clínica em geral, constitui um bom exemplo de uma forma de disciplina que mais tarde Foucault descreverá simplesmente como tecnologia moderna de dominação (...) o olhar objetivante e examinador, que decompõe analiticamente, que tudo controla e penetra, adquire para essas instituições uma força estruturante; e o olhar do sujeito racional, que perdeu todos os vínculos meramente intuitivos com seu mundo circundante, que demoliu todas as pontes do entendimento intersubjetivo, e para o qual, em seu isolamento monológico, todos os outros sujeitos só podem ser alcançados na qualidade de objetos de uma observação impassível. (HABERMAS, 2000, p. 343).

A noção foucaultiana de ‘Discurso’, por ser tributária do niilismo de Nietzsche (FOUCAULT, 2008, pp. 15, 16), tende a abandonar qualquer consciência de tempo (não busca ‘origens’, mas ‘começos’ contingentes), bem como os esforços hermenêuticos empreendidos desde Schleiermacher e Dilthey (HABERMAS, 2000, p. 350). Tanto o ‘Arqueólogo’ quanto o ‘Genealogista’ podem reduzir hermeneuticamente às suas meras estruturas os objetos cognoscentes, reproduzindo apenas relações de causalidade em detrimento de imputações normativas oriundas da reflexão metafísica.

O arqueólogo, ao contrário, retransformará os documentos loquazes em monumentos mudos, em objetos que tem de ser liberados do seu contexto para se tornarem acessíveis a uma descrição estruturalista. A partir de fora, o genealogista aproxima-se dos monumentos arqueologicamente desenterrados para explicar sua proveniência dos altos e baixos contingentes de lutas, vitórias e derrotas. Somente o historiador que despreza soberanamente tudo o que se abre a compreensão de sentido pode anular a função de fundador do sujeito cognoscente (HABERMAS, 2000, p. 351).

Em outras palavras, ao recusar até mesmo ‘absolutizar o relativo’, a

história efetiva, no sentido nietzschiano de '*Wirkliche Geschichte*', busca evitar as armadilhas da história tradicional com sua dependência de metafísica (VIGHI, FELDNER, 2007, p. 14). Esta historiografia genealógica torna-se eficaz na medida em que se reintroduz naquilo que haveria de imortal no homem, afasta-se do continuísmo, mas coaduna as rupturas a possíveis interpretações etapistas (VIGHI, FELDNER, 2007, p. 14). A partir destas premissas historicistas foucaultianas que explicam o fenômeno '*Discurso*' não se justificaria, por exemplo, criticar seus escritos como eternizadores de uma lógica historicamente específica e limitada de simbolização (VIGHI, FELDNER, 2007, p. 18).

Contudo, tais premissas nietzschianas, ao observar e teorizar o Direito em senda crítica⁹ tornam-se problemáticas se supormos que, conforme Hegel (2003, p. 206) a própria concretização do Direito no Estado faz com que não se indague a respeito da moralidade individual, mas mire-se na eticidade estatal. Tal conclusão (que permite a base de qualquer teoria jurídica relevante) só se dá pela assunção de que o pensamento histórico é formado não pela mobilidade ou fluidificação subjetiva, mas sua própria impossibilidade de completa coerência gnosiológica (ŽIŽEK, 2014, p 33)

Neste sentido, em Foucault, não há compreensão (*Verstehen*) como em Kant e Weber, nem historicismo metafísico (*Geschichtsphilosophie*), como em Hegel, mas desconstrução e conseqüente obliteração do contexto de significância. Se ignorada a hipótese de que todos os seres humanos buscam

⁹ Para Žižek "(...) pode-se tomar três propensões para a filosofia do direito que, às vezes, tornam-se contraditórias entre si. Na primeira, o direito deve ser buscado na concretude, ao considerar os excluídos. Enquanto o direito não for para todos, como uma questão de política de combate, de contrariedade aos interesses do capitalismo, se estará no predomínio absoluto de uma corrente neoliberal de dominação. Como Žižek afirma em diversas passagens de sua obra, o capitalismo convive muito bem com os direitos humanos, com o multiculturalismo, com o assistencialismo e com as reivindicações das minorias. Por exemplo, para Žižek, a resolução não é negar os direitos humanos ou as lutas das minorias, mas tomar partido pelas mudanças dos quadros sociais de exclusão, contrariando a política imperialista neoliberal. Em um segundo momento, para Žižek, o direito se manifesta como exercício do poder, e sua verdade estaria na exceção. Žižek parte de Carl Schmitt, no sentido do realismo político, na constatação da bipolaridade amigo/inimigo. O direito não é abstração, e não lhe importa os aspectos positivistas em si mesmos. O direito é realidade e depende em sua filosofia essencialmente de uma decisão política, de uma politização novamente das relações econômicas de base, da escolha amigo/inimigo, na qual o inimigo é o sistema capitalista e a política neoliberal. Não que com isto Žižek negue alguns direitos, mas é cômico das insuficiências desses e das suas posições no campo maior da ideologia e do poder nu, da vida nua, para usar uma expressão de Agamben. Em um terceiro momento, conforme já se afirmou, o filósofo esloveno, em um pensamento teórico mais apurado, retomará o marxismo jurídico, reconhecendo que o direito existente é aquele que medeia as relações econômicas capitalistas, por isso é insuficiente enquanto objeto de transformação. Aqui Žižek é contraditório com suas críticas não-marxistas ao neoliberalismo" (GRILLO, 2009, pp. 51-52).

uma orientação subjetivamente significativa para o mundo (WEBER 1978, p. 499), o que fundaria, portanto, qualquer ciência? O radicalismo de Foucault busca, por conseguinte, afastamento das reflexões metafísicas em sede da finitude humana como fundamento da atividade filosófica, o que encerra em ominosa letargia epistemológica o pensamento crítico do Ocidente.

É elucidativa a crítica de Jürgen Habermas a Foucault no que concerne à temática da Racionalidade, especialmente aos argumentos expostos em *"Surveiller et punir: Naissance de la Prison"* (1975 / 1985¹⁰) e *"Les mots et les choses: Une archéologie des sciences humaines"* (1966 / 2005), nos quais (em uma explicação sucinta) o filósofo francês entende as Ciências Humanas como meras estratégias de dominação, ignorando suas potencialidades hermenêuticas, críticas e civilizacionais. Em *"Surveiller et punir"* (1975 / 1985) neutraliza a diferença entre vontade de saber e vontade de poder ao afirmar que todos os discursos são poderosos. A categoria de poder serve tanto para a análise das tecnologias que mostram o funcionamento do saber, quanto como conceito fundador, teórico, peça chave para desmascarar a razão, através da genealogia. Isto significa que, segundo Foucault, as ciências humanas (sobretudo o Direito) são originadas e perpetuadas mediante uma compreensão binária de *'Saber-Poder'*, o que, para Habermas (2000, p. 256) é um reducionismo epistemológico, afeito a abordagens irracionistas. Neste sentido Habermas aponta uma perigosa (senão incoerente) mistura de idealismo transcendental com a pressuposição de uma eventual ontologia empírica:

A genealogia das ciências humanas de Foucault entra em cena com um irritante papel duplo. Por um lado, desempenha o papel empírico de uma análise das tecnologias de poder (...). Neste aspecto, as relações de poder interessam como condições de formação e como efeitos sociais do conhecimento científico. E, por outro lado, esta mesma genealogia desempenha o papel transcendental de uma análise das técnicas de poder que se propõem explicar como são possíveis os discursos científicos sobre o homem. (...). No seu conceito básico de poder Foucault força o encontro do pensamento idealista da síntese transcendental com os pressupostos de uma ontologia empírica. Esta abordagem, não pode, portanto, conduzir a uma saída da filosofia do sujeito, porque o conceito de poder [...] foi ele próprio retirado do repertório da filosofia da consciência. Para a filosofia da consciência há apenas duas espécies de relações que o

¹⁰ A primeira data consignada nas referências usadas concerne à publicação original, enquanto que a segunda refere-se à edição utilizada no presente trabalho.

sujeito pode adotar perante o mundo de objetos: relações cognitivas (...) e relações práticas. (...) Através do critério de sucesso da ação, o poder permanece dependente da verdade. Ora, Foucault inverte esta dependência. Foucault não pode fazer desaparecer as aporias que atribui à filosofia do sujeito por meio de um conceito de poder retirado da própria filosofia do sujeito. (HABERMAS, 2000, p.259).

A partir da crítica Habermasiana, Foucault parece ignorar ideais das metanarrativas modernas, geralmente associados a proposições coletivistas (ou socializantes) de emancipação humana, pois enxerga os indivíduos como meros produtos estandardizados por alguma formação discursiva (HABERMAS, 2000, p. 273). Por conseguinte, haveria certo desprezo das categorias (eminentemente modernas) de validade, de sentido e valor, pois não vislumbra todo e qualquer sinal de ação comunicativa no mundo da vida (em léxico habermasiano). Este aparente irracionalismo ignora a herança epistemológica da Modernidade, a qual fornece os critérios civilizacionais de distinção dicotômica entre categorias como autonomia e heteronomia, legalidade e moralidade, e, sobretudo, opressão e emancipação. Ao não vincular tal herança da Modernidade, segundo Habermas, Foucault parece ignorar a possibilidade de um arranjo social legítimo, dotado de elementos basilares como intersubjetividade, alteridade, agência humana, normas imperativas e axiologia, o que potencialmente frustraria a consolidação de ideais civilizacionais em termos institucionais. Ou seja, uma mera filosofia da consciência, quando alheia a outras abordagens, é ingênua por não levar em conta suas próprias aporias, sendo imperioso retornar ao discurso filosófico da modernidade (HABERMAS, 2000, p. 278), mesmo que ladeado a algum '*contra-discurso*', desde que este possa sublimar a mera subjetividade e solipsismo epistemológico. Contudo, o flerte irracionalista parece tender a chamada 'Pós-Modernidade' em todos os seus pecados de fragmentação social.

Essa tendência pós-modernista e (pois) irracionalista é temerária ao Direito pois ignora (proposital ou acidentalmente) a Razão, cuja essência (em sentido kantiano) é a máxima instância reguladora da paz (GOYARD-FABRE, 2006, p.202). O *animus* de Foucault insere-se no movimento de criticismo à *Luria* (revisto e renovado face a tradição neokantiana, especialmente da escola de Marburgo), pois, a partir de Nietzsche, e paralelo a François Lyotard, denuncia entraves e aporias do racionalismo jurídico da Modernidade (GOYARD-FABRE, 2006, p.263). Esta revisão da herança Kantiana esboça o

contradiscurso filosófico, pelo qual o paradigma da filosofia da consciência seria suplantado pelo paradigma da intercompreensão (GOYARD-FABRE, 2006, p.279). Todavia este contradiscurso parece não elucidar a relação interpessoal mediada pela linguagem (conforme propõe Habermas e outros frankfurtianos, visto que parece não fazer distinções entre a Razão centrada no sujeito e a chamada '*Razão comunicacional*' (GOYARD-FABRE, 2006, pp.279-280).

Os conceitos céticos de razão tiveram um efeito terapêutico sobre a filosofia, desencantando-a e confirmando-a na sua função de guardiã da racionalidade. 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 como repressão procurando, a seguir, de modo fatalista ou extático, encontrar refúgio em algo totalmente Outro. (HABERMAS, 1990, p.16)

Esta crítica, em última análise, sustenta-se pela premissa ideológica de que a Racionalidade Kantiana, até em seus ajustes reclamados no último quartel do século vinte, presume uma reflexão incessantemente renovada sobre o Direito (GOYARD-FABRE, 2006, p.289).

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS - FOUCAULT UM PÓS-MODERNO?

Entende-se, em sede de premissa argumentativa, '*Modernidade*' como o período no qual o '*Universal*' não existe fora do '*Ente antropomórfico*' (ABBAGNANO, 2007, p.679). É, por conseguinte, *ab origine*, fruto de reflexão religiosa¹¹ face à crescente secularização da vida mundana. Em tese, este

¹¹ A noção de Modernidade "(...) surge aqui e ali por meados do século XIX, para indicar muito vagamente uma corrente de estilos e conteúdos poéticos novos. No alvorecer do presente século, na Itália, ele passa, por analogia, do campo literário para o religioso. É usado inicialmente com ironia pelos católicos tradicionalistas, em luta polêmica contra os simpatizantes e promotores do movimento cultural inovador que assentava principalmente no evolucionismo em todos os setores e provocou o interesse crítico de todas as igrejas históricas, a começar pela cristã e particularmente pela católica. Com este significado reformista-religioso, o termo entrou no léxico usual europeu para aí ficar definitivamente. Por isso, quem hoje diz Modernismo reevoca um movimento, de idéias substancialmente crítico-religiosas, muito complexo e variado em suas múltiplas expressões, que, no início do século XX, na área ocidental, tentou arrancar a formulação da fé revelada de um quadro metafísico absolutizante, para inseri-la no processo real da história e da cultura, em constante mudança. O Modernismo representou, em termos mais simples, um esforço por harmonizar a fé com o progresso científico, esforço que se apresentaria de novo na transição de uma época a outra" (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p.769).

período prolonga-se a contemporaneidade, sendo as mudanças observadas meros sintomas de agudização do que se iniciou ao ocaso da Idade Média, não havendo, de fato qualquer ruptura epistêmica que justifique eventual utilização do sufixo 'Pós':

Outros creem que as formas realmente distintas de arte e pensamento contemporâneos deram um salto quantitativo além de outras sensibilidades do modernismo e ganharam o direito de se chamar a si próprias de "pós-modernas". Respondo a esses argumentos antitéticos, embora complementares, retomando a visão de modernidade que está no início deste livro. Ser moderno, eu poderia dizer, é experimentar a vida pessoal e social como um turbilhão marítimo, encontrar o próprio mundo e a si próprio em perpétua desintegração e renovação, agitação e angústia, ambiguidade e contradição: ser parte de um universo no qual tudo o que é sólido se desmancha no ar. Ser um moderno é, de algum modo, sentir-se à vontade neste turbilhão, fazer dos ritmos deste o seu próprio ritmo, mover-se nas suas correntes à procura das formas de realidade, de beleza, de justiça que seu fluxo febril e perigoso propicia (BERMAN, 2010, p. 345) [tradução aproximada].

A conceptualização de 'Pós-Modernidade' é essencialmente problemática, pois convergem argumentos de sede epistemológica, histórica e estética (KAPLAN, 1993, p. 12). O Pós-modernismo, no entanto, não é nem algo natural nem um artefato material e, enquanto teoria, não busca qualquer equilíbrio (BRANN, 1992, p. 4), pois trafega epistemologicamente entre 'Resistência' e 'Transgressão', sem perder de vista sua fundação estética e ideológica no Capitalismo Tardio e sua indústria cultural de massa (JAMESON, 2003, pp. 66-67). Dentro destes termos, Foucault parece se encaixar no quadro de pensadores da 'Pós-Modernidade'.

Foucault critica a modernidade e o Humanismo iluminista, especialmente ao proclamar "morte do homem" (FOUCAULT, 2005, p. 373) e desenvolver novas perspectivas sobre a sociedade, conhecimento, discurso e poder. Neste sentido, Foucault rejeita a equação da razão, emancipação e progresso, argumentando que a interface entre as formas modernas de poder e conhecimento serviram para criar novas formas de dominação (FOUCAULT, 1984, p. 42). O projeto foucaultiano, em poucas palavras, trata de uma "crítica da nossa era histórica" (FOUCAULT, 1984, p. 43) de forma a problematizar modernas formas de conhecimento, racionalidade, instituições sociais e

subjetividade, reduzidas a meras contingentes construções históricas e sociais de poder e dominação.

No que concerne à construção social do Direito, a obra de Foucault parece reduzir a *luria* a meros procedimentos e práticas havidas no interior de formações históricas específicas, descritas via arqueologia e genealogia. Isto se torna problemático pois parece recusar qualquer noção de antropologismo transcendental, buscando meramente descrever o funcionamento das práticas jurídicas sem admitir qualquer *animus* universalista, a não ser para denunciá-lo como forma de opressão. O apelo ao denunciamento desprovido de Ética ou qualquer axiologia, parece evidenciar Foucault como pós-moderno:

Em consonância com a concepção materialista da história - que sustenta que "não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência" -, podemos dizer que, funcionando como uma espécie de encarnação do "Espírito do Tempo", ou melhor, como Espírito de sua geração, Foucault é o pensador que melhor capta as alterações operadas na ordem capitalista a partir da onda longa recessiva que se abate sobre o modo de produção capitalista e a cultura, em fins dos anos sessenta do século vinte - a crise estrutural do capital analisada por Mészáros . Entretanto, a sensibilidade e a engenhosidade de Foucault não foram suficientes para que ele pudesse superar uma compreensão unilateral deste fenômeno objetivo. (...) Ademais cabe lembrar que Foucault foi um pensador proto pós-moderno, muito mais do que um pensador tipicamente pós-moderno. Se comparado aos pósmodernistas atuais, o neilista de cátedra se revelaria como um pensador bastante racional e muito preso a documentos e provas históricas. Além disso, diferentemente do conjunto de defensores da pós-modernidade, não há em seu pensamento uma proposição clara da constituição de um novo paradigma, nem tampouco uma proclamação aberta do sujeito descentrado. Contudo, sua obra prenuncia todos os traços antiontológicos do pós-modernismo: o neo-irracionalismo, a semiologização do real, o deslocamento do sujeito moderno, centrado e autônomo, a política transgressiva. Portanto, mesmo não tendo nunca utilizado o termo pós-moderno, Foucault foi o mais importante precursor da lógica cultural do capitalismo tardio. Aliás, quando a cristalização deste termo e de seus correlatos (pós-modernismo e pósmodernidade), emergem nas ciências humanas e sociais, em finais dos anos setenta - com o livro fundacional de Lyotard -, grande parte dos fundamentos da obra foucaultiana já havia sido erguida. (RODRIGUES, 2006, pp. 163-164).

O Direito, enquanto projeto universalizante moderno específico impescinde de algum voluntarismo alheio às meras descrições vazias desprovidas de propostas. Considerando o Direito fundado em um paradigma de agência civilizacional com vistas à emancipação humana, presente em uma primeva deontologia jurídica (*lato sensu*) narrada em Jhering (1915) e transcendida em Cossio (1964), entende-se a *luria* como força propagadora e garantidora da liberdade (material) do homem. Este entendimento material de liberdade que o Direito se propõe a garantir e propagar se coaduna concomitantemente às conquistas democrático-procedimentais liberais e aos esforços igualitários dos muitos socialismos, transitando, portanto, entre os dois grandes limites da *weltanschauung* moderna.

Todavia, ideias de emancipação com um viés universalizante, ainda que por meta-narrativas meramente metodológicas, negam materialmente a formalidade de relativismos “líquidos” que são em si contraditoriamente absolutizantes, sob o signo do próprio Liberalismo tardio. Uma compreensão afeita ao pós-modernismo (seja entendido como recorte histórico ou ideário normativo) tende a mesclar gnosiologicamente o objeto de qualquer investigação com próprio enunciado acerca do mesmo, o que tende a limitar a agência às contingências fragmentárias, sejam elas de ordem semiológica ou histórica. Possibilitar algum conhecimento metanarrativo, especificamente o Direito, significa negar qualquer flerte com o ideário pós-moderno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. “Dicionário de Filosofia”. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2007.
- ASHENDEN, Samantha, OWEN, David. “Introduction: Foucault, Habermas and the Politics of Critique”. In: ASHENDEN, Samantha, OWEN, David. [eds.] *Foucault contra Habermas: Recasting the Dialogue between Genealogy and Critical Theory*. Londres: Sage. 1999.
- BERMAN, Marshall. “All That Is Solid Melts Into The Air” Londres: Verso. 2010 [1982].
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. “Dicionário de Política”. Brasília: Editora UNB. 1998 [1983].
- BRANN, Eva T. H. “What is Postmodernism? “. In.: *The Harvard Review Of Philosophy Vol 2. Nº1*. Cambridge: Harvard University Press. 1992. Disponível no sítio eletrônico <<http://www.harvardphilosophy.com/issues/1992/Brann.pdf>> acessado em 03 de janeiro de 2016.

- CALINESCU, Matei. "Five Faces of Modernity - Modernism, Avant-garde, Decadence, Kitsch, Postmodernism". Durham: Duke University Press. 1987.
- CASTELO BRANCO, Guilherme, PORTOCARRERO, Vera. [orgs.]. "Retratos de Foucault". Rio de Janeiro: Nau Editora. 2002.
- CHAVES, João Freitas de Castro. "O Problema do Direito Novo em Michel Foucault: Entre a Resistência e o Fora". Dissertação de Mestrado defendida em 2006; 200 fls. Faculdade de Direito – Universidade Federal de Pernambuco. *Mimeo*. Disponível no sítio eletrônico <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4588>> acessado em 28 de março de 2016.
- COSSIO, Carlos. "La Teoría Ecológica Del Derecho Y El Concepto Jurídico De Libertad". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1964.
- DREYFUS, Hubert, RABINOW, Paul. "Michael Foucault, uma trajetória filosófica: para além do Estruturalismo e da Hermenêutica". Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1995 [1983].
- FOUCAULT, Michel. "The Essential Foucault - Selections from Essential works of Foucault. 1954-1984". Nova Iorque: The New Press. 2003.
- FOUCAULT, Michel. "What is Critique?" In. LOTRINGER, Sylvère [ed.]. *The Politics of Truth*. Nova Iorque: Semiotexte. 2007 [1984].
- FOUCAULT, Michel. "Arqueologia do Saber". Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. 2008 [1968].
- FOUCAULT, Michel. "The Order of Things - An Archaeology of the Human Sciences". Londres: Routledge, 2005 [1966].
- FOUCAULT, Michel. "Vigiar e punir". Petrópolis: Vozes, 1987 [1975].
- FOUCAULT, Michel. "What is an Author?". In. *Language, Counter-Memory, Practice: Selected Essays and Interviews by Michel Foucault*. BOUCHARD, Donald [ed.]. Ithaca: Cornell University Press. 1977 [1969].
- GOYARD-FABRE, Simone. "Filosofia Crítica e Razão Jurídica". São Paulo: Martins Fontes. 2006.
- GOYARD-FABRE, Simone. "Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno". São Paulo: Martins Fontes. 1999 [1997].
- GRILLO, Marcelo Gomes Franco. "O Direito Na Filosofia De Slavoj Žižek: Perspectivas Para O Pensamento Jurídico Crítico". São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie. Dissertação de mestrado defendida em 2009; 125 fls. Universidade Presbiteriana Mackenzie - Mestrado em Direito Político e Econômico. *Mimeo*. Disponível no sítio eletrônico <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp107612.pdf>> acessado em 20 de dezembro de 2015.
- HABERMAS, Jürgen. "O Discurso Filosófico da Modernidade". São Paulo: Editora Martins Fontes. 2000 [1985].

- HABERMAS, Jürgen. "O Horizonte da Modernidade está se deslocando". In. *Pensamento PósMetafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro, ed. Tempo Brasileiro. 1990 [1988].
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich "Princípios da Filosofia do Direito". São Paulo: Editora Martins Fontes: 2003 [1820].
- INGRAM, David. "Foucault and Habermas". In. *GUTTING, Gary [ed.] The Cambridge Companion to Foucault*. Cambridge: Cambridge University Press. 1994.
- JAMESON, Frederic. "O Marxismo Tardio – Adorno ou a Persistência da Dialética". São Paulo: Boitempo Editorial / Editora UNESP. 2003 [1990].
- JHERING, Rudolf Von. "The Struggle for Law". Nova Iorque: J. J. Lalor Editor. 1915 [1872].
- KAPLAN, E. Ann. [org.] "O Mal-Estar no Pós-Modernismo – Teorias e Práticas". Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1993 [1990].
- KAPLAN, E. Ann. "Introdução". In.: *Kaplan, E. Ann. [org.] O Mal-Estar no Pós-Modernismo – Teorias e Práticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1993 [1990].
- LUKÁCS, Georg. "Die Zerstörung der Vernunft - Der Weg des Irrationalismus von Schelling zu Hitler". Aufbau: Berlin. 1988 [1954].
- MEGILL, Allan. "Prophets of Extremity - Nietzsche, Heidegger, Foucault, Derrida". University of California Press: Berkeley. 1985.
- MILLER, James. "The Passion of Michel Foucault". Harvard Press: Cambridge. 1993.
- QUEIROZ, André. "Foucault: o Paradoxo das Passagens". Rio de Janeiro: Pazulin. 1999.
- RODRIGUES, Mavi. "Michel Foucault sem espelhos: um pensador proto pós-moderno". Rio de Janeiro: ESS-UFRJ. Tese de Doutorado defendida em 2006; 256 fls. Escola Serviço Social – Universidade Federal do Rio de Janeiro. *Mimeo*. Disponível no sítio eletrônico <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=35386> acessado em 20 de dezembro de 2015.
- SOLOMON, Robert. "Nietzsche, Postmodernism, and Resentment – A Genealogical Hypothesis" In: *KOELB, Clayton [org.] Nietzsche as Postmodernist - Essays Pro and Contra*. Albany: State University of New York Press. 1990.
- VIGHI, Fabio, FELDNER, Heiko. "Žižek: beyond Foucault". Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2007.
- WEBER, Max. "Economy and Society" Berkeley: University of California Press. 1978 [1922].
- ŽIŽEK, Slavoj. "Bem-vindo ao deserto do Real". São Paulo: Boitempo, 2008 [2002].
- ŽIŽEK, Slavoj. "Menos que Nada: Hegel e a Sombra do Materialismo Dialético". Boitempo Editorial. 2014 [2012].