

**A TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS
ENTRE A SUJEIÇÃO E A BARBARIE:
POR UMA CRÍTICA DO SUJEITO
TRANSCENDENTAL***

Daniel Krüger Montoya**

Walter Guandalini Jr.***

Faculdade de Direito Dom Bosco, Brasil

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2008

Fecha de aceptación: 20 de mayo de 2009

Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história.

Michel Foucault¹

Ao apartar-se alguma alma feroz
do corpo extinto por sua própria mão,
Minós a manda para a sétima foz.

Na selva cai, sem predestinação
de lugar, que a Fortuna só acautela,
e brota aí como gramíneo grão,

*e cresce, e árvore agreste se modela.
Nutrindo-se as Harpias de seus racemos,
nos trazem dor e, para a dor, janela*
Dante Alighieri²

* Trabalho apresentado no Congresso Internacional de Historia Constitucional, realizado em Tlaxcala, México, entre 29 e 30 de outubro de 2008.

** Daniel Krüger Montoya é advogado trabalhista, especialista em Direito Empresarial (PUC-PR), e pesquisador do Núcleo de Pesquisa Direito, Historia e Subjetividade (UFPR). Contrato, danielmontoya@terra.com.br

*** Walter Guandalini Jr. é advogado da Companhia Paranaense de Energia e professor das Faculdades de Direito Dom Bosco, além de mestre e doutorando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (UFPR), pesquisador do Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade, membro do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD) e membro-fundador do Instituto Latino Americano de Historia del Derecho (ILAH). Contato: prof.walter.g@gmail.com

¹ Foucault (1999a: 10).

² Alighieri (1999:100).

Resumo

O presente trabalho examina algumas características do sujeito de direito tomado como fundamento pela teoria moderna dos Direitos humanos, procurando compreender seus pressupostos filosóficos e as conseqüências dessa decisão. Construída como desenvolvimento jurídico do “sujeito” cunhado pela filosofia moderna, a categoria “sujeito de direito” é também universal, individual, autônoma e abstrata, o que torna os mitos da “igualdade formal” e da “autonomia da vontade” os principais fundamentos da teoria moderna dos direitos humanos. A crítica de Michel Foucault expõe as debilidades desse sujeito, ao demonstrar que ele é apenas a transcendentalização de um sujeito empírico. Constituído historicamente por práticas de saber, práticas de poder e práticas sobre si. Incorporando ficção iluminista do sujeito transcendental, o direito se torna impotente perante as dissimetrias entre indivíduos empiricamente existentes, o que obstaculiza emancipação e reproduz barbárie.

Palavras-chave

Sujeito de direito; Teoria Moderna dos direitos Humanos; crítica do sujeito Transcendental.

**LA TEORIA DE LOS DERECHOS
HUMANOS ENTRE SUMISIÓN Y
BARBARIE: UNA CRÍTICA DEL SUJETO
TRANSCENDENTAL**

Resumen

El presente trabajo examina algunas características del sujeto de derecho como fundamento de la teoría moderna de los derechos humanos, buscando comprender sus fundamentos filosóficos y sus consecuencias. Construída como desarrollo jurídico del “sujeto” acuñado por la filosofía moderna la categoría sujeto de derecho es a la vez universal individual, autónoma y abstracta tornando así los mitos de la igualdad formal y de la autonomía de la voluntad en los principales fundamentos de la teoría moderna de los derechos humanos. La crítica de Michael Foucault expone las debilidades de ese sujeto, al demostrar que él no es más que la “trascendentalización” de un sujeto empírico

constituído historicamente por prácticas del saber, practicas del poder y practicas sobre el ser.

Incorporando una ficción iluminista del sujeto trascendental el derecho se vuelve impotente frente a las asimetrías entre individuos empíricamente existentes lo que obstaculiza la emancipación y reproduce la barbarie.

Palabras clave

Sujeto de derecho, teoría moderna de los derechos humanos, crítica del sujeto trascendental

1. INTRODUÇÃO

Desde o século XI a Itália se encaminhava para uma vida de dinamismo burguês, atingindo, ao final do séc. XIII, uma explosão de costumes capaz de abalar os alicerces de toda a sociedade. Já no início do século XIV, em meio à crise social que caracterizaria o processo de transição para o capitalismo, Dante Alighieri publica a obra que haveria de lhe consagrar como “homem síntese da Idade Média” (DISTANTE, 1999: 7): *A Divina Comédia*. Escrita em um contexto de perda de referenciais morais, a *Comédia* tem um claro fim pedagógico: busca, pelo exemplo dos pecadores e suas penas, a redenção moral da humanidade e a sua salvação do abismo de pecado em que parecia estar caindo.

A obra tem algo de auto-biográfica: já adulto, Dante se vê perdido em uma “selva escura”, resultado de uma longa vida de transgressões e pecados³. Cercado por feras que o impedem de seguir em direção ao monte iluminado pelo Sol da Graça Divina⁴ (alegoricamente, ainda sujeito

a cometer os pecados da incontinência, violência e fraude), é chamado pela alma do poeta Virgílio a trilhar uma viagem através do Inferno e do Purgatório, onde lhe serão mostrados os terríveis castigos impostos aos que morrem em pecado. Não tendo sido batizado, porém, Virgílio é proibido de acompanhá-lo ao Paraíso, local por onde será guiado pela “alma mais digna” de seu amor de juventude, Beatriz⁵. O objetivo final da jornada: o encontro com a verdade divina, a libertação moral do pecado e a salvação de Dante.

Assim, na maior parte do caminho, o personagem principal será guiado por Virgílio, símbolo da Razão que possibilita ao homem adquirir as quatro virtudes cardeais – força, justiça, prudência e temperança –, por meio das quais conhece o justo e o injusto. Contudo, apenas com o auxílio da alma pura de Beatriz, que representa as três virtudes do espírito – ou teologais: fé, esperança e caridade –, Dante se torna capaz de atingir o Paraíso, conhecer a verdade e se libertar plenamente.

Na primeira etapa da viagem, ainda no segundo giro do sétimo círculo do Inferno (destinado aos suicidas e perdulários), Dante e Virgílio se deparam com um denso arvoredo habitado por Harpias. Lá encontram, sob a forma de arbusto, a alma de Pier della Vigna, ex-ministro do imperador Frederico II que, aprisionado sob falsa acusação de traição, escolhera o suicídio para escapar da desonra⁶. A pedido de Virgílio,

não tanto que medo não me desse/ a vista, que surgiu-me, de um leão/ que parecia que contra mim viesse/ co'a fronte erguida e com fome raivosa,/ parecendo que o próprio ar o temesse;/ e de uma loba, de cobiça ansiosa,/ em sua torpe magreza, carregada,/ que a muita gente a vida fez penosa.” (Alighieri, 1999: 26).

³ “A meio caminhar de nossa vida/ fui me encontrar em uma selva escura/ estava a reta minha via perdida”. (Alighieri, 1999: 25).

⁴ “E eis que, ao encetar a rampa certa,/ uma onça ligeira e desenvolta,/ de pêlo maculado recoberta,/ saltando à minha frente e à minha volta,/ tanto me obstava a via do meu destino/ que mais vezes voltei-me para a volta./ Amanhecia, e no céu cristalino/ o sol subia co'essas mesmas estrelas/ que o acompanharam quando o amor divino/ primo moveu todas as coisas belas./ Pra não temer, davam-me assim razão/ a fera do gracioso pêlo, aquelas/ matinais horas e a doce estação;/ mas

⁵ “Portanto, para teu bem, penso e externo/ que tu me sigas, e eu te irei guiando./ Levar-te-ei para lugar eterno/ de condenados que ouvirás bradando,/ de antigas almas que verás, dolentes,/ uma segunda morte em vão rogando;/ e outros verás também que estão contentes/ no fogo, na esperança de seguir,/ quando que seja, pra as beatas gentes./ Às quais depois, se quiserás subir/ alma terás mais digna do que eu:/ deixar-te-ei com ela ao meu partir;/ que o imperador que reina lá no céu,/ porque para a sua lei eu fui herege,/ nega-me conduzirtes ao reino seu.” (Alighieri, 1999: 29).

⁶ “O meu desdém, lhe desprezando o custo/ julgou co'a morte ser de injúria isento/ e contra mim, justo, me fez injusto” (Alighieri, 1999: 99).

della Vigna lhes explica que a alma do suicida, após o julgamento do demônio Minós, cai nessa selva como semente, da qual cresce vasto espinheiro cujas folhas servem de alimento às Harpias. É este o castigo destinado àqueles que praticam violência contra si mesmos.

É de se perguntar: a desonra ou as Harpias? A pergunta não é destituída de sentido, mesmo hoje em dia. Sujeição ou violência? Vivemos, como Dante, um momento de incertezas, em que categorias tradicionais como “verdade”, “Estado” e “sujeito” são profundamente questionadas, chegando a perder completamente o sentido.

Dentre esses debates, aquele que se trava em torno da noção de “sujeito” parece concentrar o maior esforço dos pensadores. Pilar fundamental da Modernidade desde antes da “revolução copernicana do conhecimento” (promovida por Kant), que o coloca na posição de centro e fundamento de toda possibilidade de conhecimento e (emancip)ação humana, esta categoria está em crise. E, em crise, abala o edifício teórico construído pacientemente em mais de 500 anos de Modernidade, inclusive a construção teórica que fundamenta o debate atual sobre direitos humanos – que, afinal de contas, sempre o tomou como principal alicerce.

As conseqüências desse abalo são igualmente perceptíveis na filosofia, na ciência, na política e no direito, que perdem, com a crise do sujeito, o norte teórico que lhes servia de referência. Não se sabe, atualmente, que caminho tomar: se descartar o “sujeito moderno” em prol da dignidade humana, arcando com os riscos de um retorno à barbárie pré-Moderna do sétimo círculo (severo castigo pela agressão auto-infligida), ou se aceitar as falhas e limitações do projeto histórico Iluminista, procurando compensar a desonra da melhor forma possível. Como rejeitar o “sujeito” que pôs fim à barbárie? Como admitir um “sujeito” que reproduz sujeição? As Harpias ou a desonra?

É neste contexto que se deve travar a discussão acerca dos direitos humanos, na atualidade. Tomando como pressuposto uma concepção tipicamente moderna de sujeito de direito como ti-

tular individual de uma série de direitos inerentes à essência humana, a teoria contemporânea dos direitos humanos não consegue se manter imune à crise desse mesmo sujeito, sofrendo, inevitavelmente, os seus efeitos.

Assim, uma reflexão teoricamente consciente sobre o problema dos direitos humanos impõe, necessariamente, uma análise crítica sobre a própria existência desse sujeito de direito pressuposto – sem a qual a teoria dos direitos humanos não passará de formalismo e fantasmagoria.

2. SUBJETIVIDADE MODERNA E DIREITO

A constituição da subjetividade moderna nos remete ao pensamento de filósofos como René Descartes e Immanuel Kant. Com efeito, as reflexões realizadas por Descartes (1961) simbolizam o surgimento do racionalismo moderno, momento a partir do qual considera-se que a razão, sozinha, é capaz de encontrar a verdade. Até então, e desde Sócrates, não se acreditava na capacidade do homem de alcançar a verdade sem um trabalho sobre sua alma, sobre si mesmo⁷. A partir da reflexão de Descartes a busca da verdade se torna independente deste “cuidado de si”, podendo ser realizada unicamente com base na atividade racional do homem, por meio do método impessoal, passível de ser utilizado por *toda e qualquer sujeito*⁸. Desse

⁷ Na verdade, desde antes de Sócrates. Em Esparta, por exemplo, a justificativa dada pelos esparciatas para o fato de deixarem o trabalho aos escravos, em vez de cuidarem eles mesmos de seus afazeres, era que eles precisavam de tempo para “cuidarem de si mesmos”. Mas Sócrates consagra este pensamento com a menção, a Alcebiades, da frase “conhece-te a ti mesmo” – escrita nas paredes do Oráculo de Delfos, dedicado a Apolo (Foucault, 2001c: 7).

⁸ Assassina, assim, de um golpe, a casta Beatriz de Dante. Descartes acredita que Virgílio é, sim, capaz de, sozinho, conduzir o homem à verdade e à liberdade paradisíacas. Basta lembrar que na primeira frase de seu discurso sobre o método o autor já afirma ser o “bom senso” (razão) a “coisa mais bem distribuída entre os homens”, concluindo, em seguida, serem todos igualmente capazes, pela mera utilização deste “bom senso”, de atingir a verdade.

modo, o fundamento do pensamento filosófico deixa de ter um substrato teológico (espiritual), inaugurando a descoberta deste “*eu pensante*” uma nova forma de fundamentar a filosofia, que definirá as reflexões propostas posteriormente. Podemos concluir, com FONSECA (2002: 61), que “a filosofia da consciência, da razão, é o discurso da filosofia da modernidade, que tem o seu ponto de inflexão precisamente nessa concepção de subjetividade, definida a partir desses fundamentos”.

Nesse processo de constituição da subjetividade moderna, o pensamento de Kant também desempenhou um papel fundamental. Ao questionar a possibilidade do conhecimento – como é possível conhecer? – e qual deve ser a atitude moral do sujeito – o que devo fazer? (FONSECA, 2002: 62) –, Kant afirma que o conhecimento está vinculado a condições presentes no próprio sujeito, e que a razão que desvenda o conhecimento é autônoma para determinar os princípios éticos que irão conduzir a vida do indivíduo. Portanto, a autonomia da vontade em Kant se manifesta nessa possibilidade de o homem estabelecer para si, de forma livre e racional, os princípios éticos que irão reger sua vida – “a autonomia da vontade é a qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma” (KANT, s.d.: 67).

Assim, o panorama estabelecido pelo pensamento moderno apresenta o sujeito como o fundamento da vida em sociedade, da organização política e do conhecimento, tendo sido a passagem do *ancien régime* para a “era das luzes” profundamente marcada por sua presença, como ente universal, autônomo, abstrato e individual⁹.

O sujeito cunhado pela Modernidade é um sujeito universal porque nesta categoria se encaixam todos os seres humanos, sem espaço para particularismos de ordem racial, sexual, étnica ou cultural. Ao mesmo tempo, é um su-

jeito individual porque o homem é considerado como ser concreto e independente, com exigências próprias, detentor do direito de sua auto-satisfação. É também um sujeito autônomo porque livre e capaz para pensar e agir por si mesmo, para deter direitos e exercê-los. Finalmente, esse sujeito possui um caráter abstrato, uma vez que todo e qualquer homem empírico pode ser enquadrado na categoria “sujeito”, tendo a capacidade de – por intermédio de um método racional (e impessoal) – atingir a verdade sobre as coisas, e de estabelecer de maneira livre e racional os princípios éticos que irão reger sua própria vida – tal característica ganha importância no âmbito do Direito, onde a Lei procura atingir toda a coletividade com seus caracteres de generalidade e abstração. Evidencia-se, portanto, a crença em uma essência do sujeito, capaz de garantir a sua emancipação a partir de uma ação guiada pela racionalidade, levando à supressão das desigualdades impostas pelo regime anterior.

Esta concepção de sujeito, construída historicamente, também foi determinante na configuração do pensamento jurídico moderno. O movimento codificador iniciado no século XVIII teve como fundamento filosófico o pensamento Iluminista que também forneceu os alicerces para a teoria dos direitos humanos¹⁰, trazendo consigo noções que até hoje sustentam a dogmática jurídica. Como aponta Michel Miaille (1989: 114), a noção de “sujeito de direito” é um dado básico do sistema de direito, a ponto de toda a teoria civilista ser calcada justamente na idéia de que todo indivíduo é um “sujeito de direito”¹¹.

⁹ Nesse sentido o artigo de Sérgio Paulo Rouanet: Iluminismo ou barbárie, in: Mal Estar na Modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 9-45.

¹⁰ Aponta-o a obra de R. C. Van Caenagem, Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. São Paulo: Martins Fontes, p. 117 a 130.

¹¹ Uma rápida análise nos mais tradicionais manuais de Direito Civil brasileiros nos demonstra o fato. Pode-se consultar BEVILAQUA, Clóvis (1980). Teoria Geral do Direito Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, p.57; GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 12ª ed. RJ: Forense, p. 57 e PEREIRA, Caio Mário (1986). Instituições de Direito civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

A racionalidade do ordenamento jurídico aponta que a existência de direitos apenas pode ser justificada na medida em que haja um sujeito capaz de exercê-los. Desta forma, a Lei (em maiúscula, como “mito fundante” do ordenamento jurídico moderno) complementa a construção da subjetividade moderna, imprimindo ao “sujeito de direito” aquelas características de universalidade, individualidade, autonomia e abstração, forjando um sujeito que torna todos os indivíduos iguais perante a lei, e cuja manifestação da vontade autônoma e racional deve ser respeitada quando faz uso de seu poder de ação (a simples frase “todos são iguais perante a lei” *fundou* os ordenamentos jurídicos do ocidente nos últimos 300 anos, estando presente, de uma forma ou de outra, em suas raízes durante todo esse tempo). Este é também o mesmo sujeito que funda a possibilidade de ação política, pressuposto pelo jusracionalismo dos teóricos contratualistas, que extrai de suas características imanentes (portanto, *históricas*), os elementos essenciais da racionalidade e da autonomia da vontade, que sustentarão todas as liberdades civis e políticas a partir das quais será possível a construção teórica de um núcleo imutável e universal de direitos transcendentais inquestionáveis.

Resta evidente que as construções teóricas que fundamentaram o pensamento moderno foram basilares também para a construção do pensamento jurídico moderno. A centralidade ocupada pelo sujeito é reflexo da crença na possibilidade de emancipação do ser humano, possibilitada por uma atitude crítica baseada na razão e considerada capaz de alçar os homens a uma nova etapa de sua evolução histórica. Ocorre, no entanto, que o projeto pregado pelas Luzes não foi realizado, e em vez de emancipação trouxe barbárie. São exatamente as contradições e ambigüidades da modernidade que serão analisadas por Michel Foucault: a crítica histórica realizada pelo filósofo francês atinge as bases do pensamento moderno, tendo conseqüências profundas no estudo do Direito. É o tema do próximo capítulo.

3. A CRÍTICA DO SUJEITO TRANSCENDENTAL

Michel Foucault questiona radicalmente o sujeito cunhado pela filosofia moderna, tornado fundamento do conhecimento, marcado pelas características de universalidade, autonomia, individualidade e abstração. Para FOUCAULT (2001b), não há um “ser-em-si” do sujeito. Ele é fruto de uma história recente, resultado de determinadas premissas históricas que tornaram possível a sua constituição – logo, *o sujeito não é universal no tempo e no espaço; ele tem uma história*¹².

O Sujeito Moderno é baseado em um duplo empírico-transcendental: os filósofos modernos partem da análise de um sujeito empírico, realmente existente, para transcendentalizá-lo, construindo uma abstração que se torna padrão de referência e fundamento de compreensão do próprio sujeito empírico. O sujeito se torna, assim, simultaneamente objeto e sujeito de conhecimento; ele é o empírico que pode ser conhecido e o transcendental que tem a capacidade de compreendê-lo. O saber obtido acerca do homem empírico é colocado acima dele e do mundo, o define, o transcendentaliza, e o abstrai em uma categoria transcendental e universal: o Sujeito.

Dessa forma, o homem é explicado a partir do próprio homem; não do homem de carne e osso, mas sim de um Homem trans-histórico, transcendental. Este Homem trans-histórico, contudo, não passa de uma abstração do homem empírico, que não é e nem pode ser natural e universal, pois, em última instância, é um homem que foi construído historicamente, resultado das inter-relações entre as diversas formas de poder de uma episteme historicamente vigente.

O modo como o sujeito se apresenta deve, por isso, ser associado ao regime de verdade

¹² Ou seja, não é natural, imanente, imutável; não existe algo como uma essência do sujeito. O que existe são diferentes formas de subjetividade, que se sucedem no tempo, nenhuma delas portadora de uma “humanidade essencial”, mas sempre conseqüência de configurações históricas das formas de poder (Fonseca, 2002).

e aos efeitos de verdade que o discurso de uma determinada episteme pode produzir. Isso quer dizer que ao longo da história várias subjetividades são produzidas – e todas essas subjetividades não devem pretender conduzir à busca de uma “subjetividade” original e fundante (FONSECA, 2002: 91).

Tendo sido afirmado que o sujeito não é universal, natural e imanente, mas um mero construto histórico, resultado das configurações de poder de uma dada episteme, torna-se necessário analisar as três forças que, em confluência, o constituem: os domínios do saber, do poder e da ética.

As práticas discursivas que desempenham o papel de produtoras epistêmicas; as práticas objetivadoras que permitem pensá-lo através das ciências cujo objeto é o indivíduo normalizável; e as práticas subjetivadoras, pelas quais o sujeito pode pensar-se enquanto sujeito. [...] São os domínios do saber, do poder e da ética, nos quais cabe perguntar como nos constituímos enquanto sujeitos do nosso saber, como nos constituímos enquanto sujeitos que exercem ou sofrem relações de poder e como nos constituímos como sujeitos morais de nossa ação (ARAÚJO, 2001: 87 – grifos da autora).

Na verdade, essas três dimensões são indissociáveis, e não podem ser compreendidas de modo estanque. Afinal, os saberes sobre o sujeito devem ter por suporte uma rede institucional de poder, ao mesmo tempo em que é impossível existir um regime de poder sem um regime de verdade que o sustente. Ainda, apesar de o âmbito das práticas de si sobre si mesmo ser compreendido por Foucault como o âmbito em que se torna possível a liberdade moral do homem, elas não prescindem da enunciação de um discurso verdadeiro, nem Foucault pretende afirmar, por meio delas, a possibilidade de extinção dos regimes de poder que constituem o sujeito.

Os enunciados discursivos constituem sujeitos, basicamente, de dois modos: por um lado, à medida que fixam o lugar do sujeito no discurso, determinando os indivíduos que podem ocupar

a posição de sujeito em diferentes enunciados – pois nem tudo pode ser dito, e nem de qualquer modo, nem por qualquer um¹³. Por outro lado, os enunciados também constituem sujeitos à medida que determinam uma situação de verdade para determinados indivíduos, visando à sua objetificação e normalização. O discurso psiquiátrico, por exemplo, além de constituir um *sujeito médico*, que é aquele que tem a prerrogativa de enunciar o discurso verdadeiro sobre a loucura, também constitui um sujeito sobre o qual o discurso incide, produzindo, assim, uma verdade sobre o *louco*; o discurso constrói, assim sujeitos loucos ou sujeitos normais, conforme se adaptem ou não ao regime de verdade que se estabelece discursivamente¹⁴.

É claro que esse regime de verdade muito dificilmente se imporia se não estivesse também intimamente relacionado a práticas institucionalizadas de poder. Se, de um lado, práticas epistêmicas determinadas foram capazes de objetivar o sujeito, do outro, práticas normalizadoras resultaram na produção de um determinado sujeito. As práticas normalizadoras, com suas regras de vigilância, observação e registro individualizante (poder disciplinar) e de controle da vida das populações e espécies (biopoder), acabam por constituir um sujeito individualizado, e, ao mesmo tempo em que o constituem, o sujeitam¹⁵. Dessa forma, as relações políticas e sociais não devem ser compreendidas como aquilo que “incide” sobre um sujeito livre e autônomo, limitando-o, mas são aquilo mesmo que o constituem. Por exemplo, Foucault explica que a sociedade capitalista desenvolve uma série de técnicas de poder para ligar o indivíduo à fábrica e ao trabalho, controlando o seu tem-

¹³ São os diversos modos de limitação do discurso, expostos por Foucault (2001a).

¹⁴ O tema da loucura é recorrente na obra de Foucault. Além de *A Ordem do Discurso* (2001a), estas questões são também analisadas em *Os Anormais* (2002) e em *História da Loucura na Idade Clássica* (2000).

¹⁵ Neste sentido, Foucault (2000 e 2002). Para uma análise da interseção entre poder normalizador e poder jurídico na constituição de um “sujeito trabalhador” pelo ordenamento jurídico brasileiro, a obra de Fonseca (2002).

po e o seu corpo, de modo a torná-lo uma força produtiva. Este tipo de poder demanda uma série de saberes acerca do indivíduo, produzindo o homem como objeto de saber e tornando-o uma força produtiva.

Vê-se que o sujeito não é uma categoria suspensa acima da história e que será preenchida por acepções diferentes conforme a época. Percebe-se que as práticas de poder e as práticas de saber estão profundamente imbricadas, e constituem verdades que levam à formação de sujeitos. No caso da sociedade disciplinar capitalista, por exemplo, o trabalho não é da natureza do homem. Para que o “sujeito trabalhador” se torne “natural” e “universal”, é necessária uma síntese do poder político com uma espécie de saber sobre a realidade, síntese que constitua verdades sobre o homem, transformando-o nesta espécie de sujeito (FOUCAULT, 2001b: 125).

Mas Foucault vislumbra, ainda, já ao final de sua produção acadêmica (FOUCAULT: 1999c e 2001), a possibilidade de construção de uma subjetividade sem a necessidade do aval de um discurso ou de um poder normalizador: o sujeito pode se constituir também por *práticas sobre si mesmo*. Estas são as “formas e modalidades de relação consigo através das quais o indivíduo se constitui e se reconhece como sujeito” (FOUCAULT, 1999c: 11). As “técnicas de si” permitem que o indivíduo, por si mesmo, execute certas operações sobre seu corpo, alma, pensamentos e condutas, de modo a transformá-los, modelando a própria vida segundo uma “estética da existência”. Ainda que haja, em uma determinada episteme, elementos codificados e uma ação normativa a eles relacionada, sempre há uma margem para que o sujeito elabore sua própria conduta, seu modo de ser, assenhorando-se dos seus atos, de modo que o indivíduo acaba por impor sua marca à prescrição: estas são as práticas de si. Existe, portanto, a possibilidade de elaboração de uma forma de relação consigo que permita ao indivíduo se constituir livremente enquanto sujeito de uma conduta moral, pela qual ele se assenhora de seus atos e das conseqüências de suas opções éticas.

Obviamente, também este âmbito de liberdade do sujeito será construído historicamente, tomando a forma que lhe seja determinada pelos efeitos de verdade e de poder causados pelos discursos e instituições historicamente existentes. Neste sentido, Fonseca (2002: 97) afirma que

É certo que, em Foucault, para nos constituirmos enquanto sujeitos será inevitável passarmos por mecanismos de poder de uma vontade de verdade que nos atravessa, de modo que a constituição de si como sujeito para si mesmo (senhor de seus atos) não pode impedir a passagem pela vontade de verdade. Todavia, e apesar de a produção da noção de si ser diferente de acordo com a sociedade ou a época a ser estudada (recorte histórico), tudo isso leva à conclusão de que poderíamos nos constituir de outro modo como sujeitos de nossos atos, como sujeitos éticos. Isso não significaria sucumbir a um universalismo ético (nos moldes kantianos), mas acentuar a possibilidade de construir a subjetividade sem a pressão da normalização, da patologização dos desvios, etc.

Ou seja, mesmo que Foucault reconheça a possibilidade de autoconstituição do sujeito por intermédio de práticas sobre si mesmo sob a forma de uma “estética da existência”, independente de códigos morais e padrões de conduta, permanece o sujeito histórico, historicamente construído, não-transcendental, não-imanente, não-natural e não-universal.

Verificamos, portanto, que o Sujeito Iluminista, fundante e transcendental não passa de uma abstração de um sujeito histórico, que é sempre mutável, pois resultado da configuração concreta, em uma determinada episteme, da relação entre os discursos, as formas de poder e as práticas sobre si.

4. O SUJEITO DE DIREITOS HUMANOS

A despeito dos debates travados atualmente em torno da crise do Sujeito, a teoria moderna

dos direitos humanos optou por manter a tradicional perspectiva Iluminista, ignorando por completo a possibilidade de utilização de um conceito de sujeito não-transcendental, empírico e histórico, obrigando-se a tomar como pressuposto o universalismo e o transcendentalismo do sujeito de direito moderno. É o que se depreende da leitura de alguns artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mas que até hoje fornece as bases políticas da discussão acerca do tema:

Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

O mito nasce com o primeiro artigo da Declaração, que proclama o ideal de liberdade civil e política. A Declaração de Direitos confere ao sujeito autonomia em seu agir, fazendo crer que os atos por ele emanados são dotados de uma racionalidade intrínseca, e pressupondo a ca-

pacidade do indivíduo de compreender as suas conseqüências e desdobramentos.

Desta forma, consagra o sujeito cartesiano, detentor de (ou resumido a) uma mente racional, capaz de apreender a realidade como ela é e de agir livremente segundo seus próprios desígnios, assumindo as conseqüências de suas ações. Este sujeito, livre porque racional, não necessita de qualquer espécie de assistência, a não ser em situações anormais ou temporárias, todas elas previstas no Código, que, positivando de forma concreta as regras de direito natural, tudo prevê¹⁶.

Este sujeito racional é também universalizado pela teoria dos direitos humanos, que pressupõe que *todos* os homens são capazes de direitos e deveres. Não importa o empírico; não importam as deficiências individuais; o rico e o pobre, o doutor e o analfabeto, *o forte e o fraco*, todos se tornam iguais e igualmente aptos a assumir direitos e deveres na ordem civil, na medida em que as diferenças entre os homens são abstraídas e os sujeitos resultantes dessa abstração podem ser encaixados na categoria transcendental “sujeito de direito”.

Todavia, no campo empírico as diferenças permanecem. Apesar de se tornar “sujeito”, o pobre continua pobre, o analfabeto continua analfabeto, e *o fraco continua fraco perante o forte*. Se, por um lado, a transcendentalização do homem e a atribuição a cada indivíduo do *status* de “sujeito de direito” foi uma conquista emancipatória, por ter possibilitado o fim dos privilégios da aristocracia feudal, por outro lado pode perpetuar a barbárie, à medida que ignora as diferenças empiricamente existentes e permite a manutenção do domínio do mais forte.

A capacidade de praticar atos na ordem civil, conseqüência da atribuição de uma mente li-

¹⁶ Por exemplo, os casos previstos nos arts. 3o e 4o do Código Civil Brasileiro: menores de idade (dezesseis ou dezoito anos); os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (antigos “loucos de todo gênero”); os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade; os silvícolas, etc.

vre e racional ao indivíduo, é uma abstração. A teoria dos direitos humanos transcendentiza uma determinada característica de homens empíricos e a torna padrão de compreensão de toda a humanidade, que, legalmente dotada de razão e capacidade, é na prática despojada de uma série de direitos, em conseqüência de o Direito não ter sido capaz de reconhecer suas necessidades empíricas, fechando os olhos ao homem historicamente existente.

Consagra-se também o sujeito autônomo tipicamente kantiano. Os dispositivos transcritos a seguir são um claro exemplo da crença na capacidade do homem de estabelecer para si, de forma livre e racional, os princípios éticos que irão reger sua vida.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constringido a fazer o que ela não ordene.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Percebe-se que a autonomia da vontade é fortemente tutelada, sendo destituído de valor político e jurídico qualquer ato que não tenha por fundamento uma decisão livre, racional e autônoma do sujeito de direito.

Mas este sujeito também é uma ficção. Não existe homem capaz de estabelecer de maneira autônoma os princípios éticos que regerão sua conduta. O sujeito não pode ser visto como uma essência racional, que paira sobre o mundo dos homens de maneira livre e independente; o sujeito é sujeitoado, perpassado por uma vontade de saber e submetido a práticas de poder que criam seus desejos e necessidades, constroem os princípios éticos que regerão sua vida e, em última instância, constituem o próprio sujeito. Dessa forma, não existe vontade livre. Toda manifestação individual de vontade sofrerá alguma forma de condicionamento: interno (psíquico) ou externo (político), certo é que não será uma vontade formada livremente pela razão, mas sempre resultado do entrecruzamento de diversas formas de poder (práticas de verdade, práticas de poder e práticas de si), que, em uma episteme historicamente vigente, constituirão o próprio sujeito¹⁷.

¹⁷ Dispositivos como, por exemplo, os previstos nos arts. 421 e 422 do Código Civil Brasileiro (que tratam da função social do contrato e do princípio da boa-fé), apenas confirmam o exposto. Apesar de aparentemente mitigarem a absoluta autonomia da vontade do indivíduo, limitando-a por princípios de ordem pública, não passam de mais uma materialização legal do sujeito transcendental. Ao fazer a distinção entre Moral e Direito, afirma Kant que “não é possível pensar nada no mundo, e em geral também nada fora dele, que possa ser considerado bom sem restrição, a não ser somente uma boa vontade” (Kant, s.d.: 9). Segundo Bobbio, “por ‘boa vontade’ Kant entende aquela vontade que não está determinada por atitude alguma e por cálculo interessado algum, mas somente pelo respeito ao dever” (Bobbio, 1995: 54). Desta forma, ao preconizar a boa-fé dos contratantes, o Código nada mais faz que atribuir mais uma característica natural, abstrata e universal (logo, transcendental) ao sujeito de direito, transformando um valor moral (transcendental) em valor jurídico (transcendental) – a prescrição valorativa “ao firmar contratos, age de boa-fé” deixa de ser cumprida apenas pelo dever, para ser cumprida porque é do interesse do indivíduo não violar a lei. Reduz-se, assim, o âmbito de autonomia da vontade do indivíduo (como qualquer norma jurídica), mas em função de características consideradas inerentes ao próprio indivíduo, parte de sua essência. Desse modo, os dispositivos não representam qualquer alteração do caráter transcendental do sujeito de direito pressuposto pela teoria dos direitos humanos.

Além disso, a própria noção de vontade livre é uma abstração. Não existe “autonomia da vontade”, mas “autonomias”, em vários graus e de diversos tipos, conforme a realidade histórica em que se insere um determinado indivíduo. Sendo alguns “mais autônomos” que os outros, cai por terra também a noção de “acordo de vontades”, característica imprescindível para a compreensão, nos moldes kantianos, da formação de contratos pelos “sujeitos de direito”, como explica BOBBIO (1995: 109):

A dificuldade de conceber o contrato está exatamente na necessidade em que nos encontramos de considerar as vontades que o constituem não como separadas, mas como reunidas num ato simultâneo [grifo do autor]. Se não existe reunião simultânea das vontades, não existe transmissão, nem aquisição derivada (pode existir renúncia de um lado e aquisição originária do outro [grifo nosso]). Mas a simultaneidade dos atos empíricos de declaração é impossível, porque esses devem necessariamente suceder-se no tempo. [...] Frente a essa dificuldade, Kant recorre mais uma vez à dedução racional. [...] A simultaneidade pode ser deduzida somente se abstraímos da experiência e consideramos a dedução racional, ou seja, aquele modo de demonstração que renuncia completamente às condições de espaço e tempo, e que portanto não pode ser desmentido pela experiência. [...] A relação jurídica entre mim e o outro é uma relação inteligível, ou seja, derivada das condições da própria validade, não do fato empírico do acordo das vontades, mas da dedução da vontade legisladora universal [grifo nosso], em que a minha vontade e a do outro estão inseridas, e que portanto torna possível sua simultaneidade, se não empírica, pelo menos seguramente ideal.

Como bom neo-positivista que é, Bobbio evidentemente se refere apenas ao aspecto lógico da questão, mas nos aproveitamos de sua frase para ir direto ao ponto: *não há acordo de vontades, mas renúncia de um lado e aquisição originária do outro*. O acordo de vontades só pode, mesmo, decorrer da dedução kantiana da “vontade legisladora universal”, pois na vida empírica ele é resultado de violência, sujeição, relações de do-

minação entre “vontades autônomas” que possuem, porém, “diferentes graus de autonomia”. Fácil perceber que a vontade livre do rico é mais livre que a vontade livre do pobre, quando firmam um contrato de empreitada; ou que a autonomia da vontade de uma grande rede de supermercados é mais autônoma que a autonomia da vontade da pequena empresa que firma com ela um contrato de fornecimento de verduras.

Vale ressaltar que, embora essa discussão sobre contratos seja tipicamente de direito privado, a própria essência do Estado Ocidental Moderno repousa sobre este conceito de contrato, desde o contratualismo jusracionalista de Hobbes, Locke e Rousseau até o neocontratualismo contemporâneo de um John Rawls, por exemplo. Repousa, portanto, sobre alicerces podres, eis que a igualdade de autonomias necessariamente pressuposta pelo contratualismo não passa de idealismo abstrato, incompatível com o que de fato se observa na realidade.

A Declaração institui apenas um limite intransponível à autonomia da vontade: aquele que diz respeito à própria existência do sujeito de direito como ente transcendental. É o que se desprende da leitura do seu art. 2º, que trata os direitos humanos como direitos imprescritíveis:

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a **conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem**. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.

O princípio é positivado de várias formas nos Códigos Civis modernos, mas todas elas partem do mesmo pressuposto: o de que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (como prescreve o art. 11 do Código Civil Brasileiro). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não só institui e pressupõe um sujeito transcendental, mas veda ao indivíduo a própria possibilidade de desejar não o ser. Temendo o castigo do sétimo círculo, procura escapar à voracidade das Harpias do modo mais

simples: encerra o indivíduo em uma camisa-de-força discursiva¹⁸, contendo, assim, a auto-flageelação e impedindo que “o homem se aparte do sujeito de direito por sua própria mão”¹⁹.

Desta forma a teoria dos direitos humanos não apenas permite a igualdade formal a todos, mas a *impõe*. O fraco é tornado (constituído) transcendentalmente igual ao forte. São-lhe impingidas todas as características necessárias para se definir um indivíduo como “sujeito de direito” – os “direitos naturais e imprescritíveis do homem”, que representam a natureza última e essencial de todo sujeito –, encontrando-se, finalmente, em condições de igualdade perante a humanidade.

Assim, o racional Virgílio pode dormir o sono dos justos: tendo impedido a auto-violência de Dante, o salva das Harpias. Não percebe, porém, que o deixa, ainda contido pela camisa-de-força do sujeito de direito, em meio a onças, leões e lobas, que continuam o impedindo de seguir livremente o caminho em direção ao monte iluminado pelo Sol da Graça divina²⁰.

¹⁸ Vale atentar para as idéias expostas no capítulo anterior: os discursos representam uma das estratégias de poder que constituem sujeitos, mero construtos históricos, não-naturais, não-universais e não-imanentes.

¹⁹ “Ao apartar-se alguma alma feroz/ do corpo extinto por sua própria mão,/ Minós a manda para a sétima foz”. (Alighieri, 1999: 100).

²⁰ “E eis que, ao encetar a rampa certa,/ uma onça ligeira e desenvolta,/ de pêlo maculado recoberta,/ saltando à minha frente e à minha volta,/ tanto me obstava a via do meu destino/ que mais vezes voltei-me para a volta./ Amanhecia, e no céu cristalino/ o sol subia co’essas mesmas estrelas/ que o acompanharam quando o amor divino/ primo moveu todas as coisas belas./ Pra não temer, davam-me assim razão/ a fera do gracioso pêlo, aquelas/ matinais horas e a doce estação;/ mas não tanto que medo não me desse/ a vista, que surgiu-me, de um leão/ que parecia que contra mim viesse/ co’a fronte erguida e com fome raivosa,/ parecendo que o próprio ar o temesse;/ e de uma loba, de cobiça ansiosa,/ em sua torpe magreza, carregada,/ que a muita gente a vida fez penosa.” Como explicamos no início do texto, estes animais representam, na obra, a incontinência, a violência e a fraude. São as três transgressões a que Dante estava sujeito e que o distanciavam do Paraíso, quando encontra Virgílio, representante da Razão e seu guia na viagem que tem por objetivo a salvação de sua alma (Alighieri, 1999: 26).

CONCLUSÃO

Temendo as Harpias, a teoria jurídica e a teoria dos direitos humanos optaram pela desonra e mantiveram o sujeito de direito Iluminista, ignorando por completo a possibilidade de sua superação. Fulcradas na crença absoluta na racionalidade humana, ambas conferem ao sujeito autonomia e capacidade para assumir compromissos em sua vida civil. Regulam, assim, a vida de um homem livre, cuja vontade deve ser resguardada e cuja racionalidade o torna autônomo e capaz de assumir compromissos no mundo jurídico. Forjado pelo discurso filosófico da Modernidade, porém, é um sujeito que não existe: o sujeito empírico não é individual, mas individualizado por práticas normalizadoras que visam a transformá-lo em força produtiva capaz de ser utilizada no interior da fábrica; não é abstrato ou detentor de uma essência, mas concreto, resultado de especificidades históricas, geográficas, culturais ou pessoais; não é racional, mas incontrolável, pulsional, emocional, capaz de praticar atos inexplicáveis ou incompreensíveis; em suma, o sujeito empírico não é livre e autônomo, mas sujeitado, constituído por uma conjunção de fatores historicamente existentes em uma determinada episteme, e limitado em suas ações por diversas formas de manifestação do poder.

Incorporando a ficção do sujeito transcendental (autônomo, racional, abstrato e universal), o Direito se contrapõe ao próprio projeto Iluminista, obstaculizando a emancipação humana e apenas reproduzindo barbárie. Isso porque, embora sejam irrenunciáveis as conquistas históricas da Modernidade (que possibilitaram o rompimento com a sociedade de ordens medieval e a implantação de uma igualdade formal), as estratégias de poder que constituem o sujeito transcendental acabam por desviar as atenções das inegáveis dissimetrias entre os sujeitos empiricamente existentes; constrói-se, assim, uma bela máscara formal de igualdade de capacidades, autonomias e vontades, que se sobrepõe à realidade histórica de diferença, conflito e dominação. “Vistamos a camisa-de-

força e ignoremos as feras”, é o que diz a teoria dos direitos humanos. “Assim nos salvaremos das Harpias”.

O Direito, se deve se preocupar com estas dissimetrias, precisa estar atento para não se lambuzar com o fastio da conquista de uma doce igualdade e buscar realizar, sob o manto iluminista da universalidade transcendental do sujeito, a minoração dos radicais contrastes entre os homens historicamente existentes. Neste sentido, a escolha entre a desonra ou as Harpias, definida pela prática ou não do “suicídio”, é um falso dilema – a retirada da camisa-de-força do sujeito transcendental não leva, necessariamente, à barbárie. O paraíso é possível sob outras vestes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio (2002). *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG.
- ALIGHIERI, Dante (1999). *A Divina Comédia – Inferno (Canto XIII)*. São Paulo: Editora 34.
- ARAÚJO, Inês Lacerda (2001). *Foucault e a Crítica do Sujeito*. Curitiba: UFPR.
- BOBBIO, Norberto (1995). *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3ª ed. Brasília: UnB.
- CAENEGEM, R. C. (2000). *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes.
- DESCARTES, René (1961). *Discurso do Método*. Rio de Janeiro: Ediouro.
- DISTANTE, Carmelo (1999). Prefácio à Divina Comédia, in: *A Divina Comédia – Inferno (Canto XIII)*. São Paulo: Editora 34, p. 7-17.
- FONSECA, Ricardo Marcelo (1997). *Direito e História*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR.
- _____ (2000). A História no Direito e a Verdade no Processo: o Argumento de Michel Foucault, in: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, v. 17. Curitiba: julho/ setembro.
- _____ (2002). *Modernidade e Contrato de Trabalho: do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*. São Paulo: LTr.
- FOUCAULT, Michel (1999a). *História da Sexualidade vol. 1 – A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal.
- _____ (1999b). *História da Sexualidade vol. 2 – O Uso dos Prazeres*. Rio de Janeiro: Graal.
- _____ (1999c). *História da Sexualidade vol. 3 – O Cuidado de Si*. Rio de Janeiro: Graal.
- _____ (2000). *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____ (2001a). *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola.
- _____ (2001b). *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau.
- _____ (2001c). *L’Herméneutique du Sujet*. Paris: Gallimard/Seuil.
- _____ (2002). *Os Anormais*. São Paulo: Martins Fontes.
- KANT, Immanuel (1999). *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural.
- _____ (s.d.). *Fundamentação Metafísica dos Costumes*. Lisboa: edições 70.
- MIAILLE, Michel (1989). *Introdução Crítica ao Direito*. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa.
- OLIVEIRA, Nythamar Fernandes (2000). A Hermenêutica Radical de Michel Foucault, in: *Filosofia Hermenêutica* (orgs. Róbson Ramos dos

Reis e Ronai Pires da Rocha). Santa Maria: Ed. da UFSM, p. 69-91.

REZENDE ALVIM, Joaquim Leonel, *et alii* (2002). *Direito e Cidadania na Pós-Modernidade*. Piracicaba: UNIMEP.

ROUANET, Sérgio Paulo (1992). *As Razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia da Letras.

_____ (1993). *Mal estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras.

RUIZ, Alice E. C (s.n.t.). *De la deconstrucción del sujeto a la construcción de una nueva ciudadanía*. Mimeo.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2000). *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência* (vol. 1 – Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática). São Paulo: Cortez.

SIBILIA, Paula (2002). *O Homem pós-orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais*. Rio de Janeiro: Relume Dumará.

TOURAINÉ, A (1999). *A Crítica da Modernidade*. 6ª ed. Petrópolis: Vozes.