



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



**GABRIELA MAIA REBOUÇAS**

**TRAMAS ENTRE SUBJETIVIDADES E DIREITO:  
A CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO EM MICHEL FOUCAULT E OS SISTEMAS DE  
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Tese de Doutorado

RECIFE  
2010

**GABRIELA MAIA REBOUÇAS**

**TRAMAS ENTRE SUBJETIVIDADES E DIREITO:  
A CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO EM MICHEL FOUCAULT E OS SISTEMAS DE  
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria do direito e decisão jurídica

Linha de pesquisa: Retórica jurídica e teoria da argumentação.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias

RECIFE  
2010

Rebouças, Gabriela Maia

Tramas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos / Gabriela Maia Rebouças. – Recife : O Autor, 2010.

256 folhas.

Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Michel Foucault - Subjetivação - Sistemas de resolução de conflito. 2. Foucault, Michel - Crítica e interpretação. 3. Foucault, Michel, 1926-1984. 4. Filosofia do direito. 5. Teoria do direito. 6. Resolução de conflitos - Mediação. 7. Michel Foucault - Subjetividade - Subjetivação - Direitos subjetivos. 8. Resolução de Conflitos - Modelo judicial. 9. Resolução de conflitos - Arbitragem - Negociação - Mediação - Conciliação. 10. Universalização e positivação dos direitos subjetivos - Direitos humanos e direitos fundamentais. I. Título.

340.12  
340.1

CDU (2.ed.)  
CDD (22.ed.)

UFPE

## Gabriela Maia Rebouças

### “TRAMAS ENTRE SUBJETIVIDADES E DIREITO:

### A CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO EM MICHEL FOUCAULT E OS SISTEMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS”

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração : Teoria do Direito e Decisão Jurídica

Orientador: Dr. Alexandre Ronaldo da Maia

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. Torquato da Silva Castro Júnior (Presidente - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Torquato

Professora Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst (1º Examinador - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Eduardo R. Rabenhorst

Professor Dr. Marcelo Luiz Pelizzoli (2º Examinador - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Marcelo Pelizzoli

Professor Dr. Gustavo Just da Costa e Silva (3º Examinador - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Gustavo Just da Costa e Silva

Professor Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira (4º Examinador - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

Recife, 05 de março de 2010.

Coordenador Prof.º Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

*Das muitas formas de amar  
A minha mãe ama com leveza, poesia  
Ama com o olhar, música e sorriso.*

*Eu fico aqui, pequenina como sempre,  
Aprendendo a ser grande,  
perto de sua nobreza.*

*Para Conceição dedico esta tese,  
Amar faz todo o sentido.*

## AGRADECIMENTOS

Aos mestres que conheci em Pernambuco e que influenciaram decisivamente este trabalho: Alexandre da Maia, meu orientador, que, além de amigo (o que já é o bastante), foi de uma generosidade sem limite: acreditou no meu projeto, aceitou a minha insubordinação e predileção por um autor marginal ao direito, deixou-me livre para criar. Gustavo Just e Torquato Castro Jr, pelo debate franco e prazeroso e pelo olhar criterioso na qualificação. Nelson Saldanha, Luciano Oliveira, Gustavo Ferreira, João Maurício Adeodato, Marcelo Neves e Artur Stamford, pelos ensinamentos e produção literária. A todos, registro o meu orgulho em tê-los conhecido.

Aos amigos que fizemos no PPGD/UFPE, Carminha, Josi, pelo cuidado e sorriso com que recebem os alunos, e nos acolheram, mesmo à distância. Aos companheiros para além dos estudos: Claudinha, Natália, Enoque e João Chaves.

À nossa família em Recife, especialmente Paulo e Natália, Deinha e Maria Edite, pelas casas e aconchegos.

Aos amigos que deixamos em Aracaju e que nos receberam com entusiasmo no retorno, prova de que a amizade é uma forma de irmandade: Agatha e Hugo, Andréa e Marcel, Lalo e Lavínia, Ana, Verônica, Maurício.

Aos mestres e alunos do curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe, da Universidade Tiradentes e da Renaesp, porque me ensinam, a cada dia, o exercício da docência.

Aos amigos da Universidade Tiradentes, por torceram pela realização deste trabalho: Marise, Araci e demais professores. Pelo apoio e incentivo institucional através de Temisson José e a PAPGP e, especialmente, pelo apoio, amizade e convicção de José Ronaldo, que tem a teimosia de acreditar no meu trabalho mais do eu.

Às minhas revisoras prestigiosas, Conceição e Júlia, a quem confio minhas ideias, meus textos e meu coração.

Falo no plural porque há muito descobri que sem a minha família as coisas, em mim, não fazem sentido: Tadeu, Conceição e Iá serão sempre a minha raiz, o ventre que me cria, nutre e ama por completo: meu chão. Guilherme e nossa Maria, Julia e Rodrigo, o abraço entre irmãos, a certeza de que somos feito da mesma matéria e compartilhamos sonhos: meus esteios. Ivan, meu amado, eu precisaria ser quem eu não sou para viver sem você. Você tem cuidado de mim (e eu de você) esses anos todos, e o nosso amor só rendeu beleza. Naná, minha querida, eu nasci novamente no exato momento em que te pari, e desde então eu me emociono em ser sua mãe. Não há aventura mais fabulosa: você será, por toda a vida, o nosso projeto de amar.

## RESUMO

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Tramas entre subjetividades e direito**: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos. 2010. 256 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

*Tramas entre subjetividades e direito* pretende discutir os modos de subjetivação propostos por Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflito. Tomando as implicações foucaultianas do cuidado de si e de uma estilização da existência na constituição de nossas vidas, é possível substituir o apelo ao universal e ao essencial por formas mais dissonantes de subjetivação, significativamente mais singulares. A hipótese adotada é a de que a concentração num modelo único de resolução de conflito, notadamente o sistema judicial para o estado de direito, significa pressupor um núcleo essencial de sujeito, de direitos subjetivos, de forma de subjetivação, que se supõe inadequado para vivenciar períodos de pluralismo, diferenciação, alteridade e liberdade. Superando a construção de um modelo essencialista, é preciso abandonar a perfeição da lógica e da razão técnica, a segurança da crença no bem e no progresso, a confiança excessiva na própria superioridade do homem, para exercitar a diferença e dela fazer surgir formas outras de subjetivação. O *corpus* desta pesquisa concentrou-se num referencial bibliográfico que contempla obras de Foucault e sobre o autor, sobre sistemas de resolução de conflitos, sobre mediação em especial, sem perder de vista as implicações práticas e as experiências do campo jurídico. Na primeira parte desta tese, foi explorado o referencial filosófico de Michel Foucault ao passo em que questões sobre subjetividade, subjetivação e direitos subjetivos puderam ser debatidas. As críticas a uma imagem de sujeito, tipicamente moderna - que Foucault empreende na primeira parte de sua produção - irão se somar ao deslocamento empreendido nas últimas obras sobre a possibilidade de formas de subjetivação que signifiquem resistência e estilização da própria vida, na construção de um *ethos* que implique em uma dimensão política e ética, uma dimensão da própria liberdade. A segunda parte analisa o modelo judicial de resolução de conflitos com lastro na racionalidade constituinte do estado democrático de direito e o contrasta com outros sistemas de resolução de conflitos, como a arbitragem, a negociação, a mediação e a conciliação. Mais ainda, a percepção das insuficiências do modelo judicial de encarar as diferenciações da subjetividade e de promover a autonomia e a emancipação dos envolvidos no conflito evidencia o motivo pelo qual problematizamos a questão dos papéis e das responsabilidades das partes e dos terceiros, projetando uma mudança de atores e de atitudes no direito.

## ABSTRACT

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Threads between subjectivities and law: the constitution of the subject in Michel Foucault and the systems of conflict resolution.** 2010. 256 p. Doctoral Thesis (PhD of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

*Threads between subjectivities and law* aims to discuss the forms of subjectivation as proposed by Michael Foucault and the systems of conflict resolution. Taking as a starting point the foucaultian implications of “the care of the self” and of “the stylization of existence” in the constitution of our lives, it is possible to replace the figures of the universal and the essential by more dissonant and singular forms of subjectivation. The chosen hypothesis is that the adoption of a single model of conflict resolution, notably, the judicial system in the rule of law means to assume a essential nucleus of the subject, of subjective rights and of forms of subjectivation that are thought of here as inadequate in periods of pluralism, differentiation, alterity and freedom. To overcome the construction of an essentialist model it is mandatory that we abandon the perfection of logic and of technical reason, the safety of the belief in the good and in progress as well as the excessive trust in men’s own superiority in order to exercise difference so as to let other forms of subjectivity emerge. The research *corpus* is focused in a bibliography that contemplates works by and about Michael Foucault and works about conflict resolution, especially mediation, without losing sight of the practical implications and experiences in the field of law. In the first part of the thesis, the philosophy of Foucault was explored at the same time that the questions of subjectivity, subjectivation and subjective rights were discussed. To the critique of the modern image of the subject made by Foucault in the first half of his oeuvre, aspects developed in his last works about forms of subjectivation will be added; forms that could mean resistance and stylization of one's own life, producing an ethos leading to a political and ethical dimension, a dimension of freedom in itself. The second part analyses the judicial model of conflict resolution based on the rationality that constitutes the democratic rule of law and compares it with other systems of conflict resolution such as arbitrage, negotiation, mediation, conciliation. More over, the perception of the deficiencies of the judicial model when in face of subjective differences or in promoting autonomy and emancipation of those in conflict is the reason why we bring forth the question of the roles and responsibilities of the parties and third parties, so as to project a change of actors and attitudes in the field of law.

Keywords: Law, Michel Foucault, subjectivities, conflict resolution

## RESUMÉE

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Trames entre subjectivité et droit** : la constitution du sujet dans Michel Foucault et les systèmes de résolution des conflits. 2010. 256 f. Thèse de doctorat (PhD de la loi) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

*Trames entre subjectivité et droit* a pour but de débattre sur les moyens de subjectivation proposés par Michel Foucault ainsi que les systèmes de résolutions de conflit. En s'appropriant des implications foucaultiennes de l'attention à soi-même et d'une stylisation de l'existence dans nos vies, il est possible de substituer l'appel à l'universel et à l'essentiel à travers des formes plus dissonantes de subjectivation, celles-ci se montrant nettement plus importantes. L'hypothèse adoptée est celle de la concentration dans un modèle unique de résolution de conflit - notamment le système judiciaire à l'état de droit. Cela signifie présupposer un noyau essentiel du sujet, des droits subjectifs, des moyens de subjectivation que l'on suppose inadéquats pour éprouver des périodes de pluralisme, de différenciation, d'altérité et de liberté. Tout en surmontant la construction d'un modèle essentialiste, il faut abandonner la perfection de la logique et de la raison technique, la sécurité dans la croyance au bien et au progrès et à la confiance excessive de la propre supériorité de l'homme pour exercer la différence et d'en faire surgir d'autres formes de subjectivation. Le *corpus* de cette recherche s'est concentré sur des références bibliographiques qui envisagent les œuvres de Foucault et sur l'auteur lui-même, sur les systèmes de conflits, sur la médiation -spécialement sans perdre de vue les implications pratiques - et les expériences dans le domaine juridique. La première partie de cette thèse a exploité les références philosophiques de Michel Foucault tout en discutant sur des sujets tels que la subjectivité et la subjectivation ainsi que les droits subjectifs. Les critiques à une image de sujet - typiquement moderne - que Foucault entreprend dans la première partie de sa production iront s'ajouter au déplacement entrepris dans ses dernières œuvres sur la possibilité de formes de subjectivation signifiant résistance et stylisation de la vie en elle-même, dans la construction d'un *ethos* impliquant à une dimension politique et étique, une dimension donc de la propre liberté. La deuxième partie analyse le modèle judiciaire de résolution de conflits avec des fondements dans la rationalité constituée par l'état démocratique de droit tout en le contrastant avec d'autres systèmes de résolution de conflits tels que l'arbitrage, la négociation, la médiation et la conciliation. En outre, la perception des insuffisances du modèle judiciaire d'envisager différentes façons de la subjectivité et de promouvoir l'autonomie et l'émancipation des gens concernés par le conflit met en évidence la raison pour laquelle l'on questionne les rôles et les responsabilités des parties concernées projetant ainsi un changement d'acteurs et d'attitudes dans le droit.

Mots-clés : Droit, Michel Foucault, subjectivités, résolution de conflits

## SUMÁRIO

<b>ROTEIRO GERAL</b> .....	11
<b>PRIMEIRO ATO: HERÓIS, VILÕES E SUBJETIVIDADES.</b> .....	11
<b>CENA 1 HERÓIS: A CONSTRUÇÃO DO SUJEITO UNIVERSAL NA TRADIÇÃO MODERNA</b> .....	21
1.1 O pano se abre: a matriz individualista do pensamento moderno.....	21
1.2 Apogeu e crítica do projeto moderno da subjetividade – ápice de um sujeito soberano .....	26
1.3 Cai a máscara: Foucault e “o acordar do sono antropológico”.....	28
1.4 Depois da vertigem, o herói recomposto: o jurídico e a construção de poderes - direitos subjetivos.....	31
1.4.1 Direitos subjetivos na teoria clássica do direito.....	32
1.4.2 Universalização e positivação dos direitos subjetivos: direitos humanos e direitos fundamentais.....	35
1.4.3 A proposta de direitos fundamentais como direitos subjetivos.....	39
<b>CENA 2 VILÕES: LOUCURA, DELINQUÊNCIA, SEXUALIDADE</b> .....	43
2.1 Da lírica de uma loucura brilhante ao grande medo: itinerários de uma <i>História da loucura</i> .....	43
2.2 Sai de cena o soberano patético, entra o carcerário: o corpo disciplinado em evidência.....	55
2.3 O corpo em sua superfície e a alma em profundidade: clímax e sexualidade dos sujeitos de desejo.....	64
<b>CENA 3 FOUCAULT, ANTI-HERÓI: PENSAR A RESISTÊNCIA E SONHAR COM A SINGULARIDADE ESTÉTICA DE UM CUIDADO DE SI.</b> .....	73
3.1 Situando o tema na produção de Foucault.....	73
3.2 A construção da subjetividade pela estética da existência e cuidado de si – explorando a <i>Hermenêutica do Sujeito</i> .....	75
3.3 Tecnologias de si e constituição do sujeito.....	102
3.4 Entre ética e direito: esboço de uma possibilidade.....	104
<b>ANTES DO CERRAR PROVISÓRIO DAS CORTINAS</b> .....	113
<b>INTERVALO</b>	

<b>SEGUNDO ATO: TRANSFORMAÇÕES NO CENÁRIO JURÍDICO</b> .....	117
<b>CENA 4 O TRIBUNAL, O VEREDICTO E A CONSTRUÇÃO DE UM CERTO MODELO DE VERDADE: O SISTEMA JUDICIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM LASTRO NA RACIONALIDADE</b> .....	118
4.1 Rememorando brevemente elementos de uma tradição. ....	119
4.2 A legitimação estrutural do sistema judicial pelo Estado de direito. ....	124
4.3 <i>Déficit</i> de legitimação democrática do direito: do decidir ao partilhar. ....	129
4.4 O mito do juiz e seus deuses: Júpiter, Hércules e Hermes. ....	134
4.5 A alegoria de Hermes, o mensageiro, entre democracia e direito.....	139
<b>CENA 5 ESGOTAMENTOS E PERSPECTIVAS DE UM DIREITO JUDICIALMENTE ORGANIZADO</b> .....	143
5.1 Descortinado o sistema judicial pelo processo .....	143
5.2 Caminhos de modernização do Judiciário: a problemática em torno do acesso à justiça.....	150
5.3 Apesar do cenário, o velho texto batido: distanciamentos entre propostas e ações. ....	157
<b>CENA 6 QUANDO ENTRAM EM CENA NOVOS ATORES: ÁRBITROS, NEGOCIADORES, CONCILIADORES E MEDIADORES</b> .....	165
6.1 Ampliando o cenário para receber novos atores: perspectivas do conflito.....	166
6.2 O papel do árbitro: na elegia ao conteúdo especializado e ao argumento de autoridade, o monólogo. ....	170
6.3 O Negociador e a dublagem: estratégias de convencimento e persuasão no debate sobre interesses. ....	176
6.4 As vestes da prudência na conciliação. ....	182
6.5 Mediador e mestre: o encontro consigo mesmo.....	186
<b>CENA 7 A INSURREIÇÃO DOS FIGURANTES: MEDIAÇÃO, SUBJETIVIDADES E NOVOS CONTORNOS PARA O DIREITO.</b> .....	199
7.1 Hermenêutica, emancipação e subjetividades.....	201
7.2 Imagens da subjetividade, reinvenção, mediação. ....	208
7.3 Tomando a cena e enunciando as próprias falas e textos. A lei como script, mediação e improviso. ....	211
<b>ATO FINAL: OS DESAFIOS DE SONHAR O SONHO DE OUTRO DONO</b> .....	216

<b>NOS BASTIDORES</b> .....	222
A. Experimentando o mundo de Foucault: engajamento, ruptura e estética da existência. .....	222
B. Reflexões sobre a escrita de uma tese: forma, verve, engajamento. ....	224
B.1 Pensar a escrita em sua verve como uma atitude metodológica.....	224
B.2 Demarcando espaços no campo jurídico para enfrentar a questão metodológica ...	226
B.3 Mas afinal, o que é um ensaio? .....	228
B.4 O ensaio em discussão por Foucault e Adorno. ....	231
B.5 Tramas entre ensaio e hermenêutica .....	235
B.6 Finalizando. ....	241
<b>CRÉDITOS</b> .....	243
1. Referências de Michel Foucault .....	243
1.1 Originais.....	243
1.2 Traduções.....	243
1.3 Sobre Michel Foucault.....	245
2 Referências sobre Sistemas de Resolução de Conflitos. ....	247
3 Outras referências.....	249
4. Documentos, sítios da internet. ....	255

## ROTEIRO GERAL

Esta tese iniciou com a motivação de encontrar um objeto de estudo – aqui, subjetividades – que permitisse explorar as implicações entre teoria e prática no campo jurídico, partindo da suspeita de que funcionam, em muitos aspectos, como esferas incomunicáveis de realização do direito.

A presença na teorização do direito de um modelo de subjetividade típica do pensamento moderno, do Iluminismo, que rende apelo a uma essência e universalidade, logo se mostrou como o foco de convergência de um lado, do direito, como critério de legitimação de uma ordem normatizadora, normalizadora e de sujeição dos indivíduos, e de outro, da filosofia, como o alvo da desconstrução muito contundente elaborada por Michel Foucault, que inverteu a crença na emancipação deste homem iluminado em crítica à forma dócil e disciplinada de controle sobre os sujeitos.

Esta tese, portanto, pretende dialogar no campo da filosofia do direito. De alguma maneira, espera fazer frutífera esta aproximação com um pensamento provocador, que questiona os lugares-comuns a partir dos quais nos acostumamos a pensar o direito, a saber, sempre a partir da norma, sempre a partir do todo, sempre a partir de uma tentativa de justificar as limitações impostas à liberdade em prol de uma ordem segura.

Ao mesmo tempo, embora das leituras de Foucault se possa sair sugestionado a encarar o direito como um lugar privilegiado de dominação, sujeição e controle, insistimos no compromisso em pensar no direito como um *lócus* de onde formas diferentes de subjetivação<sup>1</sup> possam significar exercícios inusitados da própria liberdade. Aqui, uma pequena

---

<sup>1</sup> “Eu chamaria de subjetivação o processo pelo qual se obtém a constituição de um sujeito, mais precisamente de uma subjetividade, que evidentemente não passa de uma das possibilidades dadas de organização de uma consciência de si”. FOUCAULT, Michel. O retorno da moral (1984). In: FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**, Coleção Ditos e Escritos V, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Inês Autran Dourado Barbosa, Elisa Monteiro, Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004. p.262.

insubordinação, contra ele mesmo, como ele tão bem soube dirigir às suas leituras: explorar elementos para um novo imaginário do direito. No fundo, é uma recusa de ficar presa em seus argumentos niilistas, buscando um pouco de possível, para não sufocar<sup>2</sup>.

Dos muitos caminhos possíveis para a empreitada, em função da própria grandeza do direito e das filosofias que surgiram nos últimos tempos, elegemos olhar para o direito a partir de seus atores e dos modelos de resolução de conflito colocados pela sociedade contemporânea. Assim, como paradigma preponderante, o modelo judicial, estruturado no próprio Estado e no processo. Como horizonte, modos de resolução que quebram a necessária ligação entre Estado e justiça, justiça e neutralidade, neutralidade e norma.

A observação do modelo judicial e seus atores levaram-nos a investigar o papel da democracia e a forma de sua experimentação por algumas linhas da filosofia do direito. A desconfiança de que o potencial democrático havia sido sensivelmente mitigado pela sua redução à legalidade, foi o incentivo para arriscarmos falar mais em diálogo, em escuta, em engajamento e emancipação.

O itinerário desta tese foi construído a partir da leitura de Michel Foucault (1926-1984) em sua investida sobre a subjetividade, especialmente no curso *A Hermenêutica do Sujeito* (1981-2). A partir deste curso, toda a espiral foucaultiana foi sendo percorrida na tentativa de compreender o papel do sujeito e as implicações da subjetivação ao longo de sua produção.

O foco em Foucault não recai propriamente sobre sua analítica do poder ou sobre as imagens do direito que combate. Embora as implicações para o direito sejam muitas, o que nos interessa de Foucault são seus escritos sobre as subjetividades. Portanto, é preciso explicitar que, neste ponto, esta tese propõe uma aproximação pouco explorada, quiçá nova: pensar nas formas de subjetivação propostas por Foucault e os sistemas de resolução de

---

<sup>2</sup> “Um pouco de possível, se não eu sufoco” é uma frase emblemática atribuída por Deleuze a Foucault. Cf. DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992, p.131.

conflito não é tarefa para ser encontrada em Foucault, mas, a partir dele, para além. O ônus desta aproximação não é do autor lido. Aliás, neste sentido, Foucault não é um filósofo do direito, mas um pensador que interessa ao direito. Daremos a ele o uso, dito como mais autorizado: aquele de ser uma ferramenta<sup>3</sup> de análise, mas para outras análises.

Assim é que se de um lado a doxografia sobre a última fase, onde se encontra a problemática da ética, é bastante rica entre filósofos, educadores, psicanalistas e historiadores, não obstante a publicação tardia deste e de outros cursos proferidos, por outro, de Foucault, o direito está mais familiarizado com as obras sobre as prisões e o ritual probatório, a saber, *Vigiar e punir* e *A verdade e as formas jurídicas*, sugerindo-nos que explorar Foucault pela discussão ética, da subjetivação, como caminho para refletir sobre o direito poderá render inusitados frutos.

Tomando, portanto, as implicações foucaultianas do cuidado de si e de uma estilização da existência na constituição de nossas vidas, pretendemos substituir o apelo ao universal e ao essencial por formas mais dissonantes de subjetivação, não necessariamente menos enfáticas, volúveis, mas significativamente mais singulares. O que esperamos evidenciar é que a concentração num modelo único de resolução de conflito significa pressupor um núcleo essencial de sujeito, de direitos subjetivos, de formas de subjetivação. Mas, se queremos vivenciar períodos de pluralismo, diferenciação, alteridade e liberdade, superando a construção de um modelo essencialista, é preciso pagar o preço de abandonar a perfeição da lógica e da racionalidade, a segurança da crença no bem e no progresso, a confiança demasiadamente excessiva na própria superioridade do homem, para exercitar a diferença e dela fazer surgir formas outras de subjetivação.

A subjetividade é tomada, a partir de Foucault, “como a maneira pela qual o sujeito faz a experiência de si mesmo em um jogo de verdade, no qual ele se relaciona

---

<sup>3</sup> Mais uma vez é de Deleuze esta expressão, em uma entrevista de 1972, publicada sob o título Os intelectuais e o poder. Cf. FOUCAULT, M. Os intelectuais e o poder in FOUCAULT, M. **Ditos e Escritos** IV, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006, p. 39.

consigo mesmo”<sup>4</sup>. É esta percepção da subjetividade, como uma maneira de atingir um agir, daquilo que estou sendo, que nos interessa neste trabalho. A perspectiva de uma subjetividade moderna que criticamos reside no fato de se estruturar a partir da universalização e naturalização de uma certa forma de vida, sujeitada ao direito estabelecido preponderantemente pelo Estado. Esta perspectiva normalizadora da subjetividade moderna sufoca a liberdade e cria um acento muito forte na identidade. Nesta linha, é possível perceber como pode significar, ao contrário de liberar o indivíduo, sujeitá-lo cada vez mais aos controles do Estado, sejam na esfera de uma microfísica disciplinar, seja na perspectiva macro de um biopoder que incide sobre as populações.

Mas, acatar formas diferentes de subjetivação significa reconhecer que a diferenciação produz conflitos também diferentes, aumentando a complexidade das relações intersubjetivas. Neste aspecto, se o direito permanece preponderantemente organizado em torno de uma perspectiva identitária da subjetividade, não consegue dar conta desta nova contingência.

É neste sentido que, além da busca pela(s) subjetividade(s) em Foucault, este trabalho pretende também realçar diferentes formas de resolução de conflitos. Este movimento, de apelo e evidência às formas diferentes de resolução de conflitos, de alguma forma vem sendo implementado por um estímulo aos meios nomeados alternativos de resolução, como a arbitragem ou conciliação. Importa, então, além de caracterizar estes sistemas de resolução de conflitos, também refletir sobre o lugar que têm ocupado e o papel que lhes foi reservado no jogo de uma sociedade democrática.

No caminho entre um e outro tema, subjetividade e sistemas de resolução de conflitos, alguns elos precisaram, assim, ser cravados: uma reflexão sobre o papel do direito para a democracia, através da configuração do Estado democrático (neo)constitucional,

---

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michel. Foucault (1984). In: FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**, 2004, p.236.

concentrando-se no papel que os atores jurídicos ocupam; as insuficiências do positivismo como ideologia jurídica; modificações, enfim, que dizem respeito ao próprio cenário jurídico.

Algumas reflexões hermenêuticas foram pontuadas, sobretudo aquelas que contribuem para aproximar direito e subjetividade. Na confluência das modificações acima expostas, o papel da hermenêutica em suas feições assumidas na virada linguística, sobretudo a partir de um paradigma da compreensão, permitem sentir um acento na questão da subjetividade, seja através da posição central que o juiz passa a ocupar na reengenharia dos poderes, superando, em ordem de importância, a figura de um legislador racional por uma outra, aquela do próprio juiz racional, seja na própria percepção de um conflito que precisa ser resolvido a partir das suas especificidades e características do contexto.

A metodologia partiu da própria reflexão sobre a escrita de uma tese, exposta nos Bastidores, o que nos levou a, inevitavelmente, assumir este texto não em sua forma impessoal, mas com o comprometimento necessário de falar em primeira pessoa. Como ensaio, a escrita deste trabalho implicou em uma preocupação estética que se permitiu aproximar de leituras literárias, poesias, músicas, não simplesmente como acessórios, mas como exercícios de subjetivação e também de uma sensibilidade que se espera retornar para o próprio direito.

Sem necessariamente assumir uma posição entre as várias linhas do movimento direito e literatura, mas reconhecendo e acatando suas potencialidades, a utilização da metáfora teatral cumpre em parte este apelo. De um lado, realça as proximidades entre realidade e ficção e ajuda na invenção de relações inusitadas. Por outro, nos obriga a pensar o ato, os atores, o cenário, o próprio ritual jurídico, elementos que compõem o sentido do direito. De resto, apenas acentua um exercício amplamente aceito na própria filosofia do direito – o imaginário literário: da tragédia grega à ficção científica, as representações mitológicas da justiça, o juiz Hércules, Antígona, o bom selvagem, entre tantos outros.

O enfrentamento de um autor estrangeiro nos obrigou a conduzir leituras paralelas entre a obra traduzida e a original. Diante da qualidade das obras já publicadas em língua portuguesa, não foi preciso recorrer a traduções próprias ou livres. No texto principal, as citações em língua estrangeira foram traduzidas quando não havia uma publicação correspondente em língua pátria. Contudo, as referências paralelas aos originais de Foucault foram preservadas nas obras de interesse primário neste trabalho, a saber, o curso *A hermenêutica do sujeito* e os três volumes da *História da sexualidade*.

Ainda no cruzamento entre formatação e estética, a escolha pelo sistema de citações e referências em nota de rodapé merece brevíssima justificativa. Particularmente, entendemos que o texto fica a um só tempo mais limpo e menos impessoal. A utilização exclusiva do último sobrenome do autor seguido da data da obra acaba por dificultar a identificação das obras tão significativas como nesta pesquisa. Só de Foucault tivemos contato com dezenas de textos e obras diferentes, pouco identificáveis pelo ano. Por outro lado, os exercícios filosóficos não deixam supérfluas as notas secundárias, que enriquecem e esclarecem melhor os argumentos e contextos.

Os elementos novos, estéticos que compõem este trabalho não foram numerados conscientemente. É menos um receio e mais uma forma de respeito à academia. Os conselhos talvez indiquem que caberiam bem em uma publicação, mas não em uma tese. Talvez sinalizem apenas que a academia tem sua forma, suas regras, sua maneira de expor ideias. Acatei os conselhos. Mas me foi impossível omiti-los, porque permearam esta escrita com intensidade, porque falam, em segundos, o que demorei tempos para entender, porque expressam com vigor e clareza sentimentos que me sentiria em falta comigo mesma se não me expusesse completamente, e a eles comigo. Então, oficialmente, não numerados, eles não contam. Podem ser vistos como um ícone oculto; ficam à opção do leitor, do avaliador, considerá-los ou não.

O *corpus* da pesquisa concentrou-se em um referencial bibliográfico de e sobre Foucault, sobre sistemas de resolução de conflitos, mediação em especial, sobre a percepção da subjetividade por outros saberes, sobre o direito e sobre ética. As ausências, no final da pesquisa, foram ficando mais evidentes, embora tenha sido necessário, em algum momento, terminar. Elas estão reservadas para pesquisas futuras. Além de um *corpus* bibliográfico, a pesquisa documental debruçou-se sobre parte da legislação processual e, especialmente, concernente aos meios de resolução de conflitos, sobretudo do Brasil, mas sem excluir algumas experiências estrangeiras.

A verve ensaísta foi a forma de expressão de um pensamento que se articulou fora da metodologia tradicional da pesquisa social (entre o dedutivo e o indutivo, entre o quantitativo e o qualitativo), reconhecendo aqui as implicações profundas entre o direito e a tópica, a retórica, a argumentação e a tomada de posição na construção de um imaginário jurídico que se alimenta da ficção tanto quanto da realidade.

A estruturação do trabalho conta com duas partes/atos. A primeira, *Heróis, vilões e subjetividades*, apresenta três cenas e pretende cartografar a noção de subjetividade construída a partir de Foucault e tensionada pela percepção da subjetividade típica da modernidade. Foi preciso identificar como a loucura, a delinquência e a sexualidade servem de sombra para delinear a positividade do sujeito moderno que, desconstruído pelas críticas da fase arqueológica e genealógica, encontra um Foucault propositivo (talvez) na fase ética, em torno das possibilidades de novos contornos, contornos de resistência e estilização da vida.

O nosso anti-herói é exatamente aquele que combate/contrasta e se diferencia do herói Homem. Em um paralelo próximo, é o próprio anti-édipo de Guattari e Deleuze, de cuja configuração Foucault pensou poder extrair pontos de um manifesto à vida não fascista<sup>5</sup>: (i) liberar a ação política de toda forma de paranóia unitária e totalizante; (ii) fazer crescer a

---

<sup>5</sup> FOUCAULT, M. *Préface* (Introdução à vida não fascista). Gilles Deleuze e Félix Guattari. **Anti-Oedipus: Capitalism and Schizophrenia**, New York, Viking Press, 1977, p. XI-XIV. In: FOUCAULT, M. *Dits et écrits II*, Paris: quarto Gallimard, 2001, p.133-136.

ação, o pensamento e os desejos por proliferação, justaposição e disjunção, mais do que por subdivisão e hierarquização piramidal; (iii) liberar-se das velhas categorias do Negativo (a lei, o limite, a castração, a falta, a lacuna), que o pensamento ocidental, por um longo tempo, sacralizou como forma do poder e modo de acesso à realidade; (iv) ligar o desejo com a realidade (e não sua fuga, nas formas da representação); (v) utilizar a prática política como um intensificador do pensamento, e a análise como um multiplicador das formas e dos domínios de intervenção da ação política; e (vi) não exigir da ação política que ela restabeleça os “direitos” do indivíduo, tal como a filosofia os definiu.

O segundo ato/parte analisa *as transformações no cenário jurídico* para a configuração de novos rituais e está dividido em quatro cenas. O modelo judicial de resolução de conflitos com lastro na racionalidade constituinte do Estado democrático de direito vai ser contrastado com outros sistemas de resolução de conflitos, como a arbitragem, mediação e conciliação. Mais ainda, a percepção das insuficiências do modelo judicial de encarar as diferenciações da subjetividade e promover a autonomia e emancipação dos envolvidos no conflito evidencia o motivo pelo qual problematizamos a questão das responsabilidades. O acento, portanto, que demos à mediação implica assumir as responsabilidades pelo conflito e sua solução em primeira pessoa, sendo encarado como o *ethos* necessário a uma mudança de atores e atitudes no direito. Mais do que a figura imponente de um juiz, símbolo místico do poder hierarquizado do Estado e da lei, a figura de um mediador, um elo em redes interpessoais, nas tramas da vida.

A cena que encerra esta parte - *a insurreição dos figurantes* - é uma tentativa de aclarar o enleio entre mediação, subjetividades e hermenêutica para desenhar novos contornos para o direito. Se o *ethos* deve ser compreendido como imanência, é porque é da vida, da experiência que se alimenta. Portanto, outros sujeitos para o direito podem ser criados do campo de forças atravessado pelo amor e pela sensibilidade. É neste sentido que o cuidado

consigo e com o mundo pode significar um encontro com o outro que enriquece na diferença. E a compreensão hermenêutica pode se realizar para além de sua dimensão filosófica, como o próprio movimento de ser-mais-emancipado-no-mundo.

No ato final, assumindo *o desafio de sonhar os sonhos de outro dono*, a compreensão encontra na atividade mediadora uma prática ética, capaz de contagiar o direito pela ação de seus atores e pela liberação dos figurantes de um devir menor. Resta, a cada um de nós, a responsabilidade de refletir sobre o que estamos ajudando a fazer de nós mesmos, e em que medida o que dizemos suporta ser vivido. Encontrar, na singularidade de uma estilização, a coragem de se lançar ao mundo e vivenciar, visceralmente, o outro e a nós mesmos.

...

Uma sirene faz o coração sobressaltar e corta os murmúrios de uma espera compartilhada por muitas vozes. A luz perde seu brilho até anoitecer. Abrem-se as cortinas: eis o movimento.

## **PRIMEIRO ATO: HERÓIS, VILÕES E SUBJETIVIDADES**

## **CENA 1 HERÓIS: A CONSTRUÇÃO DO SUJEITO UNIVERSAL NA TRADIÇÃO MODERNA**

O Homem é, sem dúvida, o grande protagonista da modernidade. Apoiando-se naquela filosofia do sujeito típica do pensamento moderno, a subjetividade pode ser vista como a capacidade de ser humano, de ser sujeito. A subjetividade pode ser, na perspectiva moderna, esta realização da própria razão como interiorização de um modo de pensar e exteriorização da moral como um modo de agir. E não apenas; no solo moderno, a subjetividade avizinha-se do universal, ou de um modelo universal para colaborar com um mesmo modelo centralizado de dominação – o Estado. Razão, lei e moral na construção de um sujeito de direito.

Por isso, partimos do sujeito que o direito conta, se apropria e a partir do qual estrutura suas teorias na modernidade. A cena que se segue pretende revelar o sujeito moderno, são e iluminado que assume o curso desta tarefa antropológica, que cria o mundo, modela a natureza à sua imagem e semelhança. Homem, princípio de tudo.

### **1.1 O pano se abre: a matriz individualista do pensamento moderno**

Há três fatores que estão na base do individualismo: (i) o cristianismo, que estaria ligado ao subjetivismo em sua gênese, a partir da ruptura entre homem e cidade (relação marcante na Antiguidade greco-romana), fazendo com que o homem tivesse uma parte essencial ligada a Deus. Com isso, porque foi feito à Sua imagem e semelhança, esse homem assume sua condição de sujeito; (ii) o humanismo, advindo com o Renascimento e sua

produção intelectual profana, resgata Platão e as filosofias helenísticas, focando a questão moral do indivíduo e o gosto pelas ordens ideais e transcendentais, um humanismo individualista, porque este homem, que passa a ser o centro da especulação política e filosófica, é um ser isolado em relação à natureza; e (iii) o nominalismo, como o correlato filosófico, segundo o qual o real é constituído unicamente dos indivíduos, sendo os ‘universais’ representações da linguagem, instrumentos para designar a semelhança entre uma pluralidade de objetos<sup>6</sup>.

As consequências do individualismo no direito podem ser vistas através das formulações de Hobbes<sup>7</sup>, inserido totalmente nesta proposta moderna (humanista, cientificista e nominalista)<sup>8</sup>. Parte do estado de natureza, onde o homem é um ser individual, totalmente livre porque só se submete à sua própria lei, incompatível, porém, com as liberdades alheias, um estado de guerra permanente. É esta liberdade original e este nominalismo que vão permitir ao homem moderno criar a política, o Estado e o direito.

É possível compreender, assim, como surge a noção de direito subjetivo. E, sobretudo, como ele vai ser afirmado como liberdade. No estado de natureza hobbesiano já há um direito subjetivo, porque já há liberdade (ilimitada). É uma expressão – direito subjetivo – que aparece no séc. XIX, embora já esteja inserida na tradição até aqui exposta<sup>9</sup>. Mas essa liberdade não seria vantajosa na medida em que não pudesse ser garantida. Então, cria-se a Ordem, o Estado, pelo contrato social. Esta liberdade garantida é então uma faculdade de agir, um poder reforçado pelo aparato coercitivo do Estado. O direito subjetivo, enquanto liberdade, é o fim do direito, da Ordem Estatal.

---

<sup>6</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito. Trad. Alcidema Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977, p.107-115.

<sup>7</sup> SANTOS, Rogério D. Hobbes e a subjetividade moderna: ordem e legitimidade no discurso de moralização, In: PHILIPPI, Jeanine N. (org) **Legalidade e subjetividade**, 2 ed. Florianópolis: Boiteux, 2004. pp 31-76

<sup>8</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**, 1977, p.117-120.

<sup>9</sup> Idem, p. 120.

Neste sentido, é o conjunto destes fatores que dão conta do que vai ser o pensamento moderno: ao lado do humanismo, o nominalismo, a descoberta da alma individual do homem espiritual moderno e a intuição eidética do platonismo “se uniram na exigência de um sistema natural (Dilthey), isto é, de um modelo imanente da natureza e da sociedade que se pudesse exprimir num sistema científico coerente e autônomo”<sup>10</sup>.

Além do individualismo, o Renascimento e a Idade Moderna vão cunhar um modo de pensamento estimulador da cientificidade, da exatidão, da certeza, sobretudo como antítese à excessiva influência da Igreja nos domínios mundanos do conhecimento, que gravava tudo com o obscurantismo da fé – a fé somente revela Deus, mistificando a vida terrena, tornando-a incerta e errante. Esta subordinação essencial a Deus do homem medieval (angustiante) vai sendo superada a partir Renascimento por uma supervalorização da capacidade humana.

Ao pregar um discurso de igualdade entre os cristãos e de subordinação essencial a Deus, o cristianismo afirmou o homem como pessoa, como uma criatura dotada de livre-arbítrio, de autonomia para buscar a própria salvação. Esta dimensão subjetiva não havia ainda sido revelada na Antiguidade: os homens eram seres coletivos, políticos, ou seres racionais, pensantes. Pois bem, esta dimensão subjetiva - pessoa autônoma e indivíduo - é um dos pilares do que virá a ser o projeto de modernidade.

Descartes<sup>11</sup> introduziu aquela que é a nota racional libertadora do homem: o *cogito* – penso, logo existo, é a expressão máxima da autonomia. A proposta de Descartes é duvidar de tudo, das experiências sensíveis, dos pensamentos postos, daquilo que se apresenta ao mundo e ao homem como é. Ou seja, para Descartes, só a razão poderia conferir segurança ao conhecimento. Neste sentido o caminho que parte da dúvida (a dúvida metódica), passa pela

<sup>10</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno** [Trad. Antonio M. Botelho Hespanha]. 2 ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p.284

<sup>11</sup> DESCARTES, René. **Discurso do Método** [Trad. Enrico Corvisieri]. Disponível em: <http://br.egroups.com/groups/acropolis/>. Acesso em: 03.04.2006, p.1-2: “quanto à razão ou ao senso, posto que é a única coisa que nos torna homens e nos diferencia dos animais [...]”. Cf. acerca de Descartes, BORNHEIM, Gerd. E CHAUI, Marilena. O drama Burguês. In: **Ética**. Produção de José Jacinto do Amaral, Coordenação de Adauto Novaes, Direção de Dario Vizeu e Paulo Moreli. São Paulo: Vídeo Cultura e O2, [s/d]. 1 videocassete (92 min), VHS, som, colorido.

decomposição em partes menores e pela análise do mais simples ao mais complexo, leva à certeza do pensar – se duvido, penso. E se penso, existo!<sup>12</sup>

Derivar o pensamento da dúvida e a existência humana do pensamento é permitir ao homem formular uma explicação neutra, objetiva e racional de sua existência, independente de Deus. O que caracteriza o homem é a razão, que é algo inerente em sua própria natureza. O homem, enfim, é autônomo e senhor de si, não dependendo mais da criação divina para existir. Cada homem é uma razão, um indivíduo, uma existência, uma ilha.

É interessante notar que no *Discurso do Método*, Descartes se submete (e a seu método), a uma moral provisória<sup>13</sup>, que tem um sentido estritamente instrumental: em primeiro lugar, obedecer às leis e costumes do próprio país, mantendo-se na religião e preferindo os exemplos dos que compartilham desta mesma realidade; em segundo lugar, ter firmeza nas ações, mesmo quando não é possível distinguir-lhe a verdade ou falsidade, porque é mais importante tomar um rumo do que ficar dando voltas; depois, procurar vencer sempre antes a si próprio do que ao destino, e de antes modificar os próprios desejos do que a ordem do mundo; e, por fim, após analisar a ocupação dos homens, para verificar qual a melhor, decidir permanecer na escolhida, que é a busca da verdade através do método baseado na própria razão. Em seu discurso, a voz ativa, a narrativa de uma história, uma certa personalidade nas informações dão o tom que o homem, que ele mesmo ajudou a construir, ainda estará para nascer num futuro próximo, como diagnosticou Foucault<sup>14</sup>.

Se Descartes desenvolve a relação do homem com a natureza, ainda muito mecanicista, uma outra dimensão – a política – é então empreendida pelos iluministas, que vão pensar a relação do homem com seu semelhante, do homem inserido numa sociedade. As

<sup>12</sup> DESCARTES, *Discurso do Método*, 2006, p. 11.

<sup>13</sup> Idem, p.14 e ss.

<sup>14</sup> FOUCAULT, M. *As palavras e as coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1981, p.324: “No pensamento clássico, aquele para quem a representação existe e nela se representa a si mesmo, aí se reconhecendo por imagem ou reflexo [...] antes do final do século XVIII, o homem não existia.”

teorias contratualistas partem sempre da distinção entre o estado de natureza e a sociedade e/ou o Estado. Fruto da razão ou da vontade humana, o Estado simboliza o poder e a liberdade organizados, introjectados no direito. Aquele indivíduo racional, que dá o tom da subjetividade moderna, tem agora a proteção e o reconhecimento do direito: estão sendo configurados os direitos subjetivos.

Mas, se cada homem é uma ilha, se o individualismo e a razão tornam o sujeito auto-suficiente, aonde vai se formar o espaço do coletivo, o espaço do ‘nós’? Daí que o contrato social tem, desde o seu nascedouro, um ‘que’ de irrealizável. A partir deste ponto começam a ficar claros o projeto e a crise da modernidade: um homem autônomo, racional, absoluto, capaz de dominar a natureza e incapaz de viver em comunidade. Um homem que, nem bem nasceu, teria uma trajetória curta de existência<sup>15</sup>. Mas muito antes de desvanecer, este herói vai ser levado às últimas consequências, fortalecido por poderes – direitos subjetivos.

Os direitos subjetivos serão, portanto, o foco de realização desta subjetividade moderna no sistema jurídico. Aceitando sem discutir este herói, recebendo-o de um poder superior, quase divino, que é a razão, caberá ao direito garantir-lhe a força, poderes e direitos na construção de uma sociedade ordeira e livre, ‘apenas’ sujeita ao Estado.

---

<sup>15</sup> FOUCAULT, M. **As palavras e as coisas**, 1981, p.324: “É uma criatura muito recente esta que a demiurgia do saber fabricou com suas mãos há menos de 200 anos: mas ele envelheceu tão depressa que facilmente se pensou que ele esperara na sombra, durante milênios, o momento de iluminação que seria enfim conhecido”.

## 1.2 Apogeu e crítica do projeto moderno da subjetividade – ápice de um sujeito soberano

O primeiro grande crítico desta razão é Kant<sup>16</sup>, pois ele vai dizer que não podemos falar da razão pura como da razão prática. A liberdade é uma ideia (fenômeno) porque não se encontra na natureza. Não há ninguém totalmente livre, pois dependemos da natureza e dos outros.

Do ponto de vista do direito, embora com a filosofia kantiana o abismo gnoseológico entre ser e dever-ser tenha sido propulsor de perspectivas positivistas, o imperativo categórico da razão prática, que cria a moral como um fim em si mesma, deixa esta subjetividade ainda mais solipsista. Não havendo nada acima do sujeito que o céu estrelado e uma moral dentro de si e, pensando no direito<sup>17</sup> como coordenação de liberdades, Kant permite apurar a ideia de direitos subjetivos como liberdades inerentes ao sujeito, porque inferidas a partir do *a priori* da razão.

Mesmo as perspectivas hegeliana e marxista<sup>18</sup> de crítica da razão, para introduzir os aspectos da história ou da ideologia de classe, respectivamente, não afastam a subjetividade de estar centrada universalmente num sujeito soberano, autônomo. A crítica hegeliana é pelo estreitamento das concepções de subjetividade até então traçadas, propondo um alargamento desta pela história. Já a crítica marxista<sup>19</sup> aponta o caráter ideológico e classista desta

---

<sup>16</sup> “O pensamento de Kant poderia ser considerado como aquele em que a modernidade, que se gerou lentamente no Ocidente, desde o nominalismo medieval, chega à consciência clara de si mesma. Para Kant, a modernidade tem uma *significação histórico-universal*: a humanidade tem, de agora em diante, a possibilidade de atingir a maioria pelo *uso público da razão*, que permitiria a efetivação da emancipação humana pelo afastamento de todas as tutelas [...] Isso, para Kant, tornou-se possível pelo *retorno transcendental* a si mesmo, como retorno ao fundamento de toda teoria e de toda a ação do homem no mundo. O homem [...] é fonte de sentido de qualquer todo...” in: OLIVEIRA, Manfredo de A. **Ética e racionalidade moderna**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 1993, p.71-72.

<sup>17</sup> “Age exteriormente de modo que o livre uso do teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal” KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito** [Trad. Edson Bini]. 2 ed, São Paulo: Ícone, 1993. p.46

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Manfredo de A. **Ética e racionalidade moderna**, 1993, p.72-80

<sup>19</sup> Cf. WOLKMER. O direito como humanismo social e possibilidade de emancipação: Karl Marx, in: WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. Barueri: Manole: Florianópolis: Boiteux, 2005, p.134-5.

concepção de homem e de liberdade (uma liberdade burguesa) sem, contudo, propor uma superação das bases da subjetividade, mas apenas operar uma transformação ideológica que conduza a humanidade a um estágio de superação das lutas de classe, que permita liberar o homem dos grilhões do capitalismo.

Interessante perceber com Boaventura de Sousa Santos<sup>20</sup> que o paradigma da modernidade, rico, complexo, ambicioso e revolucionário, assentando-se em dois pilares principais – regulação (constituído pelo princípio do Estado, pelo princípio do mercado e pelo princípio da comunidade) e emancipação (através da racionalidade estético-expressiva das artes, cognitiva-instrumental da ciência e moral-prática da ética e do direito), é também um projeto contraditório, que não consegue equilibrar seus elementos. Assim, caminhou para uma hipertrofia em torno da regulação do Estado e do mercado, atrofiando a comunidade e no outro pilar, sufocando a ideia de emancipação apenas realizada pela racionalidade instrumental da ciência<sup>21</sup>.

A modernidade teria, então, concentrado-se sobretudo no princípio do mercado e do Estado, e neste ponto é razoável assentir em relação à ênfase em um e outro no debate entre capitalismo e socialismo, e sobretudo em relação aos desdobramentos do liberalismo em neo-liberalismo e, por outro lado, numa razão instrumental, que embrutece a relação sujeito-objeto, tornando-a cada vez mais objetificada.

Mas a percepção teórica destas contradições, dos desequilíbrios entre os pilares e seus princípios, essa realidade dura e cruel de um mundo desigual e injusto que prega, no discurso exatamente a igualdade de oportunidades e a justiça, este paradoxo não é, por si só,

---

<sup>20</sup> SANTOS, Boaventura de S. **A Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência, V.1 (Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática). 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002, p.50.

<sup>21</sup> Boaventura de S Santos faz, nesta exposição, uma crítica direta a Foucault, ao tocar na questão sobre a possível incompatibilidade entre a estrutura de poder do direito, baseada na soberania, e a estrutura de poder disciplinar, baseada no cruzamento entre instituições e saber. Se as interpretações de Foucault levam a afirmar tal incompatibilidade, Santos registra que é um erro não perceber a circulação de sentido que se dá entre uma e outra rede de poder (soberania e disciplinar), funcionando, a seu modo de ver, o direito como um alter ego da ciência. Cf. SANTOS, B. S. **A Crítica da razão indolente**, 2002, p.53.

suficiente para impedir que a modernidade permaneça como paradigma dominante. Na prática, as contradições com o discurso conseguem ampliar a margem de autonomia em relação aos compromissos firmados, sempre vistos como ideais a alcançar e quase nunca como responsabilidades a assumir.

É necessário ao menos registrar a importância crítica da Escola de Frankfurt e da denúncia deste projeto como a própria barbárie, da razão instrumental como o oposto da própria razão, um homem racional que aniquila sua natureza, sua paixão, sua humanidade<sup>22</sup>.

História e descontinuidade, civilização e barbárie, vão se tornar, daqui em diante, o substrato das críticas mais contundentes à modernidade e à sua formulação de subjetividade. É neste rastro que aparece Michel Foucault.

### **1.3 Cai a máscara: Foucault e “o acordar do sono antropológico”**

Foucault se inseriu no pensamento contemporâneo que pretendeu a superação do paradigma da filosofia da subjetividade<sup>23</sup>, buscando na denúncia da ideologia atrelada à historicidade, destituir o homem deste patamar que o coloca acima dos jogos de poder e independente dos jogos de verdade. Especialmente quando pretende desatrelar o *status* epistemológico de ciência dos saberes humanos, em *As palavras e as coisas*, Foucault teve em sua mira exatamente este Homem e todo um conjunto de saberes que o constituem enquanto tal, cujo resultado, após esta arqueologia das ciências humanas, outra coisa não é senão o seu desaparecer, junto com o deslocamento das relações de poder para outros saberes e cujo vazio Foucault não arriscou indicar conteúdo.

---

<sup>22</sup> Cf. NOVAES, Adauto (org). **Civilização e Barbárie**, São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Neste livro, a crítica é direcionada, sobretudo, ao imaginário em torno da civilização que, tendo suas estruturas vasculhadas, representa, ela mesma, a barbárie.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Manfredo de A. **Ética e racionalidade moderna**, 1993, p.80.

O método utilizado por Foucault nesta obra foi ainda a arqueologia<sup>24</sup>, vacilando entre aceitar ou não o estruturalismo. “Ora, esta investigação arqueológica mostrou duas grandes descontinuidades na *episteme* da cultura ocidental: aquela que inaugura a idade clássica (por volta de meados do séc. XVII) e aquela que, no início do século XIX, marca o limiar de nossa modernidade.”<sup>25</sup> Com isso, a continuidade histórica e de pensamento entre Renascimento e modernidade não passaria de uma visão equivocada<sup>26</sup>.

Até o final do século XVI, o saber ocidental se viu focado na noção de similitude (em seus quatro desdobramentos, como conveniência, emulação, analogia ou simpatia) e daí porque a representação se dá como imitação, repetição. A busca da semelhança resgata a sincronia entre macrocosmo e microcosmo, sobrepondo semiologia e hermenêutica, signos e significados, transformando a natureza num grande texto único e decifrável: a escrita é a prosa do mundo<sup>27</sup>.

Mas algo aconteceu com a linguagem que, na imagem do quadro *Las Meninas* de Velásquez, ao tentar representar com fidelidade seus elementos, criou um vazio, retirou o significante de lugar, escapou do sujeito mesmo e fez da representação pura representação. Este algo é a separação entre as palavras e as coisas. A linguagem, não podendo mais representar o mundo por imitação, vai cambiar para um outro espaço, não completamente

---

<sup>24</sup> A partir da *Ordem do discurso*, conferência proferida por ocasião de seu ingresso no *Collège de France*, Foucault aponta um novo direcionamento de sua *episteme*, agora em busca de uma genealogia, permeada de influências de suas leituras de Nietzsche, deslocando o anterior projeto arqueológico. “Uma arqueologia não é uma ‘história’ na medida em que, como se trata de construir um campo histórico, Foucault opera com diferentes dimensões (filosófica, econômica, científica, política, etc.) a fim de obter as condições de emergência dos discursos do saber de uma dada época, [...] a fim de descrever não somente a maneira pela qual os diferentes saberes locais se determinam a partir da constituição de novos objetos que emergiram num certo momento, mas como eles se relacionam entre si e desenham de maneira horizontal uma configuração epistêmica coerente” REVEL, Judith. **Michel Foucault: conceitos essenciais**. Trad. Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani, São Carlos: Claraluz, 2005, p.16.

<sup>25</sup> FOUCAULT, M. **As palavras e as coisas**, 1981, p. 12

<sup>26</sup> Sobre a proposta foucaultiana de descontinuidade histórica, a partir de *epistemes* monolíticas, Merquior tece uma longa e considerável crítica, acusando Foucault de manipular dados, ignorar pensadores, entre outras questões. Cf. MERQUIOR, José Guilherme. **Michel Foucault ou o nihilismo de cátedra**. Trad. Donaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

<sup>27</sup> FOUCAULT, M. **As palavras e as coisas**, 1981, p.33 e ss.

impotente, mas cerrado em si mesmo: linguagem como linguagem, fechada na sua natureza de signo<sup>28</sup>.

A descontinuidade também ficou estabelecida pela crítica da semelhança que se viu já no início do séc.XVII. Em Descartes, como em Bacon, Foucault percebe esta atitude. O cartesianismo não tratou de abandonar toda noção de semelhança: a semelhança que se abandonou é a certeza das correspondências materiais do mundo. A razão compara (por medida e por ordem) para identificar, e a semelhança então é trabalhada apenas enquanto forma ou procedimento universal. Ela é pura forma, que busca identidade e diferença: racionalismo<sup>29</sup>. E com isso, a linguagem, já desprendida do mundo por um primeiro momento, vai se retirar “do meio dos seres para entrar na sua era de transparência e de neutralidade”<sup>30</sup>, a serviço da ciência como saber universal, como crítica (análise) e não como comentário.

Uma segunda descontinuidade estará em curso, marcando a modernidade e rompendo com o período clássico. Na passagem do séc. XVIII ao séc. XIX, uma série de acontecimentos vão refazer a *episteme*: uma sensível mudança no tempo, um dispositivo qualquer que metamorfoseia troca em produção, classificação em organização, visível em invisível, e de indivíduo, o homem se torna um organismo. A crítica, com Kant, denuncia o dogmatismo da representação e, com isso, denuncia a própria metafísica. Mas não sem, em seu lugar, colocar uma outra metafísica: a da condição do próprio pensamento enquanto puro pensamento<sup>31</sup>. Kant, definitivamente, nos joga na modernidade e o homem, enfim, pode-se

---

<sup>28</sup> FOUCAULT, M. **As palavras e as coisas**, 1981, p.60-3. Para esse giro, Foucault utiliza a imagem e o conteúdo de Dom Quixote.

<sup>29</sup> Idem, p.66-9.

<sup>30</sup> Idem, p.71.

<sup>31</sup> Idem, p.258. A complexidade deste momento ganha a seguinte observação do autor: “as consequências mais longínquas e, para nós, as mais difíceis de circunscrever, do acontecimento fundamental que sobreveio à *episteme* ocidental por volta do fim do século XVIII, pode assim se resumir: negativamente, o domínio das formas puras do conhecimento se isola, assumindo ao mesmo tempo a autonomia e soberania em relação a todo saber empírico, fazendo nascer e renascer indefinidamente o projeto de formalizar o concreto e de constituir, a despeito de tudo, ciências puras; positivamente, os domínios empíricos se ligam a reflexões sobre a

pensar como Homem, mas não sem que esse movimento de se duplicar retire a ambiguidade desta nova *episteme*. Este homem é ao mesmo tempo empírico e transcendental, pensa a finitude e, no pensamento, transcende-a.

Este duplo empírico-transcendental<sup>32</sup> está presente na formulação da natureza humana e do direito subjetivo e, com isso, o próprio paradoxo destas expressões: uma natureza (empírica) humana (transcendental)? Um direito (empírico) subjetivo (transcendental)? Este projeto de homem estaria já na eminência de uma nova ruptura?

#### **1.4 Depois da vertigem, o herói recomposto: o jurídico e a construção de poderes - direitos subjetivos**

O que se pretende mostrar, por ora, é que o direito, sendo um dos pilares deste projeto de modernidade, e nela tendo uma posição central, sustenta-a a qualquer custo. E porque se prestam a serem os juristas os guardiões<sup>33</sup> do universal, a questão dos direitos subjetivos ganha em importância na teorização do direito na modernidade e, posteriormente, já nos idos contemporâneos, na teorização dos direitos fundamentais. Embora o positivismo<sup>34</sup> tenha-lhes diminuído a ênfase no aspecto ‘subjetivo’ para acentuar o aspecto ‘direito’, através da forma positivada, do caráter objetivo, uma vez positivados, eles são exercidos como estandartes da subjetividade.

---

subjetividade, o ser humano e a finitude, assumindo valor e função de filosofia, tanto quanto de redução da filosofia ou de contrafilosofia” (p.263). O plano do empírico se transforma em trabalho, vida e linguagem.

<sup>32</sup> Em relação à análise do duplo empírico-transcendental, Habermas apresenta uma crítica contundente à proposta de Foucault, denominando-a de desconcertante e, declarando: “Foucault não pode fazer desaparecer todas aquelas aporias que atribui à filosofia do sujeito em um conceito de poder tomado de empréstimo da própria filosofia do sujeito.” HABERMAS, J. Aporias de uma teoria do poder In: **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições [Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento]. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.385.

<sup>33</sup> Esta proposta e nomenclatura é utilizada por Pierre Bourdieu, em BOURDIEU, P. *Lês juristes, gardiens de l’hypocrisie collective*. In: CHAZEL, F. et COMMAILLE, J. *Normes juridiques et regulation sociale*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991.

<sup>34</sup> Sobre o positivismo, retomaremos mais detidamente seus elementos no segundo Ato.

Neste tópico o que estará em jogo é a articulação que o direito vai engendrar com esta perspectiva solipsista da subjetividade na construção da categoria dos direitos subjetivos. Apesar de se vislumbrar a modificação conceitual entre direitos subjetivos (entendidos como naturais e/ou racionais), direitos humanos e direitos fundamentais, o que permanece como fio condutor é a perspectiva filosófica de uma subjetividade que confere ao homem uma posição não só singular, como também superior na ordem das coisas, cujo substrato é tão forte que permite, a partir deste homem, supor conteúdos da razão ou da natureza humana, e daí derivar normas e conteúdos jurídicos. É a força do argumento da segurança e da verdade no mundo jurídico que nos tenta com a ilusão de uma igualdade irrealizável, como legitimadora e redentora.

É esta subjetividade racionalizante moderna que Nietzsche ataca quando declara a “Morte de Deus” e em sua sombra, é esta mesma racionalidade que Foucault denuncia como histórica quando almeja a “Morte do Homem”. Mas esta racionalidade ainda está lá, no direito, na figura dos direitos subjetivos<sup>35</sup>.

#### **1.4.1 Direitos subjetivos na teoria clássica do direito**

Aproveitando e reforçando a noção de subjetividade moderna, tal como apresentada no tópico anterior, o direito vai se firmar como um sistema racional, alicerçado em conceitos como direito subjetivo, autonomia da vontade e obediência à lei.

O conceito de direito subjetivo vai ocupar, então, na teorização privada clássica, uma posição central. Tanto em Puchta quanto em Windscheid, ele está no vértice da pirâmide dos conceitos, do qual todos encontram sua fundamentação. A diferença reside em Puchta dar

---

<sup>35</sup> Sobre as críticas de Nietzsche à razão moderna, Cf. OLIVEIRA, Manfredo de A. **Ética e racionalidade moderna**, 1993, p.75 ss.

a este direito subjetivo um substrato ético kantiano, como liberdade, enquanto Windscheid lhe confere um substrato psicológico – direito subjetivo é visto como um ‘poder de vontade’ conferido pela ordem jurídica<sup>36</sup>.

É preciso não perder de vista que estamos no momento histórico de afirmação do pensamento liberal, que tem seus apoios na economia, na política, na moral, na religião, no direito. Hobbes está preocupado com o direito enquanto político, como um elemento do Estado e, por isso, os direitos subjetivos são vistos como liberdade. Mas os filósofos do direito, propriamente, têm uma outra tradição que agregam a esta proposta de subjetividade. Aqui entra a dogmática, a noção de sistema (para a configuração do ordenamento jurídico), e toda uma tradição privatista e patrimonialista. Esta tradição está presente na preocupação da Escola Histórica, com sua referência ao *Corpus Iuris Civilis*, na Escola da Exegese, em torno do Código Civil Napoleônico, em sintonia com as doutrinas econômicas liberais do mercantilismo e do capitalismo. Não é sem sentido que a propriedade é erigida ao *status* de direito inerente à natureza humana, necessário, como respirar, para garantir a subsistência material.

Assim, os direitos subjetivos ganham um acento muito forte como patrimônios do sujeito, como bens que se conserva contra a ingerência do Estado ou dos outros homens. A liberdade se materializa na propriedade.

---

<sup>36</sup> “É sabido que considera o direito subjectivo como um “poder da vontade” conferido pela ordem jurídica a uma pessoa – formulação em que pouco se afasta de PUCHTA. Só que PUCHTA pensava na possibilidade ou capacidade de a pessoa realizar a sua liberdade moral, quer dizer, *se* realizar como pessoa, através desse poder de decisão sobre um objeto que lhe é exclusivamente atribuído. Ora, se também em WINDSCHEID isso estará de certa maneira subjacente, todavia, como ele compreende a vontade, não já como categoria ética, mas antes como categoria psicológica, depara-se-lhe a ‘dificuldade’ de poder existir um direito subjectivo ‘independentemente de um efectivo querer do titular’; realmente, também um incapaz pode ser titular de um direito subjectivo, como se pode ter um direito sem se ter disso consciência. WINDSCHEID supõe que a vontade que prevalece no direito subjectivo (sobre outrem, ou, nos direitos, de crédito, sobre o devedor) não é a do titular, mas a da ordem jurídica (como se esta fosse uma real vontade psicológica!). Daí o acento se desloca de uma possibilidade de domínio de um objeto para a possibilidade de se impor judicialmente uma injunção, portanto, como pretensão, o que já demonstra o percurso lógico-formal de esvaziamento de conteúdo que caminha a escola histórica”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978, p.28.

A difusão das ideias de Ihering<sup>37</sup> é um símbolo do viés patrimonialista aos direitos subjetivos. Nesta obra, além de diferenciar direitos subjetivos de objetivos e se concentrar nos primeiros, aos quais atribui também a denominação de direitos concretos, Ihering empreende seus esforços em justificar a importância vital de se lutar por aquilo que é seu. Defende que a renúncia à propriedade, ou ao casamento, à honra ou ao contrato é tão impossível quanto a renúncia ao direito. E, ainda, quando há uma agressão à sua propriedade (fala do exemplo do assaltante), “toda a agressão atingirá não só o que é meu, o patrimônio, como também minha pessoa, e, se eu tenho o dever de defender minha pessoa, esse dever atinge também as condições sem as quais minha pessoa não poderá existir”<sup>38</sup>. Continuando, apenas a vida diretamente ameaçada pode permitir que o sujeito abra mão do dever de defender a sua propriedade.

Nesse sentido, compartilhamos com a ideia de que, eleito como uma “categoria científica do direito”<sup>39</sup> e baseado na perspectiva de uma subjetividade essencial, o direito subjetivo presta um vigoroso auxílio na articulação de uma subordinação da política à moral para a construção de um imaginário burguês. E, com isso, reforçaríamos a perspectiva de uma projeção ideal e metafísica do sujeito, planificando identidades<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3 ed, São Paulo: RT, 2003.

<sup>38</sup> Idem, p.44.

<sup>39</sup> MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. In: BRANDÃO, Cláudio et all (coords.), **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.8.

<sup>40</sup> Idem, p.6 e 9.

### 1.4.2 Universalização e positivação dos direitos subjetivos: direitos humanos e direitos fundamentais

Os direitos subjetivos passam a ser, hodiernamente, o substrato dos direitos fundamentais, sua versão objetivada pela positivação. A tentativa é construir uma teoria que preserve a força retórica da ideia de que há direitos inalienáveis, aqueles que se tornam, portanto, bens supremos no Estado liberal, que podem ser oponíveis contra todos, inclusive contra o Estado. Mas, tentando deixar para trás qualquer conotação jusnaturalista, como aquela bandeira ingênua e revolucionária da Revolução Francesa, impregnada de uma luta política e econômica de uma classe: a burguesia. Como veremos, os direitos fundamentais ganham em positividade, objetividade e funcionalidade.

Ao mesmo tempo, os direitos subjetivos vão embasar a teorização dos direitos humanos, reforçando os atributos de universalização. O foco é sem dúvida um mundo onde heterogeneidades consigam conviver. A ferida, ainda aberta pelos regimes totalitários, sobretudo o nazismo, que negam o sentido da vida humana, que negam qualquer vida, impulsiona novamente o empreendimento de atribuir uma natureza superior ao homem, uma natureza boa e virtuosa, e de garantir, juridicamente (o que dá a nota da coercitividade) a dignidade humana. Parece cíclico que a discussão contenciosa, a preocupação de estabelecer valores e normas universais, apareça sempre com força após o exercício desmedido do poder<sup>41</sup>.

Há diversos diplomas legais e políticos que vão responder pelo que o Ocidente vem, historicamente, denominando direitos humanos. A primeira fase de internacionalização<sup>42</sup> destes direitos tem início na segunda metade do séc. XIX e se prolonga até a segunda grande guerra mundial, marco histórico que delimita a segunda fase de internacionalização, cujo

---

<sup>41</sup> Cf. ECO, Umberto. **Cinco escritos morais**. Trad. Eliana Aguiar. 5 ed., Rio de Janeiro: Record, 2001.

<sup>42</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.54 ss.

símbolo é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Partindo de uma natureza humana centrada na ideia de dignidade, e tendo em vista a união dos povos (estabelecida definitivamente como valor após a segunda grande guerra), os direitos humanos aparecem com um sentido político forte, de resistência e revolução, enquanto os direitos fundamentais vão se afirmar enquanto estabilização e consolidação de uma ordem institucionalizada.

Não obstante a importância histórica e política, o lastro de subjetividade que tais direitos preservam ainda se circunscreve numa perspectiva de construção de um super-homem<sup>43</sup>, universal, digno e racional. Irremediavelmente se vê alvo das críticas que, desde Nietzsche, denunciam esta subjetividade.

Analisando pelo lado da ordem política em relação com o sujeito de direito, que se dá no debate sobre direitos humanos, Koerner<sup>44</sup> identifica a possibilidade de caracterização de quatro parâmetros formados a partir do entrecruzamento dos seguintes critérios: (i) as relações entre as ordens políticas interestatal e estatal e (ii) as relações entre os sujeitos e as normas. Assim, é possível identificar globalismo, estatismo, contextualismo e trans-localismo.

No globalismo a ordem política global, cujo sistema de normas é mandatório, predomina sobre o sistema de normas do Estado e sobre as normatividades sociais. No estatismo, ao contrário, deve predominar a ordem política estatal, devendo a ordem internacional de direitos humanos e as normatividades sociais serem reconhecidas pelo sistema estatal para terem efetividade. No contextualismo prevalece a ordem política estatal em consonância com as diferentes normatividades oriundas dos grupos sociais. Por último, o trans-localismo, acentua a prevalência de uma ordem internacional

---

<sup>43</sup> É significativa, para não dizer até caricata, a abertura da Introdução sobre o sentido e evolução dos direitos humanos: “O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a história: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 2003. p.1.

<sup>44</sup> KOERNER, Andrei. Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos, **Lua Nova** n° 57— 2002, p.87-111.

cuja normatividade resulta da combinação das diversas normatividades do globo, a qual não se põe como ordem mandatória, mas como resultado de um processo de diálogo intercultural, que promove o reconhecimento das diferenças e, pois, consensos. O sujeito de direitos humanos é concebido a partir das capacidades ou práticas sociais. Para ser justa, a ordem normativa global deve levar em conta, além das necessidades básicas e capacidades dos indivíduos (o que pode ser alcançado com uma ordem internacional igualitária), as diferentes concepções comunitárias da vida boa.<sup>45</sup>

A concepção de direitos humanos apresentada aqui se insere numa perspectiva globalista, já que acentua esse sujeito de direito universal, nutre uma perspectiva otimista da história e crê numa ordem internacional igualitária. Afora esta concepção, a ênfase relativista da concepção estatista, ao concentrar-se numa ordem normativa imperativa centrada em critérios formais de legitimação, não significa problematizar a subjetividade moderna. Ao defenderem, por exemplo, que uma política global de direitos humanos tem um caráter de mandamento moral para os Estados<sup>46</sup> e que, portanto, os direitos fundamentais são mais efetivos porque nomeados pela ordem estatal, silenciam, a nosso ver, sem atacar a problemática. O acento no cidadão que esta concepção traz acaba por alinhá-lo àquele sujeito padrão, próprio da subjetividade moderna.

O extremo relativismo dos contextualistas, também identificados por comunitaristas, pode ser criticado por isolarem demais as culturas, tornando-as independentes umas das outras e criando um pluralismo entre as ordens locais, nacionais e internacionais a ponto de serem acusados de cinismo frente ao sofrimento explícito de certas comunidades em fatos históricos marcados pela opressão de seus governos ou de disputas entre Estados. Na linha dos contextualistas, a pretensão de universalidade dos direitos humanos é um apelo ocidental imperialista e não um desejo de todos os povos. Em relação aos direitos humanos, os contextualistas não avançam além de uma pauta moral, costumeira de valores das comunidades.

---

<sup>45</sup> KOERNER, Andrei. Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos, **Lua Nova** nº 57—2002, p.92.

<sup>46</sup> Idem, p.97.

Na tentativa de ultrapassar as críticas de estatistas, contextualistas e globalistas, o trans-localismo percebe com realismo as dificuldades econômicas e políticas de convivência na esfera internacional, embora veja a universalização dos direitos humanos como um avanço positivo. Isto não quer dizer que acredite num universal humano, mas aponta para muitos universais, contingentes em relação aos contextos culturais que possam, contudo, diferentemente dos contextualistas, dialogar. Os trans-localistas estão associados a uma certa cultura de paz, que busca na formação de consensos o caminho para a convivência entre os diferentes<sup>47</sup>.

Com Boaventura<sup>48</sup> e Koerner, é preciso desconfiar das perspectivas demasiadamente otimistas da capacidade humana em harmonizar os diferentes, de modo que os direitos humanos precisam ser vistos no espaço de lutas e resistências contra-hegemônicas de emancipação, na esfera em que compartilhar é menos uma boa ação proveniente de uma razão prática e mais uma estratégia de vida e experimentação de formas de subjetividade mutantes.

Resta-nos, enfim, para fechar esta cena, observar em que medida a teoria dos direitos fundamentais perpetua para o debate jurídico e em especial, para o espaço discursivo da resolução de conflitos, a crença num sujeito que a modernidade inventou, universal e absoluto.

---

<sup>47</sup> “Trata-se da proposta de uma *hermenêutica diatópica*, a qual considera impossível, inadequado ou insuficiente alcançar um mínimo denominador comum cultural, dada a necessária posicionalidade dos agentes, sempre relacionados às suas próprias culturas. A hermenêutica é colocada como processo de interpretação da própria cultura e da cultura do outro, diatópica, pois a presença irredutível do outro faz parte do processo, o qual é, também o resultado”. KOERNER, Andrei. Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos, **Lua Nova** n° 57— 2002, p.105-106.

<sup>48</sup> SANTOS, Boaventura de Souza, Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**. n° 39, 1997, p. 105-124.

### 1.4.3 A proposta de direitos fundamentais como direitos subjetivos

A teoria dos direitos fundamentais sintetiza de maneira mais elaborada o propósito dos direitos subjetivos, como uma categoria especial de direitos. Além de ocuparem lugar de destaque na Constituição, gozam de uma proteção que os elevam a um *status* ontológico, protegidos contra alterações redutoras. Assim, numa ordem jurídica estabelecida, são experimentados como verdadeiros direitos inerentes, oponíveis contra o arbítrio do outro, como núcleos imutáveis.

A ideia de direitos fundamentais como direitos subjetivos está exposta de maneira enfática, por exemplo, na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy<sup>49</sup>. A sua proposta concentra-se nos aspectos analíticos, deixando para um segundo plano outras questões empíricas e normativas. Reconhece que o tema é espinhoso, sendo alvo tanto de críticas quanto de uma profusão de ideias confusas e díspares. Assim, distinguindo norma de posição, Alexy concebe os direitos subjetivos como posições (*status*) e relações jurídicas (direitos oponíveis ao Estado, ações intersubjetivas protegidas contra a ingerência do Estado, etc). A partir desta perspectiva, é possível distinguir três degraus: (a) razões para os direitos subjetivos; (b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas; e (c) a imponibilidade jurídica dos direitos subjetivos (competência e permissões)<sup>50</sup>.

A exata compreensão destes três degraus permite afastar boa parte das confusões acerca da definição de direitos subjetivos. No plano das razões para os direitos subjetivos, é preciso entender que diferentes razões podem fundamentar diferentes direitos subjetivos. “Tanto na teoria dos interesses como na da vontade surgem numerosas dificuldades devido a que a fundamentação de um direito é tratada como uma característica do conceito de

---

<sup>49</sup> ALEXY, Robert . Los derechos fundamentales como derechos subjetivos, in: *Teoría de los derechos fundamentales* [Trad. de Ernesto Garzón Valdés]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Por uma questão metodológica, fixamos que não é tarefa deste estudo aprofundar o debate sobre os direitos fundamentais mas apenas, com este espaço de produção teórica, pontuar algumas críticas.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert . *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p.178

direito”<sup>51</sup>, citando como exemplos Jhering e Windscheid. Para a teoria dos três níveis, tanto os bens individuais quanto os bens coletivos fundamentam os direitos individuais, que são tratados como sinônimos de direitos subjetivos ou direitos do indivíduo<sup>52</sup>.

Quanto aos direitos subjetivos como posições e relações jurídicas, Alexy cria uma catalogação entre direitos a algo, liberdades e competências. Neste nível, os direitos subjetivos têm um caráter puramente deontico e pressupõem uma estrutura triádica, entre dois sujeitos e o objeto. O terceiro nível, o da imposição, assim como o primeiro, não pode estar no próprio conceito de direito, mas guarda com o segundo nível uma relação de fundamentação. Mas sobre ele Alexy não desenvolve muito, já que o foco central que interessaria a uma teoria analítica da dogmática seria mesmo o segundo nível, aquele dos direitos subjetivos como posições e relações jurídicas.

Por ora, resta-nos destacar que Alexy<sup>53</sup> argumenta pela precedência *prima facie* em favor dos direitos individuais quando confrontados com bens coletivos. Ou seja, que, em nome da liberdade, só se restrinjam direitos individuais quando os bens coletivos apresentarem razões mais fortes e claras. Se as razões são duvidosas ou equiparadas, devem-se preferir os direitos individuais.

A escolha alexyana está inserida por completo neste projeto de modernidade que, criando o homem e seus duplos, não consegue afastar suas contradições internas. “Um discurso que se pretende ao mesmo tempo empírico e crítico só pode ser, a um só tempo, positivista e escatológico; o homem aí aparece como uma verdade ao mesmo tempo reduzida e prometida”<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> “Tanto en la teoría de los intereses como en la de la voluntad surgen numerosas dificultades debido a que la fundamentación de un derecho es tratada como una característica del concepto de derecho”. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña, 2 ed, Barcelona: Gedisa, 1997, p.180.

<sup>52</sup> Idem, p.182.

<sup>53</sup> Idem, p.207.

<sup>54</sup> FOUCAULT, M. **As palavras e as coisas**, 1981, p.336.

Uma concepção, enfim, que herda uma herança forte da subjetividade moderna, a despeito das discussões pós-modernas, céticas, das críticas da razão, das críticas dos comunitaristas e da denúncia da ilusão de uma racionalidade e universalidade ontológica que tem existência a menos de dois séculos e está fadada a desaparecer como um rosto de areia na orla do mar<sup>55</sup>.

Mas não se pode, contudo, imaginar que as contradições nesta subjetividade que a modernidade inventou por si só metamorfoseiem novas subjetividades. “De facto, podemos encontrar na modernidade tudo que é necessário para formular uma solução, tudo menos essa solução”<sup>56</sup>. É nesse sentido que Boaventura de Sousa Santos aponta para um paradigma emergente que rompa a modernidade em seus desdobramentos, realinhando as linhas de força entre seus elementos de regulação e emancipação e permitindo o emergir de novas formas de experiência.

E é neste sentido que esperamos encontrar em Foucault, doravante, traços, relampejos, imagens e figuras de subjetividades mais emancipadas. Antes, porém, é preciso compreender que este rosto de areia que foi criado na modernidade, na tentativa de reforçar sua identidade, sua positividade, de afirmar-se como normalidade, constrói também sua sombra, sua negatividade, o seu não-ser. Os esforços de construção de uma imagem de herói não teriam sido tão bem sucedidos se de alguma forma não fossem simultaneamente construídos seus vilões. Na espiral foucaultiana, o resgate dos discursos, e mais do que isso, de uma própria instância de discursividade seria a estrutura para a criação de um modelo de sujeito que, em seus propósitos, apresenta-se como o próprio sujeito, único e universal, civilizado e evoluído. Mas os discursos constroem não só ele mesmo – o sujeito, mas também

---

<sup>55</sup> FOUCAULT, M. **As palavras e as coisas**, 1981, p.404. Deve-se concordar com Merquior que esta frase final de “As palavras e as coisas” tem um tom quase apocalíptico, meio vidente, exagerado. Exatamente por isso, talvez, tenha sido tão divulgada, seja tão significativa de sua investida contra o homem moderno, ao mesmo tempo construído e objeto dos saberes que se nomeiam ciências humanas. Cf. MERQUIOR, J. G. **Michel Foucault ou o nihilismo de cátedra**, 1985

<sup>56</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da razão indolente**, 2002, p.75.

o seu outro: louco, delinquente, pervertido. O movimento desta encenação é agora empreendido por uma espécie de oposição entre razão e loucura, lei e delinquência, moral e perversão. O homem e seus duplos. Heróis e vilões.

## CENA 2 VILÕES: LOUCURA, DELINQUÊNCIA, SEXUALIDADE

### 2.1 Da lírica de uma loucura brilhante ao grande medo: itinerários de uma *História da loucura*

A loucura é tanto o tema de sua primeira publicação *Maladie Mentale et Personnalité*, em uma edição francesa de 1954, quanto o tema de sua tese de doutorado publicada sob o título *Folie et déraison: Histoire de la folie à l'Âge Classique* em 1961. Esta publicação é considerada por Foucault como o início para valer de suas ideias, tanto que uma segunda edição de *Maladie Mentale et Personnalité* vai obrigá-lo a reformular completamente a segunda parte do livro, não mais uma análise das condições exteriores e objetivas da doença, mas da própria psicologia enquanto discurso verdadeiro que se apropria da personalidade, contextualizando a loucura na cultura. A mudança de perspectiva é tão marcante que Foucault vai mudar inclusive o título da publicação, passando a chamar *Maladie Mentale et Psychologie*<sup>57</sup>.

Mas as mudanças não cessam. Da primeira à segunda edição de sua tese, outra diferença. Convocado a elaborar o novo prefácio da segunda edição, em 1972, de sua tese integral, Foucault não só aboliu o primeiro prefácio da publicação quanto, chamando o livro de “já velho”, resolveu que não iria escrever um novo prefácio: justifica sua recusa já com ferramentas e posições de um outro tema, não mais a loucura, mas agora o próprio discurso e as condições de verdade das ciências humanas. Além disto, inclui algumas alterações no texto original, decorrentes da análise de Derrida à obra e também das observações sobre a loucura

---

<sup>57</sup> FOUCAULT, Michel. **Doença mental e psicologia**, Trad. Lilian Shalders, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1975. Livro renegado, ignorado em muitas revisões e análises de seus comentadores.

como ausência de obra<sup>58</sup>. Uma filosofia em movimento, errante e inquieta. Do começo ao fim. Sempre. Assim é Foucault<sup>59</sup>.

O gesto da loucura é captado em várias pesquisas: depois de *Maladie Mentale et Personnalité* e sua variação em *Maladie Mentale et Psychologie*, e substancialmente *Historie de la folie à l'Âge Classique*, seguem-se entre os anos de 1973 e 1975 dois cursos dedicados à questão no *Collège de France: O poder psiquiátrico* (1973-1974) e *Os anormais*; (1974-1975).

Mesmo que *Maladie Mentale et Psychologie* tenha um viés não encampado por Foucault em suas outras produções, que marcariam profundamente o impacto de sua filosofia, este livro de menor importância é já, contudo, o esboço de um olhar diferente sobre o próprio conhecimento. Duas questões são logo colocadas: (i) sob que condições pode-se falar de doença no domínio psicológico e (ii) que relações podem definir-se entre os fatos da patologia mental e os da patologia orgânica?<sup>60</sup>

Foucault começa a colocar em xeque o próprio status da doença enquanto tal, em sua perspectiva naturalista, como algo dado, jogando-a em certa relação entre o homem, o

---

<sup>58</sup> Cf. Cronologia organizada por Daniel Defert na parte referente ao ano de 1972, p.39. In: FOUCAULT, Michel. **Problematização do sujeito: psicologia, psiquiatria e psicanálise**. Coleção Ditos e escritos I, Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006. Há um escrito com este título, “A loucura, a ausência da obra” de 1964, onde Foucault sentencia o apagamento da loucura do espaço da doença mental (controlável pelos avanços da medicina nos fármacos) e a aproximação, mutante e transgressora, da loucura da literatura, como o espaço onde a linguagem daquilo que somos e negamos irrompe nas articulações dos pensamentos indizíveis. “... um desenlace está prestes a se produzir: loucura e doença mental desfazem sua pertença à mesma unidade antropológica. Esta unidade desaparece, ela própria, com o homem, postulado passageiro. A loucura, halo lírico da doença, não cessa de apagar-se. E, longe do patológico, do lado da linguagem, lá onde ela se redobra sem ainda nada dizer, uma experiência está prestes a nascer onde o que está em jogo é nosso pensamento; sua iminência, já visível, mas absolutamente vazia, não pode ainda ser nomeada.” FOUCAULT, Michel. A loucura, a ausência da obra (1964). In: FOUCAULT, Michel. **Problematização do sujeito**, 2006, p.219.

<sup>59</sup> Breve biografia em BILLOUET, Pierre. **Foucault**, Trad. de Beatriz Sidou. São Paulo: Estação Liberdade, 2003. Confesso que não consigo separar o pensamento, as ideias, os escritos da imagem de Foucault. Há algum tempo participei como ouvinte de um Colóquio Internacional exclusivamente sobre ele. Aquela experiência, de certo modo me assustou: há fanáticos foucaultianos, que creem em Foucault, há uma verdadeira tribo de foucaultianos que falam em seu nome. Tenho tentado estudá-lo sem me deixar seduzir por completo. Aliás, como um filósofo que nunca escondeu a cara, essa figura impar, careca, de óculos e gola cacharel, Foucault me assombra com seu riso enigmático, no invisível limite entre realidade e ficção.

<sup>60</sup> FOUCAULT, Michel. **Doença mental e psicologia**, 1975, p.7.

homem louco e o homem verdadeiro, historicamente contextualizada<sup>61</sup>. A elaboração histórica de uma medicina mental, da própria existência de uma doença mental já indicam que o inicial paralelismo entre esta e a medicina orgânica vai dar lugar a uma perspectiva que as unifica, permitindo ver nos distúrbios mentais (psicoses e neuroses) alterações intrínsecas da personalidade<sup>62</sup>.

No foco das dimensões psicológicas da doença, Foucault destaca três perspectivas: a questão da evolução, da história individual e da própria existência. No centro da relação entre as três perspectivas, a angústia como o elemento original, motivador e mórbido de uma evolução que não se faz progressiva, de uma história individual marcada pela ambivalência do conflito, de uma regressão infantil a um estágio não superado e de uma existência que, com intuição, permite entrar no universo do doente e tentar compreender o sentido, a perspectiva de mundo que ele, o doente, vê. É neste espaço de investigação de uma psicologia fenomenológica que a loucura deixa de ser um mundo inacessível, recusando uma distinção *a priori* entre o normal e o patológico. Mas as análises feitas até então, nesta primeira parte do livro, mostram como a psicologia pôde identificar as formas de manifestações da doença, mas é somente com a relação entre loucura e cultura que será possível entender onde o desvio patológico deita suas raízes<sup>63</sup>.

Como dito, esta segunda parte do livro é fruto de uma reelaboração completa por Foucault, quando a *História da loucura* já havia sido publicada. E na esteira desta obra, Foucault coloca duas novas questões: (i) como chegou nossa cultura a dar à doença um sentido do desvio, e ao doente um *status* que o exclui? e (ii) como, apesar disso, nossa sociedade exprime-se nas formas mórbidas nas quais recusa reconhecer-se?<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> FOUCAULT, Michel. **Doença mental e psicologia**, 1975, p.8.

<sup>62</sup> Idem, p.14

<sup>63</sup> Idem, p.71.

<sup>64</sup> Idem, p.74.

As investigações, agora aproximadas com mais clareza da percepção arqueológica, já mostram que a constituição histórica da doença mental é muito recente, pois antes do século XIX a loucura era uma experiência poliforma, ora perseguindo sua cura, ora cultuada literariamente. Assim, no fim do séc. XV há uma grande renovação da loucura pelas obras literárias de Erasmo de Roterdã (*Elogio da Loucura*), Shakspeare e Cervantes, assim como pela pintura, teatro e festas populares. Mas é significativamente a partir do Séc. XVII que uma brusca mudança encerra a loucura no mundo da exclusão, através das instituições de internamento, menos com objetivos médicos e mais como identificação de uma incapacidade de fazer parte de uma sociedade em seus aspectos produtivos<sup>65</sup>.

O internamento vai permitir aproximações inusitadas entre a loucura e a criminalidade, entre estas e a sexualidade, atravessada pelo viés de uma moral capitalista. E, por isso, se Pinel ou Tuke empreendem a liberação dos outros estranhos desviantes confinados e misturados aos loucos, como os doentes “de amor”, portadores de doenças venéreas ou vagabundos, restringindo a vida asilar aos que são loucos “mesmo”, este estreitamento não recoloca a questão da loucura num espaço puramente positivo da cura médica, mas a conserva num espaço moral e punitivo do pecado e do erro, do sujeito naturalmente psicologizado. É porque se constituiu com a loucura um homem psicologizado desviado que a psicologia, enquanto saber, tornou-se necessária. E nesta ordem das coisas, não se pode, com Foucault, imaginar que a psicologia possa um dia eliminar a loucura. Até mesmo porque o que se chama de doença mental, objeto da positiva ciência psicológica, é apenas loucura alienada<sup>66</sup>.

Seria preciso então repensar a relação entre razão e desrazão e reinscrevê-la na ordem da liberdade, da escolha ética do homem, numa perspectiva ampliada da loucura, para

---

<sup>65</sup> FOUCAULT, Michel. **Doença mental e psicologia**, 1975, p.76-9.

<sup>66</sup> Idem, p.84-7

que elas, loucura e razão, deixassem de ser apenas a natureza da natureza, determinismo e recuperassem o que há de trágico em suas origens, o que há de transgressão.

O gesto da loucura é captado pelas conexões historicamente situadas com o determinismo de uma razão natural, mas que, com muita ambiguidade, lhe impõem como processo transformador a punição moral, o castigo, tal qual o pecado original, que de liberdade e arbítrio inicial, passa a ser inscrito igualmente na natureza do homem. A loucura é assim objetiva e positivamente identificada como uma patologia, mas tratada no espaço social de uma moral que a associa ao pecado e ao erro.

A questão de saber qual a relação entre a loucura e o sujeito pode ser então vista, com Foucault, como uma redução das possibilidades de tensionamento da desrazão frente à razão. O controle do indivíduo louco se insere no contexto mais ampliado do regramento de uma sociedade, historicamente dada, cuja liberdade e razão fazem parte de uma natureza do homem, não de sua ética, como se pode detectar na sociedade ocidental clássica. Esta análise será minuciosamente colocada pela *História da loucura* e sintetizada em uma entrevista publicada no *Le Monde* nos seguintes termos:

A loucura não pode ser encontrada no estado selvagem. A loucura só existe em uma sociedade, ela não existe fora das normas de sensibilidade que a isolam e das formas de repulsa que a excluem ou a capturam. Assim, podemos dizer que na Idade Média, e depois no Renascimento, a loucura está presente no horizonte social como um fato estético ou cotidiano; depois, no século XVII – a partir da internação –, a loucura atravessa um período de silêncio, de exclusão. Ela perdeu essa função de manifestação, de revelação que ela tinha na época de Shakespeare e de Cervantes (por exemplo, Lady Macbeth começa a dizer a verdade quando fica louca); ela se torna derrisória, mentirosa. Enfim, o século XX se apossa da loucura, a reduz a um fenômeno natural, ligada à verdade do mundo. Desse ato de posse positivista derivariam, por um lado, a filantropia desdenhosa manifestada por toda psiquiatria com respeito ao louco e, por outro, o grande protesto lírico encontrado na poesia, de Nerval até Artaud<sup>67</sup>.

Assim, a *História da loucura*, tese orientada por Jean Hyppolite e submetida a Georges Canguilhem, é a arqueologia, a escavação dos arquivos que permitem visualizar e

---

<sup>67</sup> FOUCAULT, Michel. A loucura só existe em uma sociedade (1961). In: \_\_\_\_\_. Ditos e Escritos, v.1, **Problematização do sujeito**: psicologia, psiquiatria e psicanálise. Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006, p.163.

perceber o *status*, a mudança e o espaço de inscrição da loucura na sociedade ocidental. Perceber as rupturas líricas e aproximações patológicas de uma ação, antropologicamente falando, que confronta a razão, em seu nascedouro, como razão moderna. E aproximações que permitem, a um só tempo, inscrever esta ação no espaço da punição moral, do castigo, da disciplina, da normalização e do controle. Loucura domesticada: identidade, o ser mesmo da razão.

Há, da parte de Foucault, uma postura pouco convencional para uma tese de doutorado francesa, atitude que certamente marca toda a sua produção: já na tese, há uma aproximação com a literatura, com a pintura, enfim, com documentos não estritamente acadêmicos. Apesar de ser de longe a obra em que mais referências e notas de rodapé usa, Foucault não deixa de ser alegórico, metafórico e de trabalhar com imagens diversas, cravando no papel a estética de seu próprio discurso.

O itinerário inscrito na *História da loucura*, arqueológico, ressalta a construção dos limites de uma subjetividade – aquela moderna, e das profundezas desta mesma subjetividade, ligada a uma tradição filosófica, religiosa e moral. O cérebro como o lugar da razão é também o lugar da consciência, do pecado, da falta, do ilícito. E lá, onde falta razão, reforça-se a punição. Mas a falta de razão não isentaria o sujeito de seus pecados? É de um misto, portanto, de razão e desrazão que a loucura vai ser construída. Ela não pode em todo o seu significado ser a ausência completa da razão. Ela precisa ser, de algum modo, conectada e avaliada pela razão, precisa preservar a possibilidade de julgamento externo. O sujeito louco, que oscila entre a inocência e a monstruosidade, entre a desrazão e a demência, vai ser constituído neste cruzamento paradoxal.

A primeira parte da *História da loucura* é dedicada ao reconhecimento, na Idade Clássica, da experiência da loucura como parte da razão, parte misteriosa, desafiadora, não domesticável à virtude e ao Estado, e como tal, objeto de uma investida necessária na

formação desta nova ordem. Se, com o final da Idade Média a lepra desaparece do mundo ocidental<sup>68</sup>, os espaços de exclusão permanecem abertos a receber e marcar os sujeitos desviantes e degenerados. Inicialmente, recebendo uma população polimorfa de bêbados, doentes venéreos e vagabundos que, ao partilharem o espaço comum do internamento, serão submetidos a um tratamento de ordem moral e religiosa, mas a um só tempo institucional, que permite sintonizá-los com a razão, esse discurso sobre o homem e sua capacidade, seu poder e seu saber. É a loucura, a loucura na Idade Clássica, alegoricamente pintada na *Stultifera Navis* de Bosch<sup>69</sup>.

A loucura começa a se apresentar como experiência da razão<sup>70</sup>: ora o louco é a própria encarnação da razão, em sua verdade mais límpida, embora moralmente indizível – inocência; ora o louco representa a monstruosidade, a aberração e o animalesco de uma natureza incontrolável – perigo. É preciso tanto domesticar a força, e o internamento<sup>71</sup> tem seus procedimentos e rituais de enfraquecimento e alienação desta força, quanto empreender a cruzada moral da salvação, onde a punição, o castigo e a coerção psíquica podem controlar e transformar essa loucura, razão incontrolável, em razão virtuosa.

Mas em Descartes a loucura sofre um pequeno e decisivo deslocamento<sup>72</sup>. Ao isolar a razão como o espaço do pensamento do próprio homem, Descartes permite que se pense no homem louco, mas não numa razão louca. O pensamento é sempre razão e a sua condição de possibilidade é não haver loucura. “Se o *homem* pode sempre ser louco, o *pensamento*, como exercício de soberania de um sujeito que se atribui o dever de perceber o verdadeiro, não pode ser insensato”<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup>FOUCAULT, Michel. **História da loucura**: na idade clássica, Trad. José Teixeira Coelho Neto, 8 ed, São Paulo: Perspectiva, 2005, p.3.

<sup>69</sup>FOUCAULT, Michel. **História da loucura**, 2005, p.6-9.

<sup>70</sup>Idem, p.30-33

<sup>71</sup>Dentro da primeira parte do livro, dois tópicos em especial dão conta deste tema: a grande internação e o mundo correccional.

<sup>72</sup>Idem, 46-7.

<sup>73</sup>Idem, p.47.

Em outra frente, vê-se no internamento não só o lugar de isolamento e exclusão da loucura, mas também o espaço propício para se fazer do louco o sujeito moral que pode ser avaliado e dirigido pelos valores de uma moral burguesa focada no trabalho e que faz desta ação o exercício privilegiado de uma ascese espiritual, de uma virtude social e do sucesso individual. O trabalho, como signo central de uma ética burguesa, permite a um só tempo a identificação entre as obrigações morais e as leis civis. E, com isso, opera-se o encontro entre Razão do Estado e virtude dos corações humanos. Encontro entre a ação dos indivíduos, entre os processos de subjetivação singular e as exigências morais de uma sociedade. Toda ética dentro de uma moral de Estado<sup>74</sup>.

Apoiado na ideia de que o século XVIII se esforça em fazer coincidir o sujeito de direito com a experiência contemporânea do homem social e que, portanto, as Luzes operam uma sincronia entre o sujeito juridicamente alienado e o homem louco e perturbador da ordem social, Foucault chama a atenção para o saber médico, que vai se colocar exatamente como a liga dessa justaposição. O olhar médico, que representa o saber naturalizado, ratifica o desejo do Estado de isolar o indivíduo e o isolamento, por sua vez, autoriza a salvação moral deste homem. Curar e punir, proteger e sacrificar.

Mas o fenômeno da loucura, no classicismo, ainda permite perceber essas duas manifestações justapostas: de um lado,

uma experiência social, normativa e dicotômica da loucura, que gira ao redor do imperativo do internamento [...]; e uma experiência jurídica, qualitativa, finalmente diferenciada, sensíveis às questões dos limites e gradações [...] e que procura em todos os setores da atividade do sujeito os rostos polimorfos que a alienação pode assumir. A psicopatologia do século XIX (e talvez ainda a nossa) acredita situar-se e tomar suas medidas com referência num *homo natura* ou num homem normal considerado como dado anterior a toda experiência da doença. Na verdade, esse homem normal é uma criação. E se é preciso situá-lo, não é num espaço natural, mas num sistema que identifique o *socius* ao sujeito de direito; e, por conseguinte, o louco não é reconhecido como tal pelo fato de a doença tê-lo afastado para as margens do normal, mas sim porque nossa cultura situou-o no ponto de encontro entre o decreto social do internamento e o conhecimento jurídico que discerne a capacidade dos sujeitos de direito.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> FOUCAULT, Michel. **História da loucura**, 2005, p.64-75.

<sup>75</sup> Idem, p.132-133.

Essa experiência, até certo ponto paralela, da loucura no classicismo teria resultado em duas formas de alienação da loucura inteiramente diferentes:

Uma é considerada como limitação da subjetividade – linha traçada nos confins dos poderes do indivíduo e que isola as regiões de sua irresponsabilidade; essa alienação designa um processo pelo qual o sujeito se vê despojado de sua liberdade através de um duplo movimento: aquele, natural, de sua loucura, e um outro, jurídico, da interdição, que o faz cair sob os poderes de um Outro: o outro em geral, no caso representado pelo curador. A outra forma de alienação designa, pelo contrário, uma tomada de consciência através da qual o louco é reconhecido, pela sociedade, como estranho a sua própria pátria: ele não é libertado de suas responsabilidades; atribui-se-lhe, ao menos sob as formas do parentesco e de vizinhanças cúmplices, uma culpabilidade moral: é designado como sendo o Outro, o Estrangeiro, o Excluído<sup>76</sup>.

Na era clássica a razão nasce no espaço da ética e, portanto, liberdade é escolha. A loucura também preservará o brilho da liberdade, como ação deliberada da não razão. Mas a unidade da razão absoluta transformará a escolha em necessidade a partir do Séc. XIX.<sup>77</sup>

Que contornos de subjetivação a loucura pode assumir? Que ações subjetivam os insensatos? A animalidade da loucura, encerrada e caricaturada no internamento, nas correntes, jaulas para evitar o escândalo, evidencia a imoralidade do irracional. Se a loucura é, ainda no classicismo, essa liberdade do homem contra a razão, anterior a ela, esse homem que não se deixa governar pela razão, ela revela nas ações uma bestialidade que permitirá ver, doravante, na razão, o lugar privilegiado da moral, contra toda natureza.<sup>78</sup>

Mas o refinamento contará então com uma razão que domestica a natureza, que a controla e que inverte - aquilo que parece uma fraqueza dos homens, diante de uma natureza que os engloba, que os submete - ao exercício de manipulação do mundo, de transformação da natureza e de domínio sobre suas forças. Entra em jogo a razão absoluta – e classificar é uma forma clara de dominar a natureza mantendo-a presa em jaulas e numa ordem cujo significado quem confere é o próprio homem racional. Entramos na segunda parte da *História da loucura* - os loucos no jardim das espécies.

<sup>76</sup> FOUCAULT, Michel. **História da loucura**, 2005, p.134.

<sup>77</sup> Idem, p.143.

<sup>78</sup> Idem, p.155.

Como é possível classificar os loucos? Como é possível passar de uma evidência sensível da loucura (aquela da Idade Clássica), como aquele que desatina e não se comporta como os outros – o louco: outro dos outros – o negativo do universal, enfim, para um olhar de um terceiro que observa a loucura em sua positividade de doença?

É que o louco não pode se ver nessa condição. Só a razão pode reconhecer a loucura e, portanto, é um terceiro, detentor de um saber médico, imbuído de razão, de toda a positividade, que pode reconhecer a loucura, comparando os indivíduos. Somente o médico pode situá-la no espaço controlável da razão que, nesse momento, engloba inclusive a visão razoável do homem comum que olha para o outro e não se vê louco<sup>79</sup>. A loucura não pode ser objeto apenas de uma alteridade negativa, de alguém que diz: “eu não sou louco”. Ela precisa ser afirmada por um saber, como positividade, por um terceiro que possa medir e pesar a razão e que atribua, enfim, a um a loucura e ao outro a normalidade. Esse terceiro, que olha o normal e a loucura, é o médico, que de seu *status* transforma a loucura em doença e pode, com a ajuda da razão, empreender a cura do patológico e salvar o homem. Redenção!

Mas a loucura não se restringe aos sintomas externos de uma patologia. Ela diz respeito também aos delírios e sua transcendência. Do cérebro para a alma, a experiência da loucura passa de um ciclo de causalidade (experiências mais exteriores), para o ciclo mais interior das paixões e das imagens, até chegar, enfim, em seu elemento estrutural mais essencial, em seu âmago: o delírio<sup>80</sup>.

O estudo das causas, tanto mais exteriores quanto interiores, reforça o entendimento de que a loucura é a fragmentação da totalidade corpo-alma<sup>81</sup> que, através de suas imagens, pode ainda ser analisada em nome do verdadeiro físico e do verdadeiro moral, levando, respectivamente, à alucinação e à cegueira<sup>82</sup>. E Foucault é direto:

---

<sup>79</sup> FOUCAULT, Michel. **História da loucura**, 2005, p.183-7.

<sup>80</sup> Idem, p.213-5.

<sup>81</sup> Idem, p.232.

<sup>82</sup> Idem, p.241-2.

Assim se esclarecem os paradoxos da experiência clássica: a loucura está sempre ausente, num eterno retiro onde ela é inacessível, sem fenômeno nem positividade. E no entanto ela está presente e perfeitamente visível sob as espécies singulares do homem louco. Ela, que é desordem insensata, quando examinada revela apenas espécies ordenadas, mecanismos rigorosos na alma e no corpo, linguagem articulada segundo uma lógica visível [...] Em suma, uma apreensão racional da loucura é sempre possível e necessária, na exata medida em que ela é não-razão<sup>83</sup>.

O que se seguem são as figuras da loucura, que Foucault destaca a partir da análise da psiquiatria, tornada possível em sua versão científica no séc. XIX. Entre dementes, maníacos, melancólicos, histéricas, hipocondríacos, a loucura vai sendo metamorfoseada, às vésperas do séc.XIX, de erro, cegueira, alucinação em insensibilidade, inconsciência em falta moral. “E tudo que designava na loucura a paradoxal manifestação do não-ser se tornará castigo natural por um mal moral”.<sup>84</sup>

Entre médicos e doentes, a cura vai ser permeada pelo elemento novo da culpabilidade e da punição<sup>85</sup>. E agora, longe da figura da inocência ou da aberração natural, a loucura vai ser captada pelo medo. Todo o seu paradoxo poderá ser visto como uma inconveniência, um desajuste moral reprovável e odioso, que deve ser temido tanto em seus efeitos, quanto em suas consequências. Distante agora da *sua* verdade, o homem louco é subjetivado, permitindo uma nova divisão que o distinguirá de outros doentes. O internamento, que de início servia para juntar as espécies diferentes e polimorfas, agora serve para separar a loucura de outras formas de desvio. No interior desse velho internamento que é agora um novo asilo, a psiquiatria positiva, Tuke e Pinel, piedade, humanitarismo e solicitude social podem se realizar<sup>86</sup>.

E ao contrário de libertarem os loucos desta instituição que os individualizava, os humanistas conseguiram criar uma associação entre loucura e internamento, entre internamento e criminalidade e, portanto, entre loucura e criminalidade, tornando-as gêmeas vizinhas e aproximadas pela necessidade, para ambas, do internamento: uma, por ser

---

<sup>83</sup> FOUCAULT, Michel. **História da loucura**, 2005, p.243.

<sup>84</sup> Idem, p.295.

<sup>85</sup> Idem, p.325.

<sup>86</sup> Idem, p.392.

irredutível desatino, outra por merecer punição, ambas por serem o avesso de uma sociedade construída sob o signo de uma razão que se quer absoluta e de uma moral burguesa.

Aqui, começam a se desenhar o círculo antropológico e a imagem de uma subjetividade tipicamente moderna – a de um sujeito universal. Essa imagem da loucura e seu elo com a delinquência, como formas de transgressão de uma razão e moral modernas, cria um sujeito culpável e sempre punível. Entra em cena novo figurino, nova encarnação. Mas o olhar, o olhar de um terceiro que impõe um saber sobre o corpo e a alma – que vigia, pune, disciplina, salva – permanece. De asilos e hospitais às prisões, não é necessário mudar o cenário, basta mudar um singelo figurino, mudar o figurante.

Um registro é necessário antes da troca de cena: Foucault, em seus estudos, vai operar um certo deslocamento da questão da psiquiatria (*História da loucura*) para a medicina em *o Nascimento da Clínica*, obra que produz com fragmentos inéditos da pesquisa de sua tese. Assim, a temática da loucura/doença/cura outra história não conta se não aquela do próprio sujeito, deste homem que se cria na Idade Moderna, e que não existia na Idade Clássica. Esta temática expõe em detalhes em que nível ele foi construído, com que riqueza de detalhes e em que profundidade foi atravessado pela razão e pela moral. Um homem corpo, biológico, dissecado, talhado, meticulosamente medido, de seus vapores à suas entranhas, descrito pelo olhar médico, vigiado pelo olhar médico, punido pelo olhar médico. Um homem alma, espírito, desrazão, loucura, degenerescência, tratado pela terapêutica dos sentidos, da dor, dos banhos e também das correções morais, da penitência, do flagelo, da exclusão e do silêncio. A clínica médica consagra, assim, a possibilidade de se construir um discurso científico sobre o sujeito, objetificante de sua natureza, mas cujo domínio prende-o a um conjunto de determinações morais, de julgamentos e de interdições que condicionam a sua existência, suas escolhas subjetivas e possibilidades de ser. Ela se inscreve no espaço de

normalização do normal, do indivíduo saudável e mantém, pelo simbólico do olhar, do vigia e da verticalização produzida pelo saber, uma estreita relação com a normalização da loucura.

A veia permanece pulsante: a questão é o olhar, crítico e minucioso sobre o indivíduo, seu corpo, seu gesto, na busca de discipliná-lo, conduzi-lo, puni-lo através de um discurso que se pretende racional e naturalizante, o discurso médico, que se ergue sobre a experiência clínica: “[...] esta abertura, que é a primeira na história ocidental, do indivíduo concreto à linguagem da racionalidade, esse acontecimento capital da relação do homem consigo mesmo e da linguagem com as coisas”<sup>87</sup>

## **2.2 Sai de cena o soberano patético, entra o carcerário: o corpo disciplinado em evidência**

Sanguinolenta e repugnante: é a cena de abertura de *Vigiar e punir*<sup>88</sup>. A narrativa da execução de Damiens (séc. XVIII) tem o efeito plástico de enunciar a força bruta em sua própria desrazão. Gritos podem ser ouvidos, o sangue brilhante marcando de vermelho o trajeto, a camisola, a notícia. O sangue derramado, que lembra o próprio pacto de sangue do soberano. Sobre os súditos, poder de morte. A punição não tem o efeito moral do exemplo. Ela é a encenação real e pitoresca, escatológica da desmesura do poder. Absoluto. Patético. O corpo precisa ser destruído, aniquilado, esquartejado, reduzido a cinzas. Antes que tragédia é espetáculo. Incita, agrupa e renova o pacto sob o qual o poder político se funda.

<sup>87</sup> FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da Clínica**. Trad. Roberto Machado, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 2006, p.XI.

<sup>88</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento das prisões**. Trad. de Raquel Ramallete. 29 ed., Petrópolis: Vozes, 2004. Em suas páginas iniciais, Foucault explicita o “objetivo deste livro: uma história correlativa da alma moderna e de um novo poder de julgar; uma genealogia do atual complexo científico Judiciário onde o poder de punir se apóia, recebe suas justificações e suas regras, estende seus efeitos e mascara sua exorbitante singularidade”. (p.23). Assim, o projeto metodológico de Foucault fica mais claramente definido a partir das influências de uma genealogia de Nietzsche. A passagem de uma arqueologia (ver nota supra 24) para uma genealogia não importa em uma mudança, mas em uma clareza do projeto que, partindo de uma descrição de como os saberes surgem e se relacionam na configuração de uma *episteme*, também as implicações de poder que tais saberes produzem. A genealogia repudia as metanarrativas, a ordem do discurso, para fazer emergir a singularidade dos acontecimentos e das relações de poder. Cf. REVEL, Judith. **Michel Foucault: conceitos essenciais**, 2005, p.52-3.

Não muito depois, três décadas, nas pesquisas documentais de Foucault<sup>89</sup>, uma outra forma de punição já estava em curso. Tempo e controle, um regulamento para a casa de detentos de Paris cronometra o dia, do acordar ao repouso noturno. No ínterim deste compasso, orar, assear, comer, trabalhar, estudar. O corpo preservado, cuidado, higienizado. A alma cuidada, o conhecimento técnico fornecido, saber e controle. O corpo formado. O homem padrão, educado retoma sua condição moral, virtuosa. Só o trabalho expia, só a moral conforma.

Há mais do que um movimento pela humanização das penas. Há a construção de uma própria noção de humanidade. O humano como virtuosismo, como trabalho, numa economia dos corpos. O humano como moral cristã, cravado na alma. Está em curso a criação de um humano, mas que se esforça em se apresentar como duplicação do real, reflexo narcisista. Um homem que quer se ver em sua natureza, não em sua condição histórica. Um homem que é sujeito, e está sujeito ao poder, ao controle, à razão.

A mudança é profunda. Não se pretenderá apenas reformar o sistema penal, mas através dele, refazer a engenharia de toda uma sociedade, de toda uma forma de vida, de todo um sentido de homem.

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; [...] a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. [...] É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir. A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça [...]. E acima desta distribuição de papéis se realiza a negação teórica: o essencial da pena que nós, juízes, infligimos não creiais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, 'curar'.<sup>90</sup>

*Vigiar e punir* está dividido em quatro partes. O suplício, a primeira, ressalta o ritual e o corpo do condenado. Em seguida a punição, compreendendo a punição generalizada e a mitigação das penas. A terceira parte concentra-se na disciplina, é a maior e mais

<sup>89</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**, 2004, p.10. A precisão das informações cronológicas trazidas por Foucault é sempre alvo de muita discussão entre os historiadores. Se tomada apenas como uma pesquisa de fatos, os buracos e imprecisões podem tomar acento. O propósito de Foucault, no entanto, é um tanto diferente. Recusando o status de historiador, faz da sua arqueologia/genealogia o espaço de crítica e questionamento dos discursos, dos saberes, mais do que da precisão das datas.

<sup>90</sup> Idem, p.13.

detalhada: estão em discussão os corpos dóceis, adestrados, a vigilância e o panoptismo. A quarta e última parte é dedicada à Prisão, como instituição completa e austera, explicitando a relação ente ilegalidade e delinquência e guardando uma observação especial sobre o papel do carcerário. O livro não tem conclusão. Parece querer seguir uma outra funcionalidade, de incitação, resultado do ativismo político engendrado pelo GIP<sup>91</sup>.

Num movimento semelhante de naturalização de uma certa visão de homem, o sistema penitenciário também funciona como o local de fabricação de um sujeito. Como na engenharia da loucura, a delinquência, o criminoso e o mal, assim constituídos, servem de sombra para o delineamento do sujeito moderno. Se a loucura passou de desrazão para patologia, o criminoso deixa de ser a figura contestadora, insubordinada e até mesmo heróica, dos suplícios em seu corpo, e passa a ser o objeto reformável e adaptável de alma, corrigível, curável.

Momento importante. O corpo e o sangue, velhos partidários do fausto punitivo, são substituídos. Novo personagem entra em cena, mascarado. Terminada uma tragédia, começa a comédia, com sombrias silhuetas, vozes sem rosto, entidades impalpáveis. O aparato da justiça tem que ater-se agora, a esta nova realidade, realidade incorpórea<sup>92</sup>.

Foucault chama a atenção para o fato de que uma certa estabilidade da lei, dos tipos penais, não impediu mudanças sutis naquilo que de fato entrava na composição do crime. Mais do que o ato, do que a ação contemplada, importava saber da personalidade do infrator, de suas intenções, instintos, anomalias, impulsos e desejos.

O corpo haveria de ser ainda a massa de uma outra modelagem: o trabalho.

Foucault identifica que a posição da prisão no panorama histórico das possibilidades punitivas

---

<sup>91</sup> O GIP (Grupo de Informações sobre as Prisões) foi fundado em 1971 por Michel Foucault e outros intelectuais ativistas para discutir a condição penitenciária, problematizar seus fundamentos e dar voz aos detentos. Impulsionados pela dissolução de movimentos de esquerda que redundaram na prisão de muitos militantes políticos, o GIP pretendeu construir um canal aberto de discussão da intelectualidade com os detentos. As ações do GIP redundaram, entre outras coisas, na entrada no sistema carcerário de jornais e informações, acentuando a politização de tais movimentos. Com as intenções divulgadas em um manifesto em 8 de fevereiro de 1971, o GIP impulsionou igualmente a criação de outros grupos, ligados aos asilos, à saúde, às condições de trabalho. FOUCAULT, Michel. Manifesto do GIP (1971). In: **Estratégia, poder-saber**. Coleção Ditos e escritos IV, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006, p.1-3.

<sup>92</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**, 2004, p.18-19.

sofria de certa controvérsia, afinal, ela estava também ligada até meados do séc. XVIII ao exercício arbitrário de poder do Príncipe, a certa ilegalidade quanto às suas práticas no interior das delegacias, dos hospitais gerais, das ‘casas de força’, estimulando proclames incidentais de sua abolição como prática e gerando dúvidas quanto a seus reais benefícios. Por outro lado, ela rapidamente ganhou um discurso homogêneo pela positividade de sua adoção quando aponta para a formação do homem econômico. As observações empíricas, muitas vezes enviesadas, que ligavam mais vagabundos e bêbados à prática de delitos do que camponeses e artesãos sugere que a prisão pode se tornar, aliando-a à disciplina para o trabalho, o lugar da recuperação não só de um desviado, como também de uma alma e de um trabalhador. Obrigar o sujeito a trabalhar, a aprender um ofício, a exercitar uma rotina, a produzir para pagar sua pena e a constituir uma mão de obra barata estão longe de ser argumentos controversos numa sociedade burguesa e protestante<sup>93</sup>.

Daí porque a duração da pena doravante deverá estar medida não só pela gravidade do delito, mas, também, pela possibilidade de empreender este outro papel. Penas muito rápidas não dão tempo de educar para o trabalho, penas perpétuas perdem o sentido pela impossibilidade ou inutilidade de retorno de um ‘novo sujeito’ à sociedade<sup>94</sup>. A pena deve ter a duração necessária para provocar o arrependimento, corrigir um desviado, formar um ofício e semear no indivíduo o valor econômico do trabalho, com as honras e glórias da salvação. Nem mais, nem menos. E para que a fábrica não parecesse demais a uma prisão, tratou-se de garantir que nesta o isolamento dos indivíduos não permitisse esquecer o viés cristão, a culpa, a alma, a própria consciência moral do indivíduo a sussurrá-lo, diuturnamente, sua verdade mais evidente: o trabalho é racional e o racional é o humano.

Como instituição disciplinar, a prisão deve também permitir uma observação minuciosa sobre o indivíduo, controlando-o e produzindo sobre ele um completo saber,

---

<sup>93</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**, 2004, p.97-101

<sup>94</sup> Idem, p.101.

tornando-se a prisão um observatório permanente que permite classificar os desviados e individualizar, mais e mais, o adestramento<sup>95</sup>.

São dois pelo menos os níveis produzidos e enunciados por Foucault: “a correção individual deve então realizar o processo de requalificação do indivíduo como sujeito de direito, pelo reforço do sistema de sinais e das representações que fazem circular”<sup>96</sup>; mas o “...o ponto de aplicação da pena não é a representação, é o corpo, é o tempo, são os gestos e as atividades de todos os dias”<sup>97</sup>. E com isso, Foucault consegue delinear, comparativamente, as três tecnologias de poder de punir existentes no final do séc. XVIII:

O soberano e sua força, o corpo social, o aparelho administrativo. A marca, o sinal, o traço. A cerimônia, a representação, o exercício. O inimigo vencido, o sujeito de direito em vias de requalificação, o indivíduo submetido a uma coerção imediata. O corpo que é supliciado, a alma cujas representações são manipuladas, o corpo que é treinado; temos aí três séries de elementos que caracterizam os três dispositivos que se defrontam na última metade do século XVIII. Não podemos reduzi-los nem a teorias de direito (se bem que eles lhe sejam paralelos) nem identificá-los a aparelhos ou instituições (se bem que se apóiem sobre estes), nem fazê-los derivar de escolhas morais (se bem que nelas encontrem eles suas justificações). São modalidades de acordo com as quais se exerce o poder de punir. Três tecnologias de poder<sup>98</sup>.

O que doravante Foucault irá investigar é o porquê da prevalência do terceiro modelo, da disciplina, da docilização dos corpos, do exercício, físico e espiritual, de modelar um sujeito.

Se as disciplinas, “esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade”<sup>99</sup>, existiam há muito tempo, o que as tornam peculiar no decorrer dos séculos XVII e XVIII é que se transformam em “fórmulas gerais de dominação”<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**, 2004, p.103.

<sup>96</sup> Idem, p.106.

<sup>97</sup> Idem, ibidem.

<sup>98</sup> Idem, p. 108.

<sup>99</sup> Idem, p.118.

<sup>100</sup> Idem, ibidem.

Diferente da escravidão, domesticação, senhoria, vassalagem ou disciplinas monásticas, os dispositivos disciplinares recompõem o corpo numa nova mecânica do poder: não para exercer sobre eles dominação, pura e simples, mas para sobre os corpos exercer poder e com isso, controlar os indivíduos. Na disciplina, quem age é o sujeito, mas cada vez mais submisso e obediente, otimizando as forças econômicas e neutralizando as forças políticas. Aquilo que Foucault chama de “invenção de uma nova anatomia política” participa e se vê fortalecer em múltiplos espaços e instituições, no nível do detalhe, da minúcia, do olhar, fazendo nascer “o homem do humanismo moderno”<sup>101</sup>.

Para isso, o poder disciplinar procede a uma arte das distribuições. Para além do cárcere explícito das prisões, também nas escolas, nos quartéis, nos conventos, nas oficinas é preciso clausura, exige-se a ‘cerca’, procedimentos e critérios de distribuição de afazeres, de rotinas, criando espaços complexos arquiteturais, funcionais e hierárquicos<sup>102</sup>. É preciso também proceder ao controle da atividade, cronometrar o tempo, treinar o ato, impondo “a melhor relação entre um gesto e a atitude global do corpo”, já que “um corpo disciplinado é a base de um gesto eficiente”<sup>103</sup>.

O sujeito vai se constituindo mais do que um simples corpo mecânico, vai se movimentando num corpo dinâmico, funcional, eficiente e útil. Há recursos para o bom adestramento. De um lado, a vigilância hierárquica, faz com que a disciplina seja tensionada sempre por um olho que observa. Por outro, a sanção normalizadora, lembrando que “em todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal”<sup>104</sup>, que permite punir tudo que não está conforme, também nos mínimos detalhes, tendo em vista sempre uma teleologia correcional.

---

<sup>101</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**, 2004, p.121.

<sup>102</sup> Idem, p.127-129.

<sup>103</sup> Idem, p.130.

<sup>104</sup> Idem, p.149.

Essa teleologia correcional, construída em aliança com a hierarquia, permitiria, se eficiente, fazer desaparecer progressivamente os ‘desviados’, constituindo uma classe absoluta de normais. A normalização é, portanto, um projeto para o indivíduo, o único possível, útil e desejável de identidade. Mas somente na medida em que o faz pertencer a uma homogeneização coletiva, social<sup>105</sup>.

Há também, como recurso para o bom adestramento, o exame. “O exame combina as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza”<sup>106</sup>. Ele garante ao poder disciplinar a invisibilidade, tornando visível e exposto o próprio sujeito adestrado. Se antes o poder sobre os súditos é um poder presente, enfeitado e adornado, o poder disciplinar é o poder que atravessa o sujeito com o seu olhar minucioso e penetrante, capaz de, através do exame, extrair a verdade, expor a intimidade, revirar suas entranhas. O exame permite ainda, como diz Foucault, documentar e constituir um saber sobre o indivíduo, anotando os detalhes de sua natureza, fazendo de cada indivíduo um caso. Tecnologias da escrita tornam-se essenciais nas engrenagens da disciplina<sup>107</sup>. E o poder deixa de ser necessariamente aquilo que reprime, que censura, que recalca, para ser aquilo que produz, que produz verdade, que produz realidade, produz indivíduos<sup>108</sup>.

O panoptismo é a arquitetura, a concepção espacial de distribuição de corpos e poder que permite maximizar os elementos da disciplina, de vigiar e punir. Ele torna a disciplina mais leve e mais eficiente. Impede as multidões e massas plurais e agitadas, desobriga o poder de empunhar ostensivamente suas armas. Ele cria um vigia dentro de cada olhar, dentro de cada dúvida e da suspeita de estar sendo visto. O efeito mais importante, no dizer de Foucault, do panóptico é este: “induzir no detento um estado consciente e permanente

---

<sup>105</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**, 2004, p.153.

<sup>106</sup> Idem, p.154.

<sup>107</sup> Idem, p.155-157.

<sup>108</sup> Idem, p.161.

de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder”<sup>109</sup>. Mas vai mais além, pode se constituir como um verdadeiro laboratório de poder, onde novas disciplinas podem ser testadas, técnicas diferentes de adestramento, manipulando, continuamente, o velho corpo.

Presta-se eficientemente o panoptismo a se tornar o regime geral de uma sociedade<sup>110</sup>, das sociedades de controle. Pode ser difundido até como diversão, do exercício erótico do *voyerismo* ao espetáculo pobre e televisivo do “big brother”. Ao final de toda essa agitação constante e visibilidade, uma certeza: solidão indizível.

Por fim, a prisão, o carcerário. “A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência”<sup>111</sup>. E assumindo um discurso da obviedade, a prisão criou seu próprio *slogan* de mal necessário. Sendo preparada na rotina das fábricas, dos conventos, dos colégios, de outras instituições completas e austeras<sup>112</sup>, abandonar a ideia de prisão não seria a um só tempo abandonar toda uma ideologia do sujeito, sua alma, sua religião, seu saber, sua educação, seu trabalho e seu sustento? Se ela incomoda mais do que as outras instituições, talvez se deva ao fato desta proximidade, tão elucidativa e tão indigesta, que faz da prisão o grande ícone da liberdade moderna.

Afinal, liberdade é normalidade, é conformidade moral e política à sociedade burguesa. E neste caldeirão moderno, a liberdade é um direito, que se garante coercitivamente. Assim, explicita-se a proximidade essencial entre prisão e polícia na estruturação de uma sociedade disciplinar. A liberdade depende de uma conformação ao normal, que depende de um saber, de uma educação moral e política, que depende de uma

---

<sup>109</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**, 2004, p.166.

<sup>110</sup> Idem, p.171.

<sup>111</sup> Idem, p.195.

<sup>112</sup> Foucault toma esta expressão, “instituições completas e austeras” de uma obra de L. Baltard, intitulada *Architectonographie des prisons*, 1829. Disponível em microfilmagem em: <http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-86596&I=9&M=imageseule>. Acesso em 28/07/2008.

prática disciplinar, que precisa ser vigiada e controlada e, eventualmente, punida, para a realização progressiva desta mesma liberdade.

São implicações muito profundas aquelas que ligam os indivíduos a estas tramas de poder, distribuídas no cotidiano de uma vida. E o possível fracasso da prisão é o modo pelo qual esta instituição funciona, delineando e reforçando os traços de criminalidade, diferenciando em classes, fisionomias, tipos, valores, ações, interesses, a criminalidade e a normalidade. Num movimento semelhante àquele da loucura, os códigos morais do bem e do mal, da culpa e da inocência, do perigo e medo contra a segurança e a confiança, constituem uma forma de homem, sua subjetividade e corpo.

Onde desapareceu o corpo marcado, recortado, queimado, aniquilado do supliciado, apareceu o corpo do prisioneiro, acompanhado pela individualidade do 'delinquente', pela pequena alma do criminoso, que o próprio aparelho do castigo fabricou como ponto de aplicação do poder de punir e como objeto do que ainda hoje se chama a ciência penitenciária. Dizem que a prisão fabrica delinquentes; é verdade que ela leva de novo, quase fatalmente, diante dos tribunais aqueles que lhe foram confiados. Mas ela os fabrica no outro sentido de que ela introduziu no jogo da lei e da infração, do juiz e do infrator, do condenado e do carrasco, a realidade incorpórea da delinquência que os liga uns aos outros e, há um século e meio, os pega todos juntos na mesma armadilha<sup>113</sup>.

Este movimento é, portanto, um processo de subjetivação a partir de um critério de normalização, constituinte de uma igualdade ficcional, construída sobre os elementos de diferenciação moral, econômica, social e política. A norma não se reduz à lei, mas se soma à natureza, funde arbitrário e necessário, prescrição e constituição. O normal junto ao anormal constitui um campo de normalidade, e somente dentro deste campo podem se diferenciar<sup>114</sup>. Então, quanto mais o discurso sobre esta subjetividade padrão do homem moderno se mostra neutro, natural, necessário, correto, mais contraste produz com as desigualdades reais, sufocando, pelos dois lados, as possibilidades de diferenciação do sujeito.

<sup>113</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**, 2004., p.213.

<sup>114</sup> São as leituras de Canguilhem que indicam para Foucault esta diferenciação. A noção de norma que Foucault usa não é aquela do juízo hipotético, do dever-ser. O normal delinea reciprocamente o patológico. Para uma abordagem das perspectivas de Foucault sobre o direito, Cf. FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002; EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Trad. De Antônio Fernando Caiscais. 2ª ed. Lisboa: Vega, 2000.

Se Foucault diagnostica a construção dessa humanidade como um nó vigoroso nas estratégias de poder e controle das sociedades contemporâneas, é preciso agir e ouvir o ronco surdo da batalha<sup>115</sup>.

No ato seguinte, o carcereiro distribui máscaras pela plateia e se multiplica, confunde-se em qualquer um. O sujeito à espreita de si mesmo. Recato, excitação: em cena a sexualidade.

### **2.3 O corpo em sua superfície e a alma em profundidade: clímax e sexualidade dos sujeitos de desejo**

O empreendimento de uma sociedade de controle sobre os indivíduos, sobre as populações não seria tão bem sucedido se não se pudesse encerrar, no cotidiano de qualquer indivíduo, e não só do louco ou do delinquente, o elo permanente com a culpa e a normalização. Na percepção das facetas de construção desta subjetividade que é a moderna, a sexualidade não estará a salvo dos mecanismos de poder. Provavelmente, ela seja o campo que permita uma maior intromissão dos dispositivos de normalização no indivíduo. No exercício da sexualidade, o indivíduo se experimenta como natureza, instinto, interioridade. E assim, a naturalização dos *standards* de sexualidade cria, talvez, a ilusão da origem, fazendo crer na essência do poder sobre o desejo.

Foucault produziu três livros com a temática da *História da sexualidade*. Há, porém, um hiato temporal entre o volume I da *História da sexualidade* – “A Vontade de Saber”, publicado em 1976, e os dois outros volumes, respectivamente, “O Uso dos Prazeres” e “O Cuidado de Si”. Foucault contava inicialmente em escrever outros livros dentro da

---

<sup>115</sup> “Nessa humanidade central e centralizada, efeito e instrumento de complexas relações de poder, corpos e forças submetidos por múltiplos dispositivos de encarceramento, objetos para discursos que são eles mesmos elementos dessa estratégia, temos que ouvir o ronco surdo da batalha”. Interrompendo o livro explicitamente com uma nota de rodapé, Foucault parece sinalizar que ele deve menos ser lido como reflexão e mais ser tomado como instrumento de engajamento, que leva do discurso à ação. FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**, 2004, p.254.

temática, organizando um projeto ambicioso, mas assim que terminou o primeiro, percebeu que precisaria redimensionar sua pesquisa, retrocedendo à Antiguidade. Na iminência de sua morte, apressou-se em publicar os dois volumes que tinha levantado em suas pesquisas, ao mesmo tempo, em 1984. Alguns escritos ficaram sem voz, inacabados<sup>116</sup>.

O primeiro volume foi dedicado à “Vontade de saber”. Nele, Foucault vai desconstruir a seguinte tese: de que a sociedade burguesa, com a ascensão do capitalismo, teria inaugurado o período vitoriano da sexualidade, um período repressivo e pudico, condenando-nos a um modelo de renúncia cristã, ao tempo em que foca a força do sujeito no trabalho e no capital. Esta tese seria mais fácil de sustentar, já que há sim uma interdição ao colocar o sexo no espaço do proibido, do pecado e da renúncia. A desconstrução recairia tanto na origem da repressão quanto na suposta redenção: a origem da moral cristã da renúncia, da interdição do sexo não está na era vitoriana (séc.XVII a meados do séc. XX), nem a liberação sexual promovida a partir dos anos 1970-80 teriam posto fim a esta estratégia de dominação pela sexualidade. Esta exposição atual, demasiadamente explícita da sexualidade, quer feminina, quer masculina, quer de seus híbridos, não teria nos colocado fora dos jogos de interdição ou normalização, mas teria sido uma das notas da passagem de uma sociedade disciplinar para uma sociedade do biopoder, que constrói seu processo de controle não mais como interdição, mas como normalização, baseado na vontade de saber.

A estratégia de hoje seria inscrever a relação entre sexo e verdade num quadro geral da confissão: seja através do domínio religioso, ou mais propriamente científico – médico ou psiquiátrico, seja ainda através da mídia, da exposição de sua intimidade. A proliferação sobre discursos de sexualidade, sobre detalhes, gestos e prazeres, fazendo do sexo algo que se deve transformar em discurso e dizer, “dizer exaustivamente, segundo

---

<sup>116</sup> Aliás, interessante notar, que alguns intelectuais farão o exercício de supor, simular e construir uma versão do que poderia ter sido o volume 4 da *História da sexualidade – As confissões da carne*, cujo desejo de não publicar foi o exercício final de um engajamento e da personalidade de um autor que pretendia fazer da morte um acabamento de sua vida. Explicitamente, proibiu Foucault qualquer publicação póstuma de escritos inéditos.

dispositivos discursivos diversos, mas todos constringedores, cada um a sua maneira”<sup>117</sup>. A confissão instaura para o indivíduo o dever de renunciar a si, submeter-se através do seu próprio discurso. A verdade não é a maneira pela qual o indivíduo se afirma como livre, mas a maneira através da qual ele se submete ao poder normalizador do discurso científico<sup>118</sup>.

O que está em jogo é a maneira como o poder e o desejo se articulam, não simplesmente uma perspectiva maniqueísta de repressão sexual<sup>119</sup>, que reduz o poder ao código do direito. É preciso pensar o poder (e a resistência) como uma tecnologia, como uma multiplicidade de correlações de força imanentes ao domínio, constitutivas de sua organização. O ponto de origem do poder é móvel<sup>120</sup>.

A desconstrução da tese da liberação sexual recente é empreendida pela percepção deste deslocamento do poder, não mais como um modelo jurídico simplesmente (da lei – lícito e ilícito), mas como um jogo centrado na construção burguesa de uma identidade sexual, que a distinguiria das demais classes, trabalhando entre o normal e o anormal. Não haveria, na visão de Foucault<sup>121</sup>, uma política sexual unitária em relação às classes sociais.

Por outro lado, seria preciso investigar se a proliferação de discursos produzida nos dois últimos séculos (para nós, já os três últimos) não teria apenas um efeito quantitativo, mas também qualitativo, no sentido de promover um objetivo determinado: aquele de garantir

<sup>117</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber, Trad. Maria Tereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque, 5 ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984, p.34. No original: « *d'un extreme à l'autre, le sexe est, de toute façon, devenu quelque chose à dire, et à dire exhaustivement selon des dispositifs discursifs qui sont divers mais qui sont tous à leur manière contraignants* ». FOUCAULT, **La Volonté de savoir**, Paris : Gallimard, 1976, p. 45.

<sup>118</sup> “Mais do que essa incidência econômica, o que me parece essencial é a existência, em nossa época, de um discurso onde o sexo, a revelação da verdade, a inversão da lei no mundo, o anúncio de um novo dia e a promessa de uma certa felicidade, estão ligados entre si. [...] Trata-se, em suma, de interrogar o caso de uma sociedade que desde há mais de um século se fustiga ruidosamente por sua hipocrisia, fala prolixamente de seu próprio silêncio, obstina-se em detalhar o que não diz, denuncia os poderes que exerce e promete liberar-se das leis que a fazem funcionar”. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**, 1984, p.13-4. No original: « *Mais plus que cette incidence économique, me paraît essentielle l'existence à notre époque d'un discours où le sexe, la révélation de la vérité, le renversement de la loi du monde, l'annonce d'un autre jour et la promesse d'une certaine félicité sont liés ensemble. [...] Il s'agit en somme d'interroger le cas d'une société que depuis plus d'un siècle se fustige bruyamment de son hypocrisie, parle avec prolixité de son propre silence, s'acharne à détailler ce qu'elle ne dit pas, dénonce les pouvoirs qu'elle exerce et promet de se libérer des lois qui l'ont fait fonctionner* » FOUCAULT, **La Volonté de savoir**, 1976, p.15-16.

<sup>119</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**, 1984, p.79. No original, p.107.

<sup>120</sup> Idem, p.88-9. No original, p.122.

<sup>121</sup> Idem, 1984, p.115. No original, p.162.

uma política de natalidade, que atenda a um só tempo a uma demanda por força de trabalho e por uma forma determinada de relação social, ou seja, “proporcionar uma sexualidade economicamente útil e politicamente conservadora?”<sup>122</sup>

Historicamente, Foucault<sup>123</sup> delimita três períodos: o primeiro que vai até o final do século XVIII, onde havia três grandes códigos explícitos a reger as práticas sexuais – o código canônico, a pastoral cristã e a lei civil<sup>124</sup>. Eles fixavam suas regras sobremaneira no espaço do matrimônio, como quem quer garantir a permanência do normal e deixam em segundo plano, naturalmente punindo mas sem uma diferenciação, todos os outros pequenos desvios e erupções da sexualidade. É um período baseado na aliança legítima.

Do século XVIII ao século XIX vai ser definido mais claramente um conjunto heterogêneo de sexualidades periféricas, que vão desde o controle das crianças, passando pelas figuras mais antigas do adultério e do incesto, sem deixar de alcançar as perversões e “desequilíbrios psíquicos”. Mas o que importa é que cada uma destas ações, destas irrupções da sexualidade vão ser, *pari passu*, definidas, isoladas, individualmente combatidas, estrategicamente estudadas e classificadas, enfim, num exercício intenso de controle sobre o indivíduo, do nascer ao limiar da vida. Todos os exercícios de prazer de alguma forma estarão submetidos ao mais rigoroso regime do saber. E antes de significar com exclusividade que a família do século XIX seria uma célula monogâmica e conjugal, impõe perceber que ela também funcionou como “uma rede de prazeres-poderes articulados segundo múltiplos pontos e com relações transformáveis”<sup>125</sup>.

<sup>122</sup>FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**, 1984, p.38. No original, FOUCAULT, *La Volonté de savoir*, 1976, p.51: « *bréf aménager une sexualité économiquement utile et politiquement conservatrice?* ».

<sup>123</sup> Depois, no final do livro, uma periodização será retomada a partir do critério da repressão, destacando duas rupturas: uma no decorrer do século XVII e outra no século XIX. O problema da datação vai merecer um cuidado especial, seja pela fonte de críticas, seja pela imprecisão, seja pela distinção de critérios, quer passe pela repressão, quer passe pelas técnicas, entre outros.

<sup>124</sup> Idem, p.38. No original, p.51.

<sup>125</sup> Idem, p.46. No original, p.63: « *Mais elle est aussi un réseau de plaisirs-pouvoirs articulés selon des points multiples et avec des relations transformables* ».

Este quadro geral de um poder produtivo, o sentido do normal, do modelo de uma família monogâmica e heterossexual vai ganhar contornos ainda mais definidos, quanto mais definidas são as condutas periféricas, desviantes. Foucault é enfático: “a implantação das perversões é um efeito-instrumento: é através do isolamento, da intensificação e da consolidação das sexualidades periféricas que as relações do poder com o sexo e o prazer se ramificam e multiplicam, medem o corpo e penetram nas condutas”<sup>126</sup>. E neste espaço, ao contrário de restringir, o efeito do poder sobre o sexo é multiplicar e disseminar, ao fragmento mais particular, os efeitos de uma rede de saberes-poderes que podem, enfim, controlar o indivíduo em sua intimidade.

O terceiro período estaria entre o limiar do séc.XIX e XX e estaria marcado essencialmente pela influência de Freud e a psicanálise. O *status* positivo de dizer a verdade do sexo, confessá-lo para em seguida mapeá-lo, estudá-lo e controlá-lo vai ser o mote de uma sociedade extremamente fustigada pelo sexo, embora potencializada pelo dever, sempre alerta, de alojá-lo nos discursos velados.

Dentre os procedimentos para produzir a verdade do sexo, instrumento de poder já usado no espaço da loucura ou da delinquência, está a confissão em seu papel privilegiado, tão amplamente difundida na cultura ocidental, nos espaços mais diversos, que Foucault, talvez jocosamente, tenha dito que “nos tornamos uma sociedade singularmente confessanda”<sup>127</sup>. Seja na medicina, seja no sistema penal, notoriamente na religião ou absorvido pelas práticas educacionais, falar a verdade, extraí-la da intimidade mais velada, é condição *sine qua non* para que os dispositivos de poder possam funcionar, produzindo seus efeitos quer de interdição, quer de liberação, mas sempre de normalização dos indivíduos. E assim, pelo avesso, a subjetividade fica sem escapatória.

---

<sup>126</sup>FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**, 1984, p.48. No original, FOUCAULT, *La Volonté de savoir*, 1976, p.66: « *L'implantation des perversions est un effet-instrument : c'est par l'isolement, l'intensification et la consolidation des sexualités périphériques que les relations du pouvoir au sexe et au plaisir se ramifient, se multiplient, arpentent le corps et pénètrent les conduites* ».

<sup>127</sup> Idem, p. 59. No original, p. 79 : « *Nous sommes devenus, depuis lors, une société singulièrement avouante* ».

É necessária uma representação muito invertida do poder, para nos fazer acreditar que é de liberdade que nos falamos todas essas vezes que há tanto tempo, em nossa civilização, ruminam a formidável injunção de devermos dizer o que somos, o que fazemos, o que recordamos e o que foi esquecido, o que escondemos e o que se oculta, o que não pensamos e o que pensamos inadvertidamente. Imensa obra a que o Ocidente submeteu gerações para produzir – enquanto outras formas de trabalho garantiam a acumulação do capital – a sujeição dos homens, isto é, sua constituição como ‘sujeitos’, nos dois sentidos da palavra.<sup>128</sup>

A *scientia sexualis*, através do dispositivo da confissão, estaria organizada, para Foucault, em torno de alguns pontos: (i) através de uma codificação clínica do ‘fazer falar’, combinando a confissão como o exame, o olhar clínico, minucioso, classificatório e cartesiano; (ii) através do postulado de uma causalidade geral e difusa, partindo da hipótese genérica que o sexo a tudo se liga e o menor sinal, qualquer suspeita remota já se torna um indício de sua ligação com as degenerescências e desvios doravante mais reprováveis; (iii) através do princípio de uma latência intrínseca à sexualidade, que aloja a verdade em local de difícil acesso e obscuro, independente do desejo manifesto de dizê-la, fazendo-a prisioneira de uma alma em profundidade; (iv) através do método da interpretação, já que a verdade não vem pronta de quem a enuncia, mas ela é constituída, precisamente, na decifração de quem ouve, julga, avalia, pune, duplicando a revelação da confissão pela decifração daquilo que ela diz; e (v) através da medicalização dos efeitos da confissão, associando a verdade confessada à cura e tornando imensurável o poder que o ouvinte instaura sobre o confessado, maximizando, assim, o poder da confissão como dispositivo de controle<sup>129</sup>.

Pois bem, a nossa sociedade teria, enfim, criado uma *scientia sexualis* pelo ajuste da confissão às regras do discurso científico<sup>130</sup>. E a partir de então, seria possível identificar um dispositivo da sexualidade. O sexo vai ser colocado dentro do discurso da racionalidade,

<sup>128</sup>FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**, 1984, p.60. No original, FOUCAULT, *La Volonté de savoir*, 1976, p.81: « il faut se faire une représentation bien inversée du pouvoir pour croire que nous parlent de liberté toutes ces voix qui, depuis tant de temps, dans notre civilisation, ressassent la formidable injonction d'avoir à dire ce qu'on est, ce qu'on a fait, ce dont on se souvient et ce qu'on a oublié, ce qu'on cache et ce qui se cache, ce à quoi on ne pense pas et ce qu'on pense ne pas penser. Immense ouvrage auquel l'Occident a plié des générations pour produire – pendant que d'autres formes de travail assuraient l'accumulation du capital – l'assujettissement des hommes ; je veux dire leur constitution comme 'sujets', aux deux sens du mot ».

<sup>129</sup> Idem, p. 64-66. No original, p.87-90.

<sup>130</sup> Idem, p.66. No original, p.90.

como de resto quase tudo parece aderir na história do pensamento ocidental. Mas não só, o sexo vai ser colocado também sob o signo de uma lógica do desejo. E como que uma chave que acessa o mais íntimo segredo, o sexo se torna o acesso universal ao que somos. A subjetividade do indivíduo passa necessariamente pela verificação, minuciosa e indiscreta, de sua sexualidade frente a um discurso de verdade<sup>131</sup>.

O dispositivo da sexualidade é um lugar privilegiado de exercício do poder, sobretudo em seus efeitos mais visíveis: aquele das interdições, da censura, da decência, da lei. Mas para Foucault, seria reduzir toda a sua energia exatamente àquilo que nada pode o poder produzir, salvo tornar vazio, silente, invisível e inerte a potência do sexo. Acreditar na hipótese repressiva reduzindo os efeitos do poder sobre o sexo ao modelo jurídico da lei e da interdição só é possível se esta característica for tomada como a parte visível do poder, onde ele se opõe linearmente à liberdade, fácil de apreender. Como um modelo que permite ao poder, em camadas mais profundas, agir de um outro modo, o modelo discursivo-jurídico do poder sobre o sexo torna um e outro tolerável.

Mas seria a partir de um modelo estratégico, devidamente justificado<sup>132</sup>, que Foucault analisaria o dispositivo da sexualidade que investiu em quatro esquemas fundamentais de subjetivação da sexualidade: (i) histerização do corpo da mulher; (ii) pedagogização do sexo das crianças; (iii) socialização das condutas de procriação; e (iv) psiquiatrização do prazer perverso.

A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas estratégias de saber e de poder<sup>133</sup>.

<sup>131</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**, 1984, p.76. No original, p.103.

<sup>132</sup> Foucault se detém a explicar um pouco o estado geral de suas pesquisas e a noção de poder que toma para fundamentá-las. Aqui, há passagens que estão também no curso proferido no *Côllege de France* naquele ano, curso, aliás, de grande valia no entendimento das estratégias de poder, que ele denominou *Em defesa da sociedade (1975-1976)*.

<sup>133</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**, 1984, p. 100. No original, FOUCAULT, *La Volonté de savoir*, 1976, p.139: « *C'est le nom qu'on peut donner à un dispositif historique : non pas réalité d'en dessous sur laquelle on exercerait des prises difficiles, mais grand réseau de surface où la stimulation des corps,*

O que Foucault percebe é que o tradicional dispositivo da aliança, que garante a família, vai ser, a partir de meados do séc.XVIII, atravessado por dispositivos de sexualidade, permitindo que sobre esta célula *mater*, este núcleo societário privilegiado, se possa incidir tantos olhares e controles externos, na busca coletiva por um modelo saudável e normal de sociabilidade que delimita papéis e nos obriga, incessantemente, a não afrouxar a vigília, porque os desvios e impulsos de uma sexualidade descontrolada estão sempre à espreita de cada um de nós.

E no final do séc.XVIII, já na passagem para o séc.XIX, os domínios sobre esta família ganham ares excessivos de medicamentação, já trabalhando o corpo em termos de organismo e o sexo entre a vida e a doença.

Mas é com a passagem para o séc. XX, com a psicanálise<sup>134</sup>, que se pode empreender o acento mais forte em termos de normalização do indivíduo, que passa a ser decifrado em seu desejo, um subconsciente que aflora para revelar o perturbador desejo contra as leis de aliança. As fases da sexualidade infantil, os complexos sempre incestuosos reforçam a normalização como o controle das forças do impulso e do desejo.

Esta articulação entre os dispositivos da aliança e da sexualidade, na construção de um padrão de saúde, ao contrário do que sugeriria a hipótese repressiva, não estaria direcionada para o controle das classes mais pobres, da grande massa. Inicialmente, ela diferencia a burguesia como uma classe privilegiada, cujos padrões morais desejáveis lhes permite ascender politicamente<sup>135</sup>. E, a partir de um padrão que lhe confere uma nova nobreza, um padrão de higiene, de controle, de pudor e critério, universalizar toda uma série de valores e práticas. A burguesia inventa o dispositivo de sexualidade para que este possa reinventá-la, mais próxima da vida, do bem e da moral.

---

*l'intensification des plaisirs, l'incitation renforcement des contrôles et des résistances, s'enchaînent les avec les autres, selon quelques grandes stratégies de savoir et de pouvoir ».*

<sup>134</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**, 1984, p.112-113. No original, p.157.

<sup>135</sup> Idem, p.113-119. No original, p.160-168.

Um derradeiro comentário entre o direito de morte e o poder sobre a vida: do regime político do soberano para a administração das populações, o surgimento de um biopoder – poder sobre a vida, não mais sobre o nascimento, mas sobre a natalidade; não mais sobre a doença, mas sobre a saúde; a prevenção, antes da cura. Os processos de subjetivação ganham proporções globais, em busca de padrões de normalização. E a sexualidade pode ser este elo essencial que nos liga a uma natureza, explosiva e pulsante, viva, mas que alojamos na interioridade mais recatada, lá onde a alma nos trai e é sempre possível, e desejável, no mínimo pensamento, exercer sobre ela controle, multiplicar seus efeitos em discursos, dissecá-la como quem retorna às essências, e encontra o elo perdido da humanidade. No final das contas, a partir do diagnóstico de Foucault, o dispositivo da sexualidade prende-nos todos a papéis desejáveis e produtivos.

Por fim, uma singular personagem. Na teatralização deste sujeito que Foucault enuncia, o caso Pierre Rivière<sup>136</sup> explicita as três fontes de injunção do poder lançadas: parricida de mãe e irmãos, em nome da honra do pai, é julgado pelo sistema punitivo como uma figura a um só tempo delinquente, louca e desviada sexualmente. Seu motivo é da ordem das pulsões sexuais, a honra masculina do pai, enganado por sua mãe; sua estratégia é da ordem da loucura, parricida, degola sua família, mãe e irmãos; as consequências são da ordem da delinquência, condenado.

Mas eis que este indivíduo, perpassado por todas essas estratégias de poder-saber, num ato interpretado por Foucault como de resistência, suicida-se, antes que a sentença possa, pelas instituições de Estado, definir sua subjetividade e destino. Rivière escapa, pondo fim àquilo que permite ao poder sobre ele fazer efeito: seu corpo e sua alma. E num ato, tão paradoxal quanto os avatares de normalização em nome da vida, liberta-se através da morte. É nessa injunção que a subjetividade moderna foi inventada.

---

<sup>136</sup> FOUCAULT, M. (coord.) **Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão**. 2ed, Trad. Denize Lezan de Almeida, Rio de Janeiro: Graal, 1982.

## **CENA 3 FOUCAULT, ANTI-HERÓI: PENSAR A RESISTÊNCIA E SONHAR COM A SINGULARIDADE ESTÉTICA DE UM CUIDADO DE SI**

Na cena três, buscamos em Foucault elementos, possibilidades, maneiras para outras subjetividades. Diante da crise e esgotamento deste sujeito que a modernidade fabricou e clonou, todos os partícipes, incluindo a própria plateia se viram com a mesma face, a mesma alma, uma mesma razão. Um – o mesmo do outro – duplicação e identidade. Em busca de outras máscaras, outras fantasias, avançamos na produção derradeira de Foucault.

Já no curso proferido em 1976, *Em defesa da sociedade*, Foucault<sup>137</sup> mostra como é preciso recusar o modelo de subjetividade moderna, de soberania, para perceber um modelo de repressão e pensar como atuam as formas de sujeição. Esta recusa do modelo de soberania para o direito, que tratamos aqui ao explorar os direitos subjetivos na cena anterior, deve perpassar toda a analítica do poder até chegar aos dispositivos de saber na construção de outras identidades. Esta recusa servirá agora na construção de um pensamento que busca outras técnicas e procedimentos de subjetivação.

### **3.1 Situando o tema na produção de Foucault**

A subjetividade será desenvolvida por Foucault de forma positiva, em sua última abordagem, datada dos anos oitenta. Não há propriamente uma contradição com sua produção anterior: há um deslocamento<sup>138</sup>. Se as relações de poder e saber são o cerne de sua produção

---

<sup>137</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade (1975-1976)**, Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.40.

<sup>138</sup> ORTEGA, Francisco. **Amizade e estética da existência em Foucault**. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p.22.

mais divulgada<sup>139</sup>, Foucault não as pensa dissociada de um sujeito. Um sujeito que, na história, experimenta e viabiliza os efeitos dessas relações, sendo normalizado e constituído pelo poder, mas também que é capaz de se constituir, criando pontos de resistência nas tramas sociais.

Além do deslocamento, há também uma explicitação: se na *História da loucura* ou em *Vigiar e punir* este sujeito está submetido ao poder normalizador das instituições psiquiátricas e penais, sendo constituído a partir destas instituições, ou seja, sendo efeito das relações de poder, em *A hermenêutica do sujeito*, curso proferido no *Collège de France* entre 1981-2, ele ganha o título e passa a ser diretamente tematizado pelos mecanismos e tecnologias de si, de subjetivação, de autoconstituição, de resistência.

Então, na *História da sexualidade II*, através do *Uso dos prazeres* ele se volta mais à Antiguidade Grega para derrubar o mito de um paganismo tolerante<sup>140</sup>. Já no *Cuidado de si (História da sexualidade III)* retoma os romanos, nos dois primeiros séculos de nossa era, mostrando a expressão forte desse cuidado, na constituição de um homem livre, capaz de razão. A liberdade precede a razão e o cuidado é mais amplo do que o conhecimento de si.

Há ainda mais uma preliminar necessária: a emergência do sujeito ganha a dimensão de uma estética da existência, quando em relação ao uso dos prazeres na Antiguidade grega, ou um cuidado de si, no período romano. É, portanto, um ‘sujeito forma’, não um ‘sujeito substância’<sup>141</sup>. Não se pode imaginar que, nesta perspectiva, Foucault tenha resgatado um sujeito universal, muito menos aquele centrado na consciência, no *logos* ou na

<sup>139</sup> Para o direito, a obra *Vigiar e punir*.

<sup>140</sup> Kelsen trabalha este tema, tanto da ilusão de um paganismo tolerante, quanto da relação entre sexualidade e poder, na parte dedicada ao amor platônico. KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.63 e ss.

<sup>141</sup> ORTEGA, Francisco. **Amizade e estética da existência em Foucault**, 1999, p.31. Com a denominação ‘sujeito forma’ e ‘sujeito substância’, Ortega registra o descabimento da crítica dirigida a Foucault como se esta última fase fosse um regate de um sujeito que ele sempre criticou. A ideia de um ‘sujeito forma’ ressaltaria o fato dos gregos lidarem com a noção de indivíduo mais do que com uma noção de sujeito. O sujeito criticado por Foucault ao longo de sua obra é o sujeito soberano e universal, porém disciplinado, que uma certa ênfase da modernidade inventou. Cf. FOUCAULT, Michel. O retorno da moral (1984). In: FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**, Coleção Ditos e escritos V, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Inês Autran Dourado Barbosa, Elisa Monteiro, Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004. p.262.

razão. Antes, o que se verá da abordagem aqui trazida é que há formas plurais de subjetivação que permitem uma originalidade, inédita e precária, de maneiras de construir a existência. É, portanto, na imanência do sujeito e não em sua transcendência, que Foucault vai delimitar o seu campo exploratório, até onde seja possível pensar formas não institucionais ou normalizadas de constituir aquilo que somos.

A dinâmica da cena levará em conta primeiramente o curso sobre *A Hermenêutica do sujeito* proferido no *Collège de France*, entre os anos de 1981-2, cujos escritos permitem acompanhar o campo de estudo e construção das ideias que Foucault elaboraria em seus dois últimos livros, apressadamente publicados em 1984. Os volumes II e III da *História da sexualidade* virão em seguida, reforçando os pontos principais deste novo olhar foucaultiano sobre o sujeito. Afinal, um esforço primeiro de aproximação com o direito encerrará o primeiro ato.

### **3.2 A construção da subjetividade pela estética da existência e cuidado de si – explorando a *Hermenêutica do Sujeito***

Sobre a temática, nos cursos no *Collège de France* aparecem suas primeiras reflexões. Já no curso de 1980 ele havia abordado a questão da subjetividade e da verdade. Antes um pouco, em 1976, Foucault havia identificado a questão do governo (entendido como direção) como um elemento que o permitiria superar as dificuldades de uma analítica do poder. Ele desloca o olhar para o governo em busca de um elemento diagnosticador que pudesse dar conta das mudanças em curso, de um poder disciplinar a um biopoder. É assim que ele tematizou, sucessivamente, sobre *Segurança, território e população* (1977-1978); *Nascimento da biopolítica* (1978-1979); *Do governo dos vivos* (1979-1980) e o seminário

sobre *Subjetividade e verdade*<sup>142</sup> (1980-1981), que exatamente antecede a *Hermenêutica do sujeito* (1981-1982)<sup>143</sup>.

Assim, nos concentraremos neste último curso, como corte epistemológico, para exploração dos contornos desse sujeito que nos aventuramos a buscar. Neste curso que apresenta ao *Collège de France* em 1981-2<sup>144</sup>, há três ordens de implicações principais, apresentadas por Frederic Gros<sup>145</sup>: a filosófica, a ética e a política.

Na ordem das implicações filosóficas<sup>146</sup>, é interessante notar como Foucault vai opor a Antiguidade e a Idade Moderna pela distinção entre espiritualidade e filosofia, entre cuidado de si e conhecimento de si. Na Antiguidade, o conhecimento de si é uma das partes

<sup>142</sup> Ainda inédito em sua versão impressa, este curso só está acessível através das cópias das fitas cassetes no *Collège de France*. Esta dificuldade física, geográfica e institucional foi o empecilho a uma investigação conjunta dos dois cursos, devido à aproximação das temáticas.

<sup>143</sup> Cf. FOUCAULT, M. **Resumos dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Trad. Andréa Daher, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

<sup>144</sup> Foucault indica o seu caminho pós-estruturalista, ao se referir à filosofia do pós-guerra, expressando que não seguiu nem pela linha analítica nem pela estruturalista, ao tentar recolocar o sujeito no domínio histórico das práticas de transformação. A oscilação apresentada em “As palavras e as coisas”, a despeito dos críticos a identificarem como sua obra estruturalista, tem agora uma outra orientação assumida. “Tratava-se, pois, a meu ver, de desvencilhar-se dos equívocos de um humanismo tão fácil na teoria e tão terrível na realidade; tratava-se também de substituir o princípio da transcendência do ego pela imanência do sujeito.” FOUCAULT, fragmentos de um manuscrito inédito, *apud* GROS, A situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.636. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*. Paris: Gallimard, 2001, p.507, « *Il s’agissait donc pour moi de se dégager des équivoques d’un humanisme si facile dans la théorie et si redoutable dans la réalité; Il s’agissait aussi de substituer au principe de la transcendance de l’ego la recherche des formes de l’immanence du sujet* ».

<sup>145</sup> A cada edição que a Gallimard publicou dos cursos proferidos por Michel Foucault no *Collège de France*, fez acompanhar tanto uma apresentação dos organizadores, quanto uma análise denominada Situação do Curso por um de seus comentadores. Na apresentação, os organizadores se encarregaram de explicitar a metodologia utilizada para reconstituir em texto, palavras ditas. Havia o manuscrito de Foucault, mas havia também diversas gravações feitas ao vivo das aulas, e ainda assim, vazios estão registrados na edição impressa. Frederic Gros responsabiliza-se, neste trabalho, pela Situação do Curso, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.489-526.

<sup>146</sup> Gros cita uma passagem inédita do manuscrito que servia a Foucault de apoio para o seu curso: “três questões que de certa maneira atravessaram todo o pensamento ocidental: o acesso à verdade, a colocação em jogo do sujeito por ele mesmo no cuidado que tem de si, e o conhecimento de si. E dois pontos nevrálgicos: 1. pode-se ter acesso à verdade sem colocar em jogo o próprio ser do sujeito que a ela acede? Pode-se ter acesso à verdade sem pagar com um sacrifício, uma ascese, uma transformação, uma purificação que concernem ao próprio ser do sujeito? Pode o sujeito, tal como ele é, ter acesso à verdade? [...] 2. O segundo ponto nevrálgico desta interrogação é o que se refere à relação entre cuidado de si e conhecimento de si [...]” In: FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p. 633-4. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.504: « *Trois questions qui, d’une certaine façon, vont traverser toute la pensée occidentale : l’accès à la vérité ; la mise en jeu du sujet par lui-même dans le souci qu’il se fait de soi ; la connaissance de soi. Avec deux points névralgiques : 1. Peut-on avoir accès à la vérité sans mettre en jeu l’être même du sujet qui y accède ? Peut-on avoir accès à la vérité sans le payer d’un sacrifice, d’une ascèse, d’une transformation, d’une purification qui touchent à l’être même du sujet ? Le sujet peut-il avoir, tel qu’il est, accès à la vérité ? [...] 2. Le second point névralgique de cette interrogation, c’ est celui qui porte sur le rapport entre souci de soi et connaissance de soi [...]* ».

do cuidado de si, que envolvia toda a espiritualidade. Para Foucault<sup>147</sup>, Descartes é que rompe definitivamente com qualquer modo de subjetivação pelo cuidado de si, ao estabelecer a pureza do conhecimento de si, permitindo produzir uma verdade asséptica, desvinculada da ação. Alcançar a verdade, dirá Foucault, só tem sentido enquanto caminho para uma prática verdadeira, uma ação dirigida por esta. Por isso, *A Hermenêutica do sujeito* tem um caráter ético-político, sendo a verdade meio para o fim que é a vida ética, a *polis*. Este sujeito, que faz da verdade uma prática, não é, de modo algum, um sujeito condenado à confissão cristã, à exposição de sua intimidade ou à negação de sua imanência. A verdade para Foucault é “[...] uma **razão de viver**, ou seja, um *logos* atualizado na existência, e que anima, intensifica e prova: **verifica-a**.”<sup>148</sup> (grifo do autor)

O regressar aos textos da Antiguidade tem como ponto de partida a personagem Sócrates e os diálogos (sejam de Platão ou de Xenofonte) a ele atribuídos. O princípio délfico “conhece-te a ti mesmo” tem que ser apreendido, lá aonde originário, num contexto que vai além da razão, ou do sujeito de conhecimento. Ele se insere numa perspectiva mais abrangente concernente ao cuidado de si.

O cuidado de si diz respeito a um conjunto de práticas de subjetivação. Mais do que isso, este cuidado é um preceito da vida filosófica e da moral antiga. O cuidado de si visa o domínio de si, necessário na estilização da existência. É para dar à vida, à existência uma forma bela, admirável e memorável, que é preciso cuidado. Um cuidado que engloba a razão – o conhecer a si, mas que exige também ética e liberdade. Um cuidado que ganha uma dimensão política, já que essa vida memorável é a vida pública e este sujeito é o homem livre.

O curso *A Hermenêutica do Sujeito* enfrenta, nas implicações éticas, a crise pós-moderna dos valores. Está em jogo a noção de vigilância. E este é um dos pontos polêmicos

<sup>147</sup> Foucault nomeia Descartes como o ícone de um ‘momento cartesiano’ que foi gestado durante doze séculos de cristianismo. Cf. FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.22. No original, p.16.

<sup>148</sup> GROS, In: FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p. 641. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.510.: « *une raison de vivre : un logos actualisé dans l’existence, et qui l’anime, l’intensifie, l’éprouve : la vérifie* ».

da interpretação de sua obra, facilmente identificada com tendências narcisistas, individualistas e conservadoras<sup>149</sup>. Mas, a estética da existência, como autoconstituição do sujeito, está longe de ser aquele apelo do biopoder de singularização como padrão de normalização. Não toma os ares de desespero pela juventude e pela simetria, pela eternidade e pela perfeição do corpo: é um preparar-se para a vida inteira, para a vida adulta, para a velhice e para a morte. Neste sentido, as implicações éticas também dão conta de uma noção de distância. Esta distância/aproximação de si é dada pelo outro, não podendo ser uma prática solitária, mas uma prática social, política.

Dentre as implicações de ordem política em *A Hermenêutica do sujeito* está a noção de governamentalidade<sup>150</sup> da distância ética. Isto quer dizer que não se deve assumir a função, ou o governo dos outros, como se fosse sua própria subjetivação, não podendo substituir o cuidado consigo em certo nível de independência. Este distanciamento seria uma maneira de evitar que o caráter normalizador do trabalho submeta o sujeito, ou que o poder sobre o outro nos distancie da vigilância de nós mesmos. Desapego que não é, de forma alguma, uma alienação política, ao contrário, é a condição para um exercício consciente, garantindo também certo despojamento de bens e poder. Neste sentido, Foucault sempre pensa a ética no interior do político<sup>151</sup>. E o cuidado de si, as técnicas de si e as formas de subjetivação se inserem no panorama de resistências e lutas contra as sujeições éticas, ao lado das lutas contra as explorações econômicas ou as dominações políticas.

Refaçamos agora um pouco do itinerário de Foucault nas aulas de janeiro a março de 1982. Na primeira aula, Foucault coloca a questão do conhecimento de si em relação com

---

<sup>149</sup> Cf. DOSSE, F. **História do estruturalismo** (Vol.II), São Paulo: ensaio, 1994. Também HABERMAS, J. **O discurso filosófico da modernidade**, 2002.

<sup>150</sup> Alfredo Veiga-Neto discute o termo que melhor se adequaria à proposta de Foucault, defendendo a tradução em governmentamento e governamentalidade para, respectivamente, *gouvernement* e *gouvernementalité*. VEIGA-NETO, Alfredo. Coisas do governo. In: RAGO, M.; ORLANDI, Luiz B. L.; e VEIGA-NETO, A. (orgs.). **Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas**. 2 ed., Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p.15.

<sup>151</sup> GROS, In: FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.656.

o cuidado de si e a força desta injunção no espaço grego. Sócrates<sup>152</sup> é seu personagem principal, e dele irradiam exemplos e textos para a exposição do sentido deste cuidado e desta reflexão.

Desfazendo a predominância do “conhecer-te a ti mesmo” (*gnôthi seautón*) na filosofia socrática, aquela quase exclusividade que se tornou o registro emblemático desta frase, Foucault coloca Sócrates como o homem do cuidado (*epimeléia heautoû*), que ao contrário de uma pálida cautela, de simples paciência, constitui o cuidado de si “um princípio de agitação, um princípio de movimento, um princípio de permanente inquietude no curso da existência”<sup>153</sup>.

O cuidado de si é tanto um preceito da vida filosófica e moral antiga, quanto uma atitude geral, uma relação consigo, um conjunto de práticas. E como tal, aparece presente desde o séc.V a.C, permanecendo tanto no helenismo, no paganismo, quanto na espiritualidade cristã, assumindo, em cada momento, um sentido diferente, por uma questão de ênfase.

Mas, longe de reinar triunfante na ordem de registros da história, o cuidado de si, que inspira a suspeita de Foucault de algo perturbador em sua enunciação, paradoxalmente foi secundarizado, esquecido até, em contraposição à importância e destaque que o *gnôthi seautón* adquiriu na ordem do saber. Parece hoje sempre egoísmo ou alienação a dobra de

---

<sup>152</sup> “Quem é o Sócrates de Foucault?”. Esta questão me foi colocada por um colega de doutorado, desde o início do meu trânsito pelo PPGD – UFPE. Seria preciso, talvez numa outra pesquisa, colocar esta questão, sobretudo quando se está interessado em verificar, sob o olhar de um historiador, suponho, o grau de precisão das informações ali lançadas, das falas atribuídas a Sócrates, da reconstituição de um pensamento e de um pensador que não registrou de próprio punho, o que é mais plausível para a época, sendo, às vezes, quase uma lenda. Imagino que Sócrates deve ser alvo, ao longo da história, de algo que ficou muito corriqueiro no mundo virtual, o fato de atribuir pensamentos próprios a nomes famosos, pela sempre dificuldade de buscar as fontes. É talvez por isso, e um pouco intuitivamente, que me políciei ao longo destas leituras e deste trabalho, para não me tornar excessivamente rigorosa e preocupada com cada fonte citada por Foucault, cada trecho, num trabalho minucioso de reconstituição de suas leituras. A minha leitura não é de Sócrates. Li Foucault e suas narrativas. E as tomo metodologicamente como narrativas, dificilmente conseguindo tirar Foucault do reino fértil entre o real e a ficção. Talvez neste sentido, Foucault, frequentemente, no decorrer do curso, tenha se referido ao ‘personagem’ Sócrates.

<sup>153</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.11. No original FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.9 : « un principe d’agitation, un principe de mouvement, un principe d’inquiétude permanent au cours de l’existence ».

cuidar de si, de conhecer a si, embora tivesse, em toda a literatura que dele cuida, um sentido positivo<sup>154</sup>. Mas estas práticas, também paradoxalmente, vão tomar na espiritualidade cristã uma forma austera e rígida de controle moral, da conduta e dos sujeitos.

É, portanto, no meio destes paradoxos, de ser tão importante e ao mesmo tempo, ter sido relegado; de ora ser visto como individualismo e alienação e ter, ao mesmo tempo, fomentado a construção de práticas de renúncia a si, como na moral cristã, ou de uma obrigação para com o outro, como na moral moderna burguesa ou de Estado; enfim, na junção destas questões todas, Foucault encontra a questão que fomenta seu curso naquele ano, e que nos parece crucial para entender as questões aqui colocadas da subjetividade<sup>155</sup>: quem é este si que interessa conhecer? Que parte deste si<sup>156</sup> é preciso cuidar?

Há também que se considerar o alinhamento do cuidado de si com a espiritualidade. Neste ponto, Foucault distingue-a do caminho tomado pela própria filosofia ligada ao conhecimento. Assim, enquanto a filosofia é identificada por uma forma de pensamento que se interroga pelas possibilidades epistêmicas do próprio pensamento, pelas condições de acesso à verdade, a espiritualidade é definida por Foucault como “o conjunto de buscas, práticas e experiências [...] que constituem, não para o conhecimento, mas para o sujeito, para o ser mesmo do sujeito, o preço a pagar para ter acesso à verdade”<sup>157</sup>.

Guardaria a espiritualidade três características enunciadas. Em primeiro lugar, o sujeito enquanto tal, não tem acesso à verdade, devendo operar uma conversão, uma

---

<sup>154</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.17. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.14.

<sup>155</sup> Não se pode falar em subjetividade no mundo grego, já que o elemento ético se deixa determinar como *bios* (modo de vida). Cf. as observações do organizador da versão impressa do curso, nota 5, Idem, p.26. No original, p.21.

<sup>156</sup> Importa refletir sobre o sentido melhor de ‘soi’ utilizado por Foucault na construção da expressão deste cuidado. Na tradução do curso para o português, utilizou-se ora o ‘eu’, ora o ‘si’. Da duas formas, parece-me mais significativo o si, como espaço reflexivo, como dobra do sujeito sobre si mesmo, no sentido proposto por Ricoeur. Cf. RICOEUR, P. **O si-mesmo como um outro**. Trad. Lucy Moreira César, Campinas: Papirus, 1991. Ademais, *heauton* tem a função de um pronome reflexivo. Cf. a primeira hora da aula do dia 13 de janeiro de 1982, FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p. 66. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.52.

<sup>157</sup> Idem, p.19. No original, p.16-17: « l’ensemble de ces recherches, pratiques et expériences [...] non pas pour la connaissance mais pour le sujet, pour l’être même du sujet, le prix à payer pour avoir accès à la vérité ».

transformação de si para ter acesso à verdade. Em segundo lugar, esta transformação pode se dar de diferentes formas. De um lado, esta transformação, na qual o sujeito é arrancado de seus *status* atual, pode se dar com o movimento que Foucault identifica como *erós* (amor). Por outro, é também através do trabalho de ascese de si para consigo que o sujeito transforma-se. Em terceiro lugar, a espiritualidade envolve necessariamente um ‘retorno’, no qual o sujeito se transforma para ter acesso à verdade e a verdade retorna, transformando-o<sup>158</sup>.

Assim, Foucault reforça o alinhamento entre espiritualidade e filosofia na Antiguidade, e entre estes termos e a problemática do cuidado, embora vislumbre em Aristóteles<sup>159</sup> o tom que posteriormente a questão tomaria: pensando o conhecimento em termos apenas de *gnose*, a espiritualidade vai ser relegada a um plano sem importância em relação à verdade.

A aula do dia 13 de janeiro é dedicada a resgatar nos textos da Antiguidade, notadamente no *Alcebiades* de Platão (e de resto em toda a sua produção jovem) os traços deste cuidado, a relação com a pedagogia, a dietética, a erótica, com a alma e os mestres. Entra em cena a questão do governo, de ser governado, de ocupar-se consigo e da própria ignorância. Apesar de focar no *Alcebiades*, Foucault deixa claro que toda a problemática do cuidado enraíza-se em práticas muito anteriores, em um ambiente pré-filosófico que sempre viu a necessidade de uma certa tecnologia de si na consecução do acesso à verdade<sup>160</sup>. Rituais de purificação, como retiros, escutar músicas, cheirar perfumes, examinar a consciência são exemplos que podem ser encontrados em civilizações arcaicas e não apenas a partir da filosofia socrática.

---

<sup>158</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.19-20. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.17.

<sup>159</sup> Foucault ironiza, dizendo ser Aristóteles para o pensamento filosófico que se desenvolveu no Ocidente e sobretudo na modernidade, o primeiro e único ‘verdadeiro filósofo’ da antiguidade, aquele que relegou a espiritualidade a um plano inferior. Cf. Idem, p.22. No original, p.19.

<sup>160</sup> Idem, p.59. No original, p.46.

Pois bem, Foucault se debruça em compreender a reflexividade do cuidado de si. Alcebiades, em sua leitura, responde à questão sobre este si, sobre este eu, como sendo a alma. A alma, entenda-se bem, despida ainda de suas conotações cristãs. “A alma como sujeito e de modo algum como substância”<sup>161</sup>.

E tomando a alma como sujeito, importa distinguir três técnicas que não podem ser confundidas com o cuidado de si: a prática médica sobre si mesmo, quando o médico ocupa-se com seu corpo e não consigo mesmo; a econômica do gestor ao gerir seus próprios bens, sua casa, pois o raciocínio é análogo; e ainda a prática do enamorado, que busca seu próprio prazer, seu corpo, mas não a si mesmo<sup>162</sup>.

É quando entra, então, a figura do mestre: Sócrates em seu amor por cuidar de Alcebiades e cuidar para que ele cuide de si mesmo. Daí porque a expressão do cuidado em Sócrates e em Platão estará diretamente ligada à pedagogia, à formação deficiente dos jovens para governar, à incapacidade de cuidar dos outros, de governar a si e aos outros. Há um certo elitismo na condução deste cuidado, que não estava direcionado a todos ou a qualquer momento da vida, mas era uma preparação aristocrática, ética e politicamente direcionada a formar o homem livre. O cuidado de si tomará, em momentos posteriores, um acento mais universal e ao mesmo tempo mais perene, sobretudo quando concentrar certo esforço, na filosofia helenista, em preparar para a velhice e para a morte.

Uma fala final marca o encerrar do dia 13 de janeiro: o cuidado de si apresentado é a versão platônica e não de toda Antiguidade. E em Platão, Foucault identifica um paradoxo intrigante: ao tempo em que se esforça em mostrar a relação entre cuidado e conhecimento de si, entre filosofia e espiritualidade, Platão acentua fortemente o momento do conhecimento, das essências, do divino a ponto de esvaziar a imanência do sujeito de cuidado<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p. 72. No original, FOUCAULT, M. *L'Herméneutique du sujet*, 200, p.57: « *L'âme comme sujet, et non pas du tout l'âme comme substance* ».

<sup>162</sup> Idem, p.72-3. No original, p.57-8.

<sup>163</sup> Idem, p.98. No original, p.76.

Na semana seguinte, sempre às quartas-feiras, Foucault passaria a analisar o sentido léxico da *epimeletéia* e sua generalização pela cultura helenista de Sêneca, Epicteto, Epicuro e outros que, *pari passu*, caminharia para uma generalização do preceito do cuidado de si como eixo formador e diretivo, como terapêutica. Um primeiro deslocamento já pode ser sentido em relação ao Alcebíades. Lá, o objeto do cuidado de si é a alma como sujeito, o si/eu, mas a finalidade muito claramente é a cidade, é o governo da *pólis*. Mas agora, o si mesmo passa a ser a um só tempo objeto e finalidade do cuidado, tornando-se “um princípio geral e incondicional, um imperativo que se impõe a todos, durante todo o tempo e sem condição de *status*”<sup>164</sup>. E neste sentido, Foucault identifica que, ao se tornar um imperativo para toda a vida, o cuidado acentua seu aspecto crítico, de crítica permanente, sem, contudo, se descuidar de seu papel formador. Mas uma “correção-liberação, bem mais que uma formação-saber”<sup>165</sup>.

Além da questão crítica, há também uma aproximação nítida com a medicina em sua função terapêutica. Não à toa, a expressão *therapeúein heautón* designa cuidar-se, curar-se. E neste ponto, Foucault destaca elementos desta aproximação entre uma filosofia (da alma) e uma medicina (do corpo): (i) a ideia de um grupo de pessoas associando-se para a prática de terapia em correspondência com uma escola de filosofia (ou, se quisermos também, os jardins de Epicuro); (ii) a reabilitação do corpo, como lugar privilegiado do cuidado, e não somente a alma, como parecia indicar Platão; e (iii) o novo valor da velhice<sup>166</sup>.

Assim, a segunda hora da aula de 20 de janeiro de 1982 estaria reservada a acentuar o deslocamento para o tempo da velhice como lugar privilegiado da existência e uma colocação para nós crucial: aquela da recusa do paradigma da lei, situando-se entre um apelo universal e uma escolha rara e individual.

<sup>164</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.103. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.80: « un principe général et inconditionnel, un impératif qui s’impose à tous, tout le temps et sans condition de statut ».

<sup>165</sup> Idem, p.116. No original, p.91: « Correction-libération, beaucoup plus que formation-savoir ».

<sup>166</sup> Idem, p.121-133. No original, p.96-105.

Sobre a velhice, importa anotar a mudança sensível de avaliação de seu significado. Foucault percebe que a velhice ocupou, para a cultura grega antiga, um lugar ambíguo. Sabedoria e fraqueza, “a velhice na cultura grega tradicional é sem dúvida honrosa, mas não é com certeza desejável”<sup>167</sup>. Ao contrário, com o deslocamento anunciado de um cuidado intenso durante toda a vida, a velhice torna-se então o troféu, o sucesso do cuidado, a prova de uma vida bem vivida, a recompensa de quem finalmente sabe cuidar de si.

Mas interessa-nos mais de perto a percepção de Foucault de que o cuidado não dizia somente respeito a um grupo privilegiado de pessoas, notadamente os jovens que deviam tornar-se governantes, como Alcebíades, por exemplo. O cuidado passava a ter uma abrangência muito maior e com isso, a questão sobre tornar-se uma lei geral afigura-se imperiosa. São suas palavras:

Pode-se dizer que o cuidado de si constitui agora uma espécie de lei ética universal? Vocês me conhecem bem para saber que responderei imediatamente: não. O que eu gostaria de mostrar[...] é o seguinte: não devemos nos deixar prender ao processo histórico posterior, que se desenvolveu na Idade Média, e que consistiu na juridicização progressiva da cultura ocidental, juridicização que nos fez tomar a lei como princípio geral de toda regra na ordem da prática humana. O que eu gostaria de mostrar, ao contrário, é que a própria lei faz parte, como episódio e como forma transitória, de uma história bem mais geral, que é a das técnicas e tecnologias das práticas do sujeito relativamente a si mesmo, técnicas e tecnologias que são independentes da forma da lei e prioritárias em relação a ela.<sup>168</sup>

A respeito desta passagem, Foucault observa que ainda que o imperativo do cuidado tenha sido enunciado na forma de uma lei geral - “é preciso cuidar de si”, não tinha a imperatividade de outros comandos, nem se dirigia igualmente a todas as pessoas. Havia uma diferença muito grande de práticas que poderiam estar associadas ao cuidado, relacionadas

<sup>167</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.134. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.105: « *La vieillesse dans la culture grecque traditionnelle, elle est honorable à coup sûr, elle n’est certainement pas désirable* ».

<sup>168</sup> Idem, p.138. No original, p.108-9: « *peut-on dire que le souci de soi constitue maintenant une sorte de loi éthique universelle? Vous me connaissez assez pour bien supposer que je vais répondre immédiatement: non. Ce que je voudrais montrer [...] c’est celui-ci: il ne faut pas se laisser prendre à ce processus historique ultérieur, qui s’est déroulé au Moyen Âge, et qui a été la juridification progressive de la culture occidentale. Juridification qui nous a fait prendre la loi, et la forme de la loi, comme le principe général de toute règle dans l’ordre de la pratique humaine. Ce que je voudrais vous montrer au contraire, c’est que la loi elle-même fait partie, comme épisode et comme forme transitoire, d’une histoire beaucoup plus générale, que esta celle des techniques et technologies des pratiques du sujet à l’égard de lui-même, techniques et technologies qui sont indépendantes de la forme de la loi, qui sont prioritaires par rapport à elle* ».

diretamente com as condições de existência e com a forma de vida, de sorte que associar o cuidado a uma lei geral não passava de uma ficção.

Ou seja, cuidar de si exigia, para além da escolha de um certo modo de vida, as condições materiais de permitir-se imergir neste cuidado. Foucault não despreza que as práticas de cuidado estivessem presentes de maneira diferente a depender dos grupos que a utilizavam. E não se pode sequer afirmar que só a elite as utilizavam. Sem dúvida, os grupos que podiam estar liberados da questão urgente da sobrevivência, poderiam desenvolver técnicas mais elaboradas, mais sofisticadas de cuidar de si, mais teóricas e reflexivas, mais ligadas à individualidade e ao ócio<sup>169</sup>. Mas os grupos menos abastados também as praticavam na forma de rituais, cultos e geralmente vinculados ao aspecto religioso, mantendo uma rotina de ações que envolviam o corpo e a alma e que pretendiam modelar a existência<sup>170</sup>.

De toda sorte, Foucault observa que embora não houvesse uma distinção *a priori* dos que seriam ou não capazes de cuidar de si, não havendo uma objeção de princípio em relação a *status* ou a classe econômica, de fato, a atitude de cuidar de si permanecia como uma prática de poucos, sinalizando questões contingentes e não necessárias que obstaculizavam o exercício de tais tecnologias, seja por falta de coragem, de força, de resistência, seja porque somos incapazes de escutar o apelo, de dimensionar a importância. Daí porque, se de um lado o apelo pelo cuidado tem um tom universal, a salvação é sempre rara. Mais um paradoxo do pensamento ocidental. Apela-se a todos, mas poucos ouvem. A mística da salvação permanece sendo um privilégio.

---

<sup>169</sup> Aqui, é preciso refletir em que medida as condições para um cuidado hoje possam prescindir das condições de ócio outrora necessárias, e em que medida, hoje ainda, não se trataria de uma questão de elite. De qualquer sorte, as questões de Foucault são suficientes para derrubar o mito de um sujeito universal e a nos fazer pensar que, refletida ou não, consciente ou não, a subjetividade é sempre transitória, está sempre submetida à possibilidade de mudar, metamorfosear-se, pelas práticas de assujeitamento tanto quanto pelas práticas de si.

<sup>170</sup> Foucault adverte que não está de modo algum criando categorias de cuidado, o sofisticado e o rude, o da elite e o popular. A intenção é mostrar a abrangência, a variedade e variação de formas de cuidado e de práticas de si, afastando-a de uma lei universal. Cf. FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.145. No original, FOUCAULT, M. *L'Herméneutique du sujet*, 2001, p.114.

Na última quarta feira de janeiro de 1982, Foucault retoma dos séculos I e II para indicar as características gerais das práticas de si e explicitar a questão do Outro: a figura do filósofo como mestre de subjetivação. A afirmativa é enfática: “para que a prática de si alcance o eu por ela visado, o outro é indispensável”<sup>171</sup>. O outro funciona como o mediador entre o apelo ao cuidado e a modelação da existência, assumindo várias formas.

Em primeiro lugar, se tomarmos o período grego/socrático, o outro funciona como o exemplo, seja no herói, no ancestral, a narrativa de uma vida, de ações e virtudes que se devem alcançar. É também a posição dos mais velhos em relação aos mais jovens. É a mestria de exemplo. Há também a mestria de competência, de que o instrutor, o professor ou os mais experientes se ocupam a fim de instruir os mais jovens. Por fim, Foucault enumera a maestria socrática, da incitação, do questionamento, essa maestria perturbadora que opõe mais claramente memória e ignorância.

Nos dois primeiros séculos de nossa era há uma forma diferente de necessidade de mediação com o outro. A ignorância é agora tomada mais em termos de malformação, vícios, deformações do espírito, tomando o cuidado a forma aproximada de uma terapêutica, de uma correção da alma, de um prumo. O mestre não apenas sinaliza e acorda o indivíduo de sua ignorância. Cabe-lhe operar “na reforma do indivíduo e na formação do indivíduo como sujeito”<sup>172</sup>.

Este indivíduo a ser reformado é, como Foucault resgata nos textos de Sêneca, o *stultus*, aquele que não conduz a própria vida, estando à mercê das ingerências exteriores, dos sabores dos ventos. Indivíduo leviano, cuja vida é banalizada pela forma irrefletida com que é vivida, sem memória, sem objetivos determinados. Muda de vida a qualquer momento, muda de opinião a qualquer instante, perde o interesse ou a vontade pelas coisas, desiste. Desiste de

---

<sup>171</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.158. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.123: « Pour que la pratique de soi arrive à ce soi qu’elle vise, l’autre est indispensable ».

<sup>172</sup> Idem, p.160. No original, p.125: « dans la réforme de l’individu et dans la formation de l’individu à sa constitution de sujet ».

exercer sua vontade soberana, sua liberdade absoluta, que é a convergência a um só objetivo, a um pleno querer cujo alvo é o si/eu.<sup>173</sup> Por isso, não conseguirá sair deste estado de *stultitia* sem a ajuda de um outro. O outro é, assim, indispensável para alcançar o cuidado e, através deste, a sabedoria. E este outro haverá de comporta-se não simplesmente como um educador, mas, sobretudo, como um filósofo<sup>174</sup>.

A aula de 3 de fevereiro expõe mais claramente as dimensões políticas do curso, focando na relação entre o cuidar de si e o cuidar dos outros. A importância do Alcebíades no conjunto de diálogos de Platão vai ser destacada. O cuidado de si se torna instrumental em relação ao cuidado com os outros. Portanto, é para cuidar dos outros, saber governar, que é preciso cuidar de si.

Há três maneiras principais de perceber esta relação política entre si e os outros: (i) como finalidade, o ocupar-se tem o *telos* de tornar a si mesmo um sujeito político, “[...] entendido como aquele que sabe o que é a vida política, e conseqüentemente, sabe governar”<sup>175</sup>; (ii) como reciprocidade, já que salvando a si, salva-se a cidade e salvando a cidade, ajuda-se a cuidar de si, na medida em que se participa desta cidade, desta comunidade; e (iii) como implicação essencial, já que o cuidar de si implica num movimento de reminiscência, acessando a contemplação das verdades que se sabe<sup>176</sup>.

Mas se no Alcebíades o cuidado tem uma implicação política direta, porque o si não é um fim em si mesmo, senão que busca um cuidado com os outros, há uma sensível diferença quando em relação aos dois primeiros séculos de nossa era, que torna o cuidado de si exatamente um fim em si mesmo. Assim, em linhas gerais, o cuidado entre os gregos não é

<sup>173</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.164. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.127.

<sup>174</sup> Aqui Foucault narra as duas formas principais que o exercício da filosofia e do mestre filósofo foram praticadas: a escola e o conselheiro particular, cultura helênica e romana, respectivamente. E para a cultura helênica dos epicuristas, havia dois princípios éticos fundamentais da direção: a *pahrresia* (o franco falar, falar honestamente com a abertura do coração) e a amizade. Permanece a distinção entre a retórica, como prática apenas de convencimento e a própria filosofia, como luz, razão e amizade. Cf. Idem, p.169. No original, p.132.

<sup>175</sup> Idem, p.216. No original, p.169: « *entendu comme : celui qui sait ce que c’est que la politique, et qui par conséquent peut gouverner* ».

<sup>176</sup> Idem, p.216-7. No original, p.169-170.

o mesmo entre os romanos, e não será, por certo, igual a um ou outro quando o cristianismo converter o cuidado em renúncia.

Mas Foucault identifica esta inflexão que permite que cada vez mais a questão sobre como viver bem, *tékhne tou bíou* – arte da existência, seja sobreposta pela questão de como ter acesso à verdade, pela transformação de si. E tomando a noção de cultura como conjunto normativo de valores hierarquizados, organizado como saber que exige dos indivíduos condutas regadas e sacrifícios por toda a vida, Foucault aponta para um verdadeiro aparecimento de uma cultura de si no período helenístico e romano<sup>177</sup>.

O tema da salvação é central nesta cultura de si, e salvação não tem só sentido negativo de afastar um perigo ou livrar-se da morte. A salvação resgatada por Foucault nos gregos é aquela que permite defender-se, proteger-se, portanto, salvação que é resistência, é estar alerta. “Salvar-se a si mesmo” será também escapar a uma escravidão ou dominação de que se está ameaçado, sendo restabelecido nos seus direitos, recobrando a liberdade e a independência; será igualmente assegurar a própria felicidade, a tranquilidade, a serenidade, etc<sup>178</sup>, avançando pelo período helenístico. Mas não será, de toda forma, o sentido assumido pela espiritualidade cristã, que inscreverá o tema da salvação junto daquele da morte<sup>179</sup>.

Assim, Foucault segue mostrando que há uma certa inversão em relação ao que foi proposto no Antiquidade grega, onde para salvar a cidade era preciso salvar a si mesmo. Esta

---

<sup>177</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.220-1. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.173: « Il me semble que si on appelle culture, donc, une organisation hiérarchique de valeurs, accessible à tous mais en même temps occasion d’un mécanisme de sélection et d’exclusion ; si on appelle culture le fait que cette organisation hiérarchique de valeurs appelle chez l’individu des conduites réglées, coûteuses, sacrificielles, valeurs et cet accès à ces valeurs ne puissent se faire qu’à travers de savoir : dans cette mesure-là, on peut dire qu’il y a eu véritablement, à l’époque hellénistique et romaine, une culture de soi ».

<sup>178</sup> Idem, p.226. No original, p.177.

<sup>179</sup> Depois de uma pausa, Foucault retoma a aula propondo que a plateia lhe faça questões. A primeira delas abordaria uma possível perspectiva lacaniana no discurso de Foucault, retrucando-lhe que entre Lacan e Heidegger, como os dois principais, talvez únicos, autores que se interrogaram sobre o sujeito e a verdade no século XX, sua abordagem se situa mais ao lado de Heidegger do que de Lacan, como sugere seu interlocutor. Uma segunda questão lhe invoca retomar a questão da rivalidade entre o cuidado de si e o modelo cartesiano. Sobre a primeira questão, para uma compreensão sobre a relação entre Foucault e Lacan, Cf. CHAVES, Ernani. **Foucault e a psicanálise**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988 e BIRMAN, Joel. **Entre cuidado e saber de si: sobre Foucault e a psicanálise**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

inversão indica no período helenístico que a salvação torna-se em relação a si, um fim em si mesmo. É para salvar-se que salvamos os outros e a si mesmo. A noção de amizade em Epicuro, inscrita no cuidado e como um fim não meramente utilitário, mas que busca certa salvação, com reciprocidade, felicidade e, também, como exemplo, a concepção estóica do homem como ser comunitário, invocariam esta prioridade do cuidado de si, que tensiona com o outro, mas constitui-se como um fim em si mesmo, para toda a vida, mesmo quando se é um príncipe, um imperador ou um soberano<sup>180</sup>.

A aula de 10 de fevereiro reforçaria de saída a ideia de uma ampliação dos espaços de cuidado para além da pedagogia e da política. Com isso, mais uma vez, Foucault marca a passagem do momento grego para o romano, demarcando com isso o acento na direção de um cuidado mais abrangente e também mais rigoroso. No centro desta nova cartografia do cuidado, encontramos o tema da conversão, que se inscreve na imanência do mundo vivido. É deste foco, do tema da conversão na cultura helenística, que Foucault contrapôs duas outras noções de conversão: a anterior, platônica; e a posterior, cristã.

A conversão (*epistrophé*) em Platão implicava na oposição entre este mundo e um outro, neste dualismo fundamental entre aparências e essências, imanência e transcendência, exige do sujeito que se desviasse das aparências, voltasse-se a si mesmo, reconhecesse a própria ignorância e transcendesse à verdade/ essência<sup>181</sup>.

A partir dos séculos III e IV da era cristã, a noção de conversão vai ser trabalhada como *metanóia*, que implica penitência e mudança. Implica partir de um momento, evento, lugar de ruptura decisiva e fundamental do sujeito, que lhe marca a passagem de um ser a outro, e faz com que haja uma renúncia de si mesmo em direção a um movimento de transcendência divina.

---

<sup>180</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.226-48. No original, FOUCAULT, M. *L'Herméneutique du sujet*, 2001, p.177-94.

<sup>181</sup> Idem, p.257-8. No original, p.201.

No meio destes dois períodos, Foucault situa o tema da conversão no período helenístico, acentuando suas diferenças. Começo pelo tema da ruptura, que tem, não só para Foucault mas também para este trabalho, uma posição de destaque. A ruptura que se vê operar no interior da cultura helenística não é uma ruptura que faz o sujeito renunciar a ele mesmo, mas uma ruptura em relação a seu entorno, àquilo que lhe desvia, operando uma liberação em relação a coisas exteriores e acentuando sua conversão, uma volta sobre si mesmo.

Converter-se, pois, é liberar-se. Este é um ponto fundamental, porque se para a *metanóia* cristã a conversão implica uma cisão dentro do sujeito que o transmuta em outro ser, apontando para uma trans-subjetivação, ao contrário, a conversão como liberação, que foca o prazer em si mesmo, e não só o prazer, como também o ato de fortalecer-se, pertencer-se, enfim, implica claramente em auto-subjetivação<sup>182</sup>. Aqui, encontro explicitado o núcleo que possibilita pensar em outras subjetividades, em subjetivações não assujeitadas.

A conversão do olhar merece destaque. Foucault tenta ressaltar que não se trata de simplesmente olhar certas coisas, ou de um olhar sobre si narcisista. É antes um olhar vigilante, é um olhar crítico que permite a cada um centrar sua existência. Foucault parece especialmente querer tocar num ponto exageradamente atual: o da mídia, o da exposição da intimidade, mas, sobretudo, a atitude que nos faz viver a vida dos outros, antes e no lugar de viver a nossa vida. Antes de abolir a curiosidade, seria direcioná-la como força útil, focando em conhecimentos que possam potencializar nossa liberdade, nosso domínio de si e completude, nossa meta.

Foucault se interroga: “como se estabelece, como se fixa e se define a relação entre o dizer-verdadeiro (veridicção) e a prática do sujeito?”<sup>183</sup> Retomará mais uma vez os cínicos, os epicuristas, os estóicos, os gregos e romanos. E identificará, no meio de todos esses

---

<sup>182</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.263. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.206.

<sup>183</sup> Idem, p.281. No original, p.220: « comment s’établit, comment se fixe et se définit le rapport qu’il y a entre le dire-vrai (la veridiction) et la pratic du sujet ? ».

discursos, a construção de um certo campo de saber que é útil em contraposição a um saber inútil. A utilidade residiria na capacidade do conhecimento transformar o ser do sujeito, portanto, na potencialidade do saber para se transformar em um *êthos*, em ação, vida e experiência. Mais significativo do que desprezar, portanto, outros saberes, é perceber, aqui, que a relação entre saber e verdade estará intermediada pelo *êthos*, por uma ação.

A ideia de um saber útil em contraposição a um saber inútil é lida nos epicuristas em termos de uma oposição entre *paideia* (a cultura geral que deveria distinguir o homem livre) e *physiología* (como o saber sobre a *physis*, sobre a natureza, que permite ao sujeito conduzir-se). A *physiología* dota o indivíduo de coragem, de ousadia e vitalidade na medida em que não teme os deuses, os infortúnios; na medida em que resgata um espaço de autonomia, de autarquia para o sujeito e também porque permite que os indivíduos se orgulhem de seus próprios bens, excluindo-se denotação puramente material. A *physiología*, portanto, se aproxima da *pahrresía*, como a franqueza, a coragem de fazer de sua ação sua verdade, escancarando-a<sup>184</sup>.

Na confluência de todo esse regate sobre o saber útil: a verdade. Não a verdade sobre o sujeito, mas uma verdade que modifique o ser do sujeito. “É preciso que esta verdade afete o sujeito, e não que o sujeito se torne objeto de um discurso verdadeiro”<sup>185</sup>.

Na semana seguinte, Foucault formula a relação de suas leituras com dois termos de suma importância para o quadro geral das ideias que propõe: deslocamento e retorno, como os movimentos próprios do cuidado de si. Deslocamento e retorno que fazem deste cuidado uma dobra de si em si. Deslocamento, retorno, dobra que implicam tecnologias, técnicas de subjetivação, práticas de si. O exemplo da navegação é identificado por Foucault como uma metáfora presente nas representações sobre governo, cura e cuidado até praticamente o Séc.

---

<sup>184</sup> FOUCAULT, M. A **Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.292-5. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.228-232.

<sup>185</sup> Idem, p.297. No original, p.233: « *il faut que cette vérité affecte Le sujet. Il n’est pas question que le sujet devienne objet d’un discours vrai* ».

XVI, quando a razão se impõe definitivamente. A pilotagem implica trajetória de um ponto que se está até um outro que se pretende alcançar, como meta, como porto seguro, passando pela aventura e riscos da própria vida<sup>186</sup>. “Quem quer passar além do bojador, tem que passar além da dor”, disse Fernando Pessoa<sup>187</sup>.

Eis então que Foucault nos interpela sobre a urgência de colocarmos novamente esta questão com o acento que ela exige. Avaliando que a modernidade teria fomentado várias tentativas, bem diferentes umas das outras, de buscar uma ética do eu, uma forma para a estilização da vida, como em Montaigne, Nietzsche, Schopenhauer ou o pensamento anarquista, impõe como decisiva a retomada da reflexão sobre uma ética de si como questão política fundamental, “se for verdade que, afinal, não há outro ponto, primeiro e último, de resistência ao poder político senão na relação de si para consigo”<sup>188</sup>.

Há a elaboração de três modelos de cuidado: o platônico, na representação do Alcebiades; o helenístico, com os epicuristas, cínicos, etc; e o cristão, ou ascético-monástico. De alguma forma, que Foucault se propõe a então elucidar, o primeiro e o último cobriram as contribuições do cuidado helenístico, não se podendo afirmar que houve, cronologicamente, uma evolução necessária entre os três. Qual seria então, o diagnóstico para tal supressão periódica?

Foucault aponta que o modelo platônico, da reminiscência foi resgatado dentro do cristianismo pelos movimentos gnósticos dos primeiros séculos da era cristã<sup>189</sup>, como

---

<sup>186</sup> “Em suma, vemos como nesta prática de si, tal como aparece e se formula nos últimos séculos da era chamada pagã e nos primeiros séculos da era cristã, o eu surge, fundamentalmente como a meta, o fim de uma trajetória incerta e eventualmente circular, que é a perigosa trajetória da vida”. FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.304. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.239-40.: « *Bref, en tout ceci vous voyez que, dans cette pratique du soi, telle qu’elle apparaît et se formule dans les derniers siècles de l’ère dite païenne et les premiers siècles de l’ère chrétienne, le soi apparaît au fond comme le but, le bout d’une trajectoire incertaine, et éventuellement circulaire, qui est la trajectoire dangereuse de la vie.* »

<sup>187</sup> PESSOA, Fernando. **Mensagem**. Segunda Parte: Mar Português. X. Mar Português.

<sup>188</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p306. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.241: « *s’il est vrai après tout qu’il n’y a pas d’autre point, premier e ultime, de résistance au pouvoir politique que dans le rapport de soi à soi* ».

<sup>189</sup> Neste aspecto, podemos também lembrar de Santo Agostinho como um dos responsáveis pela construção da doutrina católica apostólica romana, estruturado no dualismo platônico entre um mundo das essências, da luz e

instrumento para refutação das espiritualidades pagãs e panteístas que recobriam o período helênico e o caracterizavam pela fragmentação e pluralismo de concepções espirituais. Por isso, o prestígio histórico do período platônico é resgatado e ligado ao período cristão na construção de uma história que desqualifica o período helenista<sup>190</sup>. A filosofia ou a narrativa da história da filosofia consegue pelo helenismo passar batido, com poucas ou nenhuma referência, ensinado sempre como um período de dispersão e incertezas filosóficas.

Neste momento, Foucault articula explicitamente a questão da ética e da política, como problema atual, dentro da trama formada pelas relações de poder, governamentalidade, governo de si e dos outros e relações de si para consigo<sup>191</sup>. E o faz para repensar exatamente este – a articulação entre a ética e a política, que é um problema fundamental da contemporaneidade.

Na aula de 17 de fevereiro de 1982, Foucault ainda caracterizaria os três pontos fundamentais do cristianismo na articulação entre conhecimento de si e cuidado de si: “primeiro, circularidade entre verdade do Texto e conhecimento de si; segundo, método exegético para o conhecimento de si; enfim, renúncia a si como objetivo”<sup>192</sup>. O modelo helenístico, ao contrário, explorou as potencialidades de um cuidado que foi visto como “arte de si”<sup>193</sup>. Mas neste dia, o seu foco recai sobretudo nas leituras de Sêneca, permitindo a

---

da verdade e um outro errante, das aparências, do erro. Cf. “*La fondazione gnoseologica della metafisica agostiniana*” nos estudos de GARILLI, Giovanni. *Aspetti della filosofia giuridica, política e sociale di S. Agostino*. Milano: Dott. A. Giufreé, 1957, p.21 e ss.

<sup>190</sup> De fato, se retomarmos livros importantes de história da filosofia ou do pensamento ocidental, identificamos explicitamente a referência ao helenismo como um período de declínio filosófico, como na proposta de Bertrand Russell ou mesmo, ao ponto de não merecer sequer um capítulo próprio, como na história da filosofia de Will Durant, que reserva poucas linhas para passar de Aristóteles a Francis Bacon (todos esses dezoito séculos). Chega a ser pitoresca sua narrativa: “Mas quando a Grécia havia visto Queronéia em sangue e Tebas em cinzas, passou a ouvir Diógenes; e quando a glória havia partido de Atenas, ela estava no ponto para Zenon e Epicuro”. DURANT, W. **A história da filosofia**. Trad. de Luiz Carlos do Nascimento Silva, 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1996, p.90. Cf também RUSSEL, B. História do pensamento ocidental. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

<sup>191</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p.307. No original FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.242.

<sup>192</sup> Idem, p.311. No original, p.245: « *premièrement, la circularité entre vérité du Texte et connaissance de soi ; deuxièmement, méthode exégétique pour la connaissance de soi ; enfin, l’objectif qui est la renonciation à soi* ».

<sup>193</sup> Idem, p.313. No original, p.247 : « *art de soi-même* ».

Foucault investigar as relações entre conhecimento de si e conhecimento do mundo, em que medida uma arte de bem viver depende do saber.

A leitura de Foucault sobre Sêneca aponta para um movimento de buscar a natureza entre uma razão dos homens e uma razão de deus (que não tem ainda a denotação cristã), sendo o conhecimento da natureza o conhecimento do próprio mundo, aquele que permite ao sujeito olhar o mundo de cima, do topo, de ponto em que ele se veja no mundo. A própria metáfora hermenêutica de ser-no-mundo (*dasein*). Portanto, é um movimento de deslocamento imanente na natureza, e não transcendente/reminiscente<sup>194</sup> como propôs Platão, e que nos faz, do alto, enxergar a verdadeira dimensão das distâncias, das guerras, das conquistas e derrotas: um ponto, um ponto apenas na dimensão grandiosa do mundo. “Inserir-se no mundo e não ser arrancado dele, explorar os segredos do mundo em vez de se voltar para os segredos interiores, é nisto que consiste a ‘virtude’ da alma”<sup>195</sup>.

Eis então que nosso narrador encontra, nas leituras de Sêneca o princípio de uma liberação: atingir o conhecimento do mundo, de si no mundo, permite, lá do alto, ao olhar o mundo todo, escolher entre viver e morrer. Viver sempre na totalidade do mundo, e não apenas no que aparenta conveniente. A escolha não seria em fazer este ou aquele ato, em ser bom ou mau, a escolha envolve a plenitude de ser.

A busca pelo modelo helenístico, um modelo de ‘modalização espiritual do saber’, permaneceria na semana seguinte em Marco Aurélio<sup>196</sup>, que oferece um quadro de quatro preceitos fundamentais (*parástemata*), formados a partir de um movimento do sujeito de se debruçar sobre as coisas, num olhar infinitesimal: “definição do bem para o sujeito, definição

---

<sup>194</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p343-4 em especial. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p. 271.

<sup>195</sup> Idem, p.341. No original, p.269: « *S’insérer dans le monde et non pas s’en arracher, explorer les secrets du monde au lieu de se détourner vers les secrets intérieurs, c’est en cela que consiste la ‘vertu’ de l’âme* » .

<sup>196</sup> Idem, p.352 e ss.. No original, p.278 e ss.

da liberdade para o sujeito; definição do real para o sujeito”<sup>197</sup>. Em especial, o real é indicado como apreensível apenas pelo instante, o instante do acontecimento. O quarto preceito, que organizaria e garantiria uma reatualização dos três primeiros é de um nível diferente, e corresponde a uma série de exercícios espirituais que garantam “um fluxo de representações sobre o qual se exercerá um trabalho de análise, de definição e de descrição”<sup>198</sup>, operacionalizado pela memorização e verbalização do conhecimento para si mesmo.

Esta atitude de vigilância, de desconfiança sobre o fluxo contínuo e móvel das representações é um exercício necessário para que se possa separar os acontecimentos, valorá-los e reintroduzi-los, agora já analisados, na constituição do próprio sujeito. Para Foucault este movimento é muito diferente daquele empreendido por Descartes<sup>199</sup>, que é da ordem do método intelectual.

A partir de Marco Aurélio, ainda, ele formula, no princípio do presente como instância do real, o fundamento de uma liberdade para o sujeito, que é capaz de fragmentar movimentos contínuos e se perceber, no curso deste movimento, como um sujeito forte. Marco Aurélio e Sêneca são leituras para que Foucault possa destacar quatro condições para a espiritualidade: “deslocamento do sujeito, valorização das coisas a partir de sua realidade no interior do *kósmos*, possibilidade para o sujeito de ver a si mesmo, transfiguração enfim do modo de ser do sujeito por efeito do saber”<sup>200</sup>.

Interessaria a Foucault na segunda hora da aula de 24 de fevereiro examinar, a partir deste saber espiritual, os exercícios de espiritualidade, propriamente as tecnologias de

<sup>197</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p354. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.279: « *définition du bien pour le sujet ; définition de la liberté pour le sujet ; définition du réel pour le sujet* » .

<sup>198</sup> Idem, p.356. No original, p.282: « *un flux de représentations sur lequel on va exercer un travail d’analyse, de définition et de description* »

<sup>199</sup> Idem, p. 356. No original, p. 281.

<sup>200</sup> Idem, p.373. No original, p. 295: « *déplacement du sujet, valorisation des choses à partir de leur réalité à l’intérieur du kosmos, possibilité pour le sujet de se voir lui-même, transfiguration enfin du mode d’être du sujet par l’effet du savoir* » .

si, as formas de ascese (exercícios de si sobre si), concentrando-se, por questões metodológicas<sup>201</sup>, no séc. I e II.

E destas experiências, Foucault enuncia um de suas contribuições mais enfáticas da hermenêutica do sujeito: “A ascese não é uma maneira de submeter o sujeito à lei: é uma maneira de ligar o sujeito à verdade”<sup>202</sup> Portanto, ainda que alguns elementos do que será uma ascese cristã já estejam presentes no período helenístico, o fundamental é que são de duas ordens distintas, com escopos distintos: a ascese cristã é da ordem da renúncia, a ascese helênica é da ordem da constituição de si, que implica plenitude, felicidade e liberdade do sujeito em relação a si mesmo. Ao contrário de submeter à lei, a uma certa ordem, ela dota o sujeito de tecnologias e instrumentos de se modelar, de se constituir.

É o que acontece com os exercícios de *paraskeuê*, “que se poderia chamar de uma preparação ao mesmo tempo aberta e finalizada do indivíduo para os acontecimentos da vida”<sup>203</sup>. O exemplo do atleta foi amplamente usado. O atleta deve aprender e treinar, rotineiramente, os exercícios necessários para se defender e combater os males da vida, as adversidades, que são imprevisíveis. O bom atleta tem que estar sempre pronto. Munido de discursos (*logói*) situados numa racionalidade prática, que podem ser exercitados, que são transformados em ações, discursos persuasivos, porque impulsionam o sujeito a um deslocamento, o bom atleta deve praticá-los com a naturalidade de quem domina completamente o movimento, fazendo-o com espontaneidade.

Por fim, Foucault destaca que estes discursos exercitados têm ainda o caráter de socorro. Exercitamo-nos para estarmos prontos para que sejam aplicados com segurança e destreza, reatualizando-os no momento necessário. É quando a morte acontecer, a morte de

<sup>201</sup> Foucault adverte que não pretende afirmar que este é o momento de origem de tais práticas, nem tampouco seu momento mais importante. É somente por um apelo prático mesmo, por reconhecer que é um período rico em práticas variadas. Cf. FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito** 2004, p.382-3. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p. 302.

<sup>202</sup> Idem, p.383. No original, p.303: «*L’ascèse n’est pas une manière de soumettre le sujet à la loi l’ascèse est une manière de lier le sujet à la vérité* ».

<sup>203</sup> Idem, p.387. No original, p.306: «*c’est ce qu’on pourrait appeler une préparation à la fois ouverte et finalisée de l’individu aux événements de la vie* ».

um ente querido, que as *askésis* sobre a dependência dos outros, dos sentimentos, da serenidade possa aparecer como um discurso prático do sujeito, que não só ele enuncia, mas, sobretudo, que ele vivencia. E nesta modulação, Foucault mostra o momento em que a *paraskeuê*, entendida como “a transformação permanente dos discursos verdadeiros – ancorados no sujeito – em princípios de comportamento moralmente aceitos”<sup>204</sup>, transforma o *lógos* em *êthos*. “A *askésis* faz do dizer-verdadeiro um modo de ser do sujeito”<sup>205</sup>.

No mês de março, a aula do dia 3 retomaria a noção de *askésis* para distingui-la da ascese cristã na seguinte ordem das coisas: a *askésis* helenista assegura a subjetivação do discurso verdadeiro e a ascese cristã assegura a objetivação do sujeito pela verdade confessada. Na primeira, fortalece-se o sujeito, que se autoconstitui livre e eticamente. Na segunda, renuncia-se ao sujeito, que se submete ao outro. Este é o cerne da questão de Foucault para o curso daquele ano: “trata-se de encontrar a si mesmo em um movimento cujo momento essencial não é a objetivação de si em um discurso verdadeiro, mas a subjetivação de um discurso verdadeiro em uma prática e em um exercício de si sobre si”<sup>206</sup>.

Eis que, enfim, Foucault enumeraria as técnicas de si fundamentais para este movimento, que concerniam ao escutar, ler, escrever e falar. Escutar, na cultura greco-romana é o princípio da apropriação do *lógos*, é o que permite, inicialmente, fazer da *alétheia* (verdade) um *êthos* (conduta). Mas nos escritos de Epitecto, Plutarco e Sêneca a escuta tem uma natureza ambígua, entre o mais lógico e o mais passivo (patético). É preciso então, preparar-se para a escuta, controlar sua ambiguidade e passividade, através de três regras ascéticas próprias: a regra do silêncio, da gestualidade precisa e ativa do bom ouvinte e da atenção (memorização imediata). A escuta filosófica não se deixa ‘encantar’ pelos cantos da

<sup>204</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p394. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.312: « *c’est la structure de transformation permanente des discours vrais, bien ancrés dans le sujet, en principes de comportement moralement recevables* ».

<sup>205</sup> Idem, p.395. No original, p. 312: « *L’askésis fait du dire-vrai un mode d’être du sujet* ».

<sup>206</sup> Idem, p.401. No original, p. 317: « *Il s’agit de se rejoindre soi-même avec, comme moment essentiel, non pas l’objectivation de soi dans un discours vrai, mais la subjectivation d’un discours vrai dans une pratique et dans un exercice de soi sur soi* ».

retórica, dos ornamentos, pelo impulso da tagarelice, pela impaciência e agitação do corpo. A escuta requer um corpo preparado, um ouvinte cuja postura estimule o orador a continuar a falar e que, estética e eticamente, sinalize sua (in)compreensão – gestualidade ativa e precisa do ouvinte. Requer igualmente o silêncio concentrado do ouvinte, que seja capaz de absorver e maturar o que foi dito/ouvido, antes de se por a discutir tudo que ouve. Requer, finalmente, a atenção necessária para reter/memorizar o *logos*, e perceber, ouvindo a própria alma, onde a verdade ouvida operou sua transformação no próprio sujeito: atenção em olhar ao redor e olhar para si, ouvir o exterior e a si mesmo<sup>207</sup>.

A hora seguinte estaria reservada às práticas da boa leitura/escrita e da fala. Foucault é direto: os exercícios de escolher bem as obras, retirar-lhes apenas o essencial, o necessário, resumi-las e copiá-las, para memorizá-las. Memorizar as passagens principais não com o objetivo de conhecer a obra de um autor, de repetir o que ele diz simplesmente, mas com o intuito de meditar<sup>208</sup>, de aprender e, portanto, de se transformar com o lido/escrito. É mais uma vez sobre o próprio sujeito que a técnica visa operar.

Ademais, a escrita ajuda à transformação da alma. O diário e a troca de cartas são exemplos do que historicamente esta tecnologia da escrita pode representar para filósofos, pesquisadores, escritores, poetas, políticos, sem desprezo pelos anônimos.

A fala entra como um momento delicado, mas que completava o exercício da leitura/escrita. Ler para si mesmo, pronunciar as palavras, reativando a escuta e incrustando na alma a verdade. Mas não havia um conteúdo obrigatório, o que marca uma diferença fundamental entre estas e as posteriores tecnologias cristãs<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p 402 e ss.. No original, FOUCAULT, M. *L'Herméneutique du sujet*, 2001, p.318 e ss.

<sup>208</sup> Vale ressaltar o registro que Foucault neste ponto faz do sentido de meditação, mais uma vez diferenciando-a do rumo tomado em nossos tempos e frisando que foi no sentido greco-romano, precisamente como “jogo do pensamento sobre o sujeito” e não o inverso, “jogo do sujeito com seu pensamento”, que Descartes empreendeu suas ‘Meditações’. Mais uma vez, a ideia deste marco de ruptura em Descartes, tantas vezes afirmado ao longo da *Hermenêutica do sujeito*.

<sup>209</sup> E aqui Foucault registra que quando a tarefa do dizer-verdadeiro sobre si mesmo foi inscrita no tema geral da salvação e das tecnologias da pastoral cristã, operou-se uma mudança fundamental na história da subjetividade

Mas a fala implicaria não somente este exercício de introspecção de si para consigo. Ela introduz para Foucault o tema da *parrhesía*, do franco falar, de uma atitude ética generosa de dizer o que se acha necessário, útil ao outro, portanto, numa atitude de coragem. O franco falar corresponderia do lado do mestre ao que a escuta opera do lado do discípulo. A generosidade de falar a verdade acentua o cuidado com o outro e consigo mesmo fora dos domínios dos julgamentos, das punições e da culpabilidade. E, neste sentido, Foucault destaca que a *parrhesía* é a forma necessária ao discurso filosófico.

Este é o tema desenvolvido durante as horas do dia 10 de março<sup>210</sup>, *parrhesía* como ética, *parrhesía* como técnica. O falar francamente não guarda compromisso com o convencimento. Ele não se situa na ordem da lisonja ou da retórica, os dois grandes adversários moral e técnico da *parrhesía*. Se seduz, seduz no sentido de que se reconhece a importância do mestre, a importância deste dizer-verdadeiro, não exatamente porque é agradável o que se escuta. Aliás, o saber, quando imprime no sujeito uma transformação, não o isenta de dor.

A relação com a lisonja, de oposição frontal, não é a mesma em relação à retórica, de cautela. Foucault reconhece que a retórica pode ser para a *parrhesía* um parceiro ambíguo. De um modo, sempre muito perto da lisonja, refutável. De outro, enquanto instrumento de um dizer claro, coerente, organizado, a retórica pode se aproximar da *parrhesía* sem que ela perca seu compromisso generoso e leal com a verdade. A *parrhesía* exige que se saia da relação com o outro cada vez mais livre. E é por isso que o sujeito retorna ao outro, não porque depende dele, mas porque por ele se torna mais livre.

Em Sêneca, a *parrhesía* toma a forma de uma conjectura aliada a uma transparência, rigor e incorporação dos discursos úteis. Como *libertas*, termo latino, a

---

ocidental, nesta história que liga sujeito e verdade. FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p 436-437. No original, FOUCAULT, M. *L'Herméneutique du sujet*, 2001, p.345-346.

<sup>210</sup> Idem, p 449 e ss.. No original, p. 355 e ss.

*parrhesía* torna-se a transmissão acabada do pensamento e comprometimento do sujeito com seu discurso. Foucault a resume como:

Palavra livre, desvincilhada de regras, liberada de procedimentos retóricos na medida em que, de um lado, deve certamente adaptar-se à situação, à ocasião, às particularidades do ouvinte; mas, sobretudo e fundamentalmente, é uma palavra que, do lado de quem a pronuncia, vale como comprometimento, vale como elo, constitui um certo pacto entre o sujeito da enunciação e o sujeito da conduta<sup>211</sup>.

Este comprometimento é fundamental. Ele permite anular o aforismo muito praticado nos tempos atuais, aforismo que é uma alienação e uma ausência de assumir responsabilidade que diz: ‘faça o que digo, não faça o que faço’. Pois bem, a *parrhesía* suprime a oposição entre o dizer e o fazer, dizemos francamente o que corajosamente fazemos.

Entendo que este é o ponto crucial da invenção de uma ética que não é tomada simplesmente pela enunciação de dizeres normativos que direcionariam a prática dos sujeitos, mas, ao contrário, é a prática que se é capaz de enunciar, que corresponde a uma vida estetizada, é esta fala generosa que potencializa a liberdade de si e do outro, que formaria um corpo de condutas exemplares, desejáveis, permutáveis. Não estaria, pois, no *logos* a reflexão sobre o que deve ser, mas na imanência da ação, do que se é, do que se é capaz de ser.

Os fragmentos de uma atitude *parrhesiasta* vão se somar aos elementos de uma ascética. Foucault investiga, na penúltima aula<sup>212</sup>, retomando seu ponto de partida sobre as relações entre cuidado de si e conhecimento de si no *Alcebiades* de Platão, as (des)continuidades entre o período grego, helenístico e cristão, mais uma vez. Se no período grego, o cuidado de si é coberto de certa forma pela importância do conhecimento de si, do conhecimento da alma, do controle e domínio do saber; se, ao contrário, no período helenístico, há certa prevalência do cuidado sobre o conhecimento, que se desdobra pela vida

<sup>211</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p 492. No original, FOUCAULT, M. *L’Herméneutique du sujet*, 2001, p.388: « parole libre, dégagée des règles, affranchie des procédés rhétoriques, en ce qu’elle doit, d’une part bien sûr, s’adapter à la situation, à l’occasion, aux particularités de l’auditeur ; mais surtout et fondamentalement, c’est une parole qui, du côté de celui qui la prononce, vaut engagement, vaut lien, constitue un certain pacte entre le sujet de l’énonciation et le sujet de la conduite ».

<sup>212</sup> Do dia 17 de março de 1982. Cf. Idem, p 501 e ss.. No original, p. 395 e ss

inteira, pela vida plena, pela vida de cada um, tornando-se uma *tékhne tou bíou*; o cristianismo, enfim, incorporará exercícios de ascese no sentido de construir uma vida completamente regrada, disciplinada, passo a passo em busca de uma verdade divina, que implica a renúncia ao mundo e a si mesmo.

No ano de 1982, o curso finalizou na aula de 24 de março<sup>213</sup>, onde Foucault empreende uma síntese sobre os pontos antes estudados: compara o período grego aos textos filosóficos do séc. I e II; sintetiza as três grandes formas ocidentais da reflexividade, a saber, a reminiscência, a meditação e o método; denuncia a ilusão da historiografia filosófica contemporânea, que ignora o cuidado de si como princípio para o conhecimento de si e faz, da história ocidental, apenas a história do conhecimento; ressalta, entre os gregos, como prova do sujeito, o primado da memória e o vazio ontológico-ético do futuro; os exercícios estóicos sobre o futuro, iminente, possível, certo.

À última hora deste dia, e da *Hermenêutica do sujeito*, estaria reservada a uma reflexão especial sobre a meditação a respeito da morte, sobre o sentido da ascese filosófica e sobre os desafios da filosofia ocidental: biotécnica, prova de si, objetivação do mundo. A reflexão sobre a morte nos leva a um julgamento do presente e valorização do passado, não propriamente a um pensamento sobre o futuro, mas sobre mim mesma, meu mundo e minha vida<sup>214</sup>. Os sentidos de uma filosofia na atualidade, nos cruzamentos entre um *bíos* e uma *tékhne*, não só levariam a uma investigação sobre as possibilidades do nosso sistema de saber objetivo, a própria objetivação do mundo, da prevalência de uma *tékhne*, mas também a uma reflexão sobre a experiência de si, do eu como sujeito ético da verdade, que se oferece a este mundo não como objeto de conhecimento, mas como o lugar de prova<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do sujeito**, 2004, p. 551 e ss. No original, FOUCAULT, M. *L'Herméneutique du sujet*, 2001, p.435 e ss.

<sup>214</sup> Idem, p.582. No original, p.460.

<sup>215</sup> Idem, p. 590-1. No original, p.466-7. O fechamento do curso contém assim, nesta interrogação sobre o sentido da filosofia, uma menção à *Aufklärung*, e nos remete, portanto, a um outro texto de Foucault sobre a crítica. Cf. FOUCAULT, Michel. O que são as Luzes? (1984). In: FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das**

Assim, Foucault nos lega a questão, de nos perguntarmos incessantemente: o que estamos ajudando a fazer de nós mesmos? Serviria como um mantra que nos permitiria estilizar a existência e encarar a vida como um *ethos*, uma atitude refletida da liberdade. Foucault nos obriga a pensar em um si imanente e recoloca a questão do sujeito e das subjetividades.

### 3.3 Tecnologias de si e constituição do sujeito

Como visto, ao estudar o sujeito moderno, Foucault pensava-o inicialmente como produto da dominação das técnicas de disciplina ou discursivas, que o objetivam. Só depois ele se volta para as técnicas de si, que ele define como “procedimentos que sem dúvida existem em toda civilização, propostos ou prescritos ao indivíduo para fixar sua identidade, mantê-la ou transformá-la em função de determinados fins, e isto graças a relações de domínio de si sobre si ou de conhecimento de si por si”.<sup>216</sup>

Ele distinguiu quatro grupos principais de tecnologias, cada um deles sendo matriz da razão prática: (1) tecnologias da produção de coisas; (2) tecnologias dos sistemas de signos (incluindo a utilização de sentidos, símbolos ou significações); (3) tecnologias de poder, que determinam a conduta dos indivíduos e os submetem a certos fins ou dominação, objetivando o sujeito; e (4) tecnologias de si, “que permitem aos indivíduos efetuar, com seus próprios meios ou com a ajuda dos outros, um certo número de operações em seus próprios corpos, almas, pensamentos, conduta e modo de ser, de modo a transformá-los com o objeto de

---

**ciências e história dos sistemas de pensamento.** Coleção Ditos e escritos II, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Elisa Monteiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005, p.335-351.

<sup>216</sup> FOUCAULT, M. **Resumos dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Trad. Andréa Daher, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p.109.

alcançar um certo estado de felicidade, pureza, sabedoria, perfeição ou imortalidade”<sup>217</sup>. Estes quatro grupos de tecnologias não operariam isoladamente. Foucault identifica uma relação entre as tecnologias de poder sobre os outros e as tecnologias de si que ele denomina governamentalidade<sup>218</sup>.

Entre as técnicas de si, encontramos um apanhado extenso, porém não exaustivo das práticas registradas tanto pelos gregos quanto pelos romanos. Como visto, a atenção voltava-se ora para o corpo, ora para a alma, ora para os sentimentos e relações sociais. No cuidado com o corpo, uma atenção especial aos exercícios físicos, que pudessem modelá-lo, dar-lhe vigor e resistência, mas também um cuidado com a saúde e nisto buscava-se preparar a rotina cotidiana, atentar para a alimentação, para o prazer sexual e o uso que se fazia dele, além de coordenar todas estas informações com os fatores climáticos, as estações do ano, permitindo uma vida prazerosa, saudável e duradoura<sup>219</sup>.

A ordem de cuidados com a alma incluía meditação, que poderia ser aconselhada através de um retiro, ou de exercícios diários. Além disso, a regularidade de leituras e estudos, tendo aqui o conhecimento filosófico um forte apelo. Havia também uma atenção especial ao sono<sup>220</sup>, tanto na preparação que o antecedia (que deveria incluir um rememorar do dia no intuito de apreciar os feitos, as faltas e também permitir, num ritual de passagem, a liberação da mente para sonhar), quanto nos sonhos que se poderia vivenciar, que tinham um significado hermenêutico e ao mesmo tempo diretivo do sujeito.

---

<sup>217</sup> FOUCAULT, Michel. Tecnologias de si. Trad. de André Degenszajn. In: VERVE, Revista semestral do nusol, **Programa de estudos pós-graduados em Ciências Sociais**, PUC-SP, n.6, São Paulo: o Programa, 2004, p.323-4.

<sup>218</sup> “Talvez eu tenha insistido demasiadamente nas tecnologias de dominação e poder. Estou cada vez mais interessado na interação entre si e os outros [...]” Idem, p.324.

<sup>219</sup> Um capítulo especial foi reservado ao tema da dietética. Cf. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade II: o uso dos prazeres**. Trad. Maria Tereza da Costa Albuquerque e rev. J. A. Guilhon Albuquerque, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984, p. 87 s. No original, FOUCAULT, Michel. *Histoire de la Sexualité II. L'Usage des Plaisirs*. Paris, Gallimard, 1984, p.127 e ss.

<sup>220</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade III: o cuidado de si**. Trad. de Maria Tereza da Costa Albuquerque e rev. J. A. Guilhon Albuquerque, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p.13 e ss. Neste ponto, Foucault discorre sobre esta temática do sono e dos sonhos em seu primeiro capítulo da História da sexualidade III, a partir do texto “A chave dos sonhos” de Artemidoro (séc.II d.C.). No original, FOUCAULT, Michel. *Histoire de la Sexualité III. Le Souci de Soi*. Paris, Gallimard, 1984, p. 11 e ss.

Na ordem dos sentimentos e relações sociais, as técnicas envolviam a escrita<sup>221</sup> aliada à preparação para a oratória. O exercício da escrita, na forma de cartas a mestres, tem um sentido filosófico forte: amor, amizade, sabedoria, estes elementos estavam ligados na prática de relatar ao mestre as próprias preocupações, a rotina cotidiana e as ações ocorridas. Neste relato, quem escreve se descreve, se mostra, se vê, se subjetiva. Também o cultivo da amizade exigia uma atenção especial, pois se reconhecia nesta relação uma fonte de prazer, sabedoria e felicidade.

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

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

### **3.4 Entre ética e direito: esboço de uma possibilidade**

A relação entre ética e direito é um ponto importante desta tese, havendo várias perspectivas de analisá-la. George Browne Rego<sup>222</sup>, por exemplo, analisa a problemática entre direito e ética fazendo igualmente uma comparação entre a perspectiva moderna e a antiga. Os filósofos por ele escolhidos, no entanto, são outros: Aristóteles, Thomas Hobbes e Jean-

---

<sup>221</sup> FOUCAULT, **Tecnologia de si**, 2004, p.334.

<sup>222</sup> RÊGO, George Browne. Três perspectivas da problemática direito e ética: Aristóteles, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n.10, Recife: Edição do Programa de pós-graduação em direito da UFPE, 2000, p.139-150.

Jacques Rousseau. Em suas conclusões, a convergência de uma crítica da visão moderna e a necessidade de se pensar em novos caminhos para o direito e a ética encontra guarida neste escrito que privilegia o pensamento de Michel Foucault.

É conhecida da tradição filosófica a relação e diferenciação entre ética, moral e direito, como regras de conduta e sistemas normativos. Por um lado o direito é uma espécie do gênero ética, entendida como orientação para a ação, o que nos faz supor que todo agir jurídico é também e sempre um agir ético; por isso, tanto o direito quanto a ética comungam a intenção de significarem ações positivas (no sentido do bom e do justo). Assim, de tempos em tempos, pretendem orientar a ação do indivíduo e da coletividade no sentido do que pode ser feito, do que deve ser feito e do que não deve, impondo limites à ação. Por outro lado, subsiste o debate em torno da natureza essencialista ou relativista da ética e do direito.

Mas, hodiernamente, pelo menos duas questões dificultam o entendimento sobre a relação entre ética e direito: (i) o apelo ainda presente de uma ética formalista, sem conteúdos, na esteira do imperativo categórico kantiano e ao mesmo tempo universal, é estéril quando se espera da ética que seja a orientação da ação circunstanciada; ao mesmo tempo e no mesmo sentido, a diferenciação do direito dos outros sistemas éticos, como a moral ou a política nas sociedades contemporâneas, tem significado um incremento nos mecanismos de procedimentalização, em detrimento da construção de critérios valorativos claros; (ii) aliado ao primeiro e admitindo a pretensão de universalização do direito como o último ambiente ético comum<sup>223</sup>, ocorre uma inversão de papéis: o direito passa a determinar o que é ético, o legítimo passa a ser o legal e, nesta ordem das coisas, o apelo instrumental reina soberano e assim, o direito, dominado pelo princípio da utilidade, do consumo, acaba contagiando a

---

<sup>223</sup> ADEODATO, João M. A pretensão de universalização do direito como ambiente ético comum. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João M. (orgs.) **Direito ao Extremo**: coletânea de estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

própria ética na direção de uma ética da necessidade<sup>224</sup>, em contraposição a uma ética da tolerância<sup>225</sup> ou do cuidado, como se pretende problematizar neste trabalho.

Por outro lado, pensar por categorias que o direito é espécie do gênero ética, se ajuda a estabelecer o elo inicial destas duas instituições, também bloqueia a análise de que o direito pode, frequentemente, e é esta a nossa suspeita, ignorar uma discussão quanto à prática de seus atores e continuar repetindo uma pretensa legitimação pela simples legalidade, ou pela complexa racionalidade de seu sistema. A justificativa de que se age conforme a lei seria suficiente para legitimar qualquer ação.

Mas, se a filosofia e teoria do direito não podem determinar um parâmetro ético sem cair no erro de um universalismo de valores sempre e sempre perigoso e aqui, tantas vezes criticado, por outro lado, o direito, no momento de sua concretização, é substancialmente influenciado pela intencionalidade e pelo compromisso de seus atores. Portanto, a reflexão sobre a ética permanece como uma instância necessária de legitimação da ação jurídica.

Ela se faz presente inclusive nas perspectivas que não tematizam diretamente o sujeito, como as análises sociológicas dos sistemas. Aldo Mascareño<sup>226</sup>, pretendendo encarar o desafio da crítica habermasiana, que aponta a exclusão de uma perspectiva interna às teorias sistêmicas de inspiração luhmmaniana, propõe-se a pensar a compatibilidade entre uma ética da contingência e um direito reflexivo, como parte de uma crítica mais geral às perspectivas racionalistas de uma ética universal. À ideia de um direito reflexivo, autopoietico e dinâmico,

---

<sup>224</sup> Cecília Pires, em seu livro *Ética da necessidade e outros desafios*, explicita a expressão usada, a partir da leitura marxiana sobre necessidade: “Como explicito, então, este conceito de ética da necessidade? É uma categoria que construo para identificar o estado de carência real de sujeitos ou de grupos sociais. [...] A ética da necessidade evidencia a racionalização das carências entre os excluídos sociais”. PIRES, Cecília M. P. **Ética da necessidade e outros desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p.26.

<sup>225</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Prefácio In: ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

<sup>226</sup> MACAREÑO, Aldo. *Ética de la contingencia por medio del derecho reflexivo*. In: SILVA, Arthur Stamford da (Coord). **Sociologia do direito**: na prática da teoria. Curitiba: Juruá, 2007, p. 203-239.

uma ética da contingência permitiria uma coordenação entre vontades, sem a necessidade de transformar a diferença em unidade, em princípio supra-sistêmico.

O foco também não recai na força do consenso como instância de definição de um ponto ótimo de comunicação. Uma ética da contingência não poderia eliminar a própria contingência como sua condição de possibilidade. Neste sentido, as escolhas, ainda que levadas a cabo pela ação dos indivíduos, permanecem como escolhas (sempre contingentes), não redutíveis a padrões normativos ou universalizáveis. Assim, o compromisso de uma perspectiva sistêmica que considera importante não perder de vista a ética acentua a dimensão da individualidade, como instância produtora de contingência. E, ao mesmo tempo, reforça um direito reflexivo como política de opções ou como regulação contextual<sup>227</sup>.

Portanto, agregar a este trabalho uma reflexão sobre a relação entre direito e ética, sob o prisma de seus atores, é um compromisso assumido com uma prática do direito que seja também uma reflexão sobre a liberdade, sem perder a potencialidade desta tensão.

As diferentes perspectivas históricas, entre ética e direito no passado greco-romano e no presente moderno, exigem algumas considerações. Não se poderia adotar a perspectiva de um objetivismo axiológico, a imaginar que existem valores objetivamente dados que o sujeito pode conhecer, como a perspectiva de Nicolai Hartmann<sup>228</sup>, nem a perspectiva de um imperativo categórico, como em Kant<sup>229</sup>, para quem as regras éticas podem ser deduzidas diretamente da razão prática por um princípio universal puramente formal. Então a saída é permanecer em Foucault, tomando a perspectiva da ética por este autor trabalhada a partir de um resgate da Antiguidade greco-romana.

Este resgate nos coloca um fator complicador: não é possível ter a exata compreensão do que foi a experiência antiga. Ainda que os relatos sejam abundantes e

---

<sup>227</sup> MACAREÑO, Aldo. *Ética de la contingencia por medio del derecho reflexivo*. In: SILVA, Arthur Stamford da (Coord). **Sociologia do direito: na prática da teoria**, 2007, p.235.

<sup>228</sup> ADEODATO, João M. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2005, p.151.

<sup>229</sup> KANT, E. **Crítica da razão prática**. Trad. Afonso Bertagnoli. São Paulo: Brasil Editora, 1959, p.66-7.

minuciosos, esta experiência estará sendo apreendida em um contexto onde a ética tem um sentido muito diferente. E, sendo coerente com uma postura foucaultiana, não se deseja transpor experiências, apresentar a Antiguidade como uma época de perfeição, mas colocando-a no seu devido lugar, de experiência histórica, tomá-la como possibilidade de vivência, para reinventá-la hoje. Se os “gregos sempre subordinaram a ética às ideias de felicidade da vida presente e de soberano bem [...] hoje, a felicidade não é pensada mais nos termos da moral antiga, mas em termos de eficácia técnica, de consumo”<sup>230</sup>

Quando resgata as experiências da Antiguidade, Foucault<sup>231</sup> pensa a ética como a forma refletida assumida pela liberdade. A ética é exercício da virtude, cuja origem está no exercício prático, na ação; “é a ação que dá sentido político à moral”<sup>232</sup>. Neste mesmo sentido é que podemos identificar o direito como *prudentia*<sup>233</sup>.

Nesta reflexão, propomos um dos caminhos para que o agir jurídico seja lastrado na ética, não em uma relação apenas de categoria gênero-espécie, mas como ação, para exercitar esta racionalidade ampliada que se apresenta como alternativa à razão instrumental, que teria incitado a se pensar o direito separado da moral ou de qualquer apreciação valorativa que o pudesse avaliar. A escolha não é na direção de uma ética de conteúdos, que pudesse ser definida aprioristicamente, ou contextualizada historicamente e evidenciada em consensos normativos. A escolha recai numa prática ética que se realiza na estilização da existência, na maneira refletida como o sujeito pode exercitar sua liberdade. Uma ética do cuidado, portanto, uma ética cujo alvo é o movimento pensado que o sujeito faz no curso de sua ação, assumindo as responsabilidades decorrentes de suas escolhas e movimentos.

---

<sup>230</sup> NOVAES, Adauto. Cenários. In: NOVAES, Adauto (org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 7-8.

<sup>231</sup> FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade (1984). In: FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**, 2004, p.267.

<sup>232</sup> NOVAES, Adauto (org.). **Ética**, 2005, p.9.

<sup>233</sup> FERRAZ JR., Tércio S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, 6 ed, São Paulo: Atlas, 2008, p.32-7.

Se pensarmos que as teorias na contemporaneidade precisam enfrentar a crítica<sup>234</sup> aos aspectos exageradamente formais ou instrumentais de uma racionalidade, as provocações foucaultianas, ao exigirem uma postura diferente do sujeito, o comprometimento com sua ação, nos faz pensar a própria subjetivação, a própria subjetividade. Esta é então entendida como o elo da relação entre direito e ética, entre o fazer jurídico e o fazer ético, mutuamente implicados. É no sujeito que age, no sujeito em *práxis*, que o direito pode se legitimar como ético.

Mas, no estado da arte das teorias que partem e propõem esta razão ampliada e este novo cruzamento entre direito e ética, há uma tendência a pensar a subjetividade como o suporte racional iluminista que igualaria as pessoas, habilitando-as a produzir consensos, pela capacidade de entendimento<sup>235</sup>. Se hoje produzimos consensos, experimentamos, antes, o conflito. E o conflito nos coloca diante do diferente. É preciso pensar a ética, não mais na sua dimensão normalizadora e homogeneizante de condutas individuais, mas como respeito às diferenças na relação com o outro.

A subjetividade, reforçamos, é tomada “como a maneira pela qual o sujeito faz a experiência de si mesmo em um jogo de verdade, no qual ele se relaciona consigo mesmo”<sup>236</sup>. É esta percepção da subjetividade, como uma maneira de atingir um agir, daquilo que estou sendo, que exploramos neste trabalho.

A questão é saber como permitir a emergência de formas diferentes de subjetivação, emancipadas e éticas, a partir ou para além deste estado de coisas? Pensando a

---

<sup>234</sup> Cf. SANTOS, Boaventura de S. **A Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência, V.1 (Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática). 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002. Contundente é a posição de Sloterdijk, elaborando no bicentenário da Crítica da razão pura de Kant uma crítica da razão cínica. Cf. SLOTERDIJK, Peter. *Crítica de la razón cínica*. Trad. Miguel Ángel Veja, 3 ed, Madri: Ediciones Siruela, 2006, p.18. Para uma aproximação entre Sloterdijk e Foucault, Cf. RAFFESTIN, Claude. **L’actualité et Michel Foucault**. EspacesTemps.net, Actuel, 08.03.2005. Disponível em : <http://espacestemps.net/document1172.html>. Acesso em 30/03/2007.

<sup>235</sup> Em certa medida, a posição de Habermas preserva este sujeito iluminista. Segundo Borges, “Habermas recaiu no ethos burguês”, frustrando, nas palavras do autor, o empreendimento de uma teoria crítica. BORGES, Bento Itamar. **Crítica e teorias da crise**. Porto Alegre: Edipucs, 2004, p.337.

<sup>236</sup> FOUCAULT, Michel. Foucault (1984). In: FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**, 2004, p.236.

ética no mundo contemporâneo, percebemos a existência dominante de uma ética da necessidade, como “uma ética cujo fundamento é a superação da escassez, sem um projeto emancipatório e sem o cuidado moral. É o oposto da ética da responsabilidade e da ética da solidariedade”<sup>237</sup>, lançando um desafio: a construção de um mundo que permita a convivência e a sobrevivência de formas de vida emancipadas.

Como visto nas linhas anteriores, no curso *A hermenêutica do sujeito*, a liberdade e a ética ganham um lugar privilegiado. Na Antiguidade ser livre era não ser escravo e, por isso, a liberdade tinha uma dimensão política. A liberdade não está fora da comunidade, não é puro arbítrio. A liberdade implica todo um modo de existência que envolve uma faceta privada, mas também uma vida pública, aquela que pode ser vista, tornada bela aos olhos dos outros, admirável e memorável.

A maneira como o sujeito se dobra, se olha e se examina tem, na Antiguidade grega, um sentido de reflexão sobre a ação e experiência<sup>238</sup>. Não é à toa que o homem livre, o cidadão, exatamente aquele de quem se esperava um exercício mais intenso deste cuidado, deste domínio de si, é um homem adulto, na faixa dos seus trinta anos: educado, experimentado na guerra, pronto para assumir as responsabilidades do casamento e procriar, filhos e ideias; cultivar, esposa e amigos; gerir a *polis*, ou dela participar. Não se esperava de um rapaz, mulher ou escravo zelo por esses cuidados. Esperava-se daqueles cuja experiência poderia servir de exemplo na comunidade, os homens livres.

Não há relação de poder sem liberdade e não há liberdade sem relação de poder. Lá onde a relação não se faz entre sujeitos, lá onde um dos pólos foi submetido à condição análoga de objeto, onde nenhum poder lhe é permitido, nem sequer uma resistência, o poder

---

<sup>237</sup> PIRES, Cecília M. P. *Ética da necessidade e outros desafios*, 2004, p.27.

<sup>238</sup> A propósito das modificações que empreendeu na decorrer da *História da sexualidade*, Foucault apresenta o núcleo do que entende por experiência: “O projeto era, portanto, o de uma *História da sexualidade* enquanto experiência – se entendermos por **experiência a correlação, numa cultura, entre campos de saber, tipos de normatividade e formas de subjetividade**” (grifamos) FOUCAULT, M. *História da sexualidade II*, 1984, p.10. No original, FOUCAULT, Michel. *Histoire de la Sexualité II*, 1984, p.11.

vira força, pura dominação. A noção de poder, que depois vai ser trabalhada por Foucault em termos de governo, exige que se preserve uma condição mínima: ainda que assimétrico e desigual, deve permitir a resistência, o não acatar, o não se submeter, o fazer cessar o governo. Em última e radical análise, deve-se preservar o poder de morte sobre si mesmo, como condição imanente da liberdade do sujeito.

A ética, assim, se inscreve nesta base de liberdade e permite ao sujeito efetuar um movimento refletido de sua existência. É uma ética centrada na subjetividade, mas tensionada pela presença do outro<sup>239</sup>. Foucault também procura resgatar a ética como pensada pelos gregos: não como um corpo de regras, códigos ou normalizações, mas inserida numa prática pública, na maneira como se constrói uma imagem e se preenche a existência.

Nesta altura, é preciso, para dar uma síntese à questão da relação entre ética e liberdade, socorrer-se de uma entrevista publicada em 1984. Ao contrário de outras obras, nos dois últimos volumes da *História da sexualidade* a transversalidade dos textos históricos com temas da atualidade é menor. Mas esta reflexão estará presente nos ditos – entrevistas e conferências - que Foucault proferiu naquele ano. A relação entre ética e liberdade é expressa da seguinte forma: “A liberdade é a condição ontológica da ética. Mas a ética é a forma refletida assumida pela liberdade”<sup>240</sup>.

Assim, estar o sujeito inserido nas relações de poder não o isenta da liberdade. Ela, enquanto ação dá mobilidade ao poder, criando resistências, subjetivações refletidas e éticas. Embora tenha empreendido um relato minucioso das tecnologias ou práticas de si, não é proposta de Foucault indicá-las como as maneiras pelas quais hoje se constitui o sujeito livre, à maneira do antigo. É uma compreensão do sujeito menos pelo conteúdo essencialista,

---

<sup>239</sup> A tematização do outro se encontra, entre outros espaços, na contribuição de Fimiani sobre o cuidado de si e o verdadeiro amor. FIMIANI, Mariapaola. O verdadeiro amor e o cuidado comum com o mundo. In: GROS, Frédéric. (org.). **Foucault: a coragem da verdade**, Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola editorial, 2004, p. 89-128.

<sup>240</sup> FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade (1984). In: FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**, 2004, p.267.

portanto, e mais pela estilização. Mais ainda, é uma compreensão do sujeito pela ação, por aquilo que concretiza em relação ao que pensa e ao que diz. Uma ênfase em estar atento, a si e ao mundo.

A noção foucaultiana de cuidado de si desloca a reflexão sobre a ética para um patamar diferente. A ética, como ação refletida da liberdade, exige toda uma atenção do sujeito para com ele mesmo, no trato que constrói com os outros. A ética, como movimento deste cuidado, implica num constituir-se, metamorfosear-se. A noção de liberdade apresentada por Foucault se aproxima muito da criação crítica, reflexiva e responsável que o sujeito faz de si e que dá a marca de sua ação para com os outros.

A percepção da subjetividade aqui lançada, de um sujeito que se faz sujeito, é então entendida como o elo entre o fazer jurídico e o fazer ético. Se abandonamos a aproximação conteudística como forma de legitimação do direito, para não cair nas tentações e perigos dos jusnaturalismos<sup>241</sup>, não abandonamos, contudo, a tentativa de achar alternativas que reforcem o olhar jurídico com posturas éticas.

A proposta aqui lançada, de pensar a ética como cuidado de si, permite um enfrentamento do direito pela prática dos operadores jurídicos. Não se está a pensar em um direito novo, um novo paradigma para o direito, mas uma reflexão sobre a ética que lhe possibilite renovar a prática jurídica. Em tempos de ativismo judicial e centralização de poder no Judiciário, nunca é demais acender a discussão em torno dos limites desta atividade, do comprometimento dos sujeitos, da responsabilidade desta função e esboçar, quiçá, os laços de uma relação desgastada pelo tempo.

---

<sup>241</sup> Estas tentações e perigos rondam o apelo à segurança e à ordem que um corpo superior de normas ou valores poderia conferir ao direito positivo, em termos de previsibilidade quanto ao seu conteúdo. A tentativa de subordinar o direito positivo a um corpo natural de normas conhece na história das ideias jurídicas uma antiquíssima origem, marcada, de forma clara, na *Antígona* de Sófocles. E mesmo com a emergência moderna “dos positivismos”, não cessou de alimentar adeptos e engenhosas teorias.

## ANTES DO CERRAR PROVISÓRIO DAS CORTINAS...

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

Enquanto resistência, as formas de subjetivação do sujeito que se constitui não podem ser fundamento para os direitos subjetivos, pois estes submetem o sujeito às relações de poder (em cuja superfície se apresenta o direito). Os direitos subjetivos estariam atrelados a uma *episteme* - aquela do período moderno – e, se uma ruptura estaria em curso, se Foucault pretende experimentar o desaparecimento do homem, então a superfície adquire uma espessura diferente, a partir da metamorfose de sua *episteme*. Não pode mais se apresentar como direito subjetivo.

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

O direito revela-se ainda preponderantemente ligado a esta *episteme* moderna, e em especial na questão dos direitos subjetivos, ecoando com muita força a crença no antropocentrismo, no homem como medida do mundo, e no direito como medida do homem.

No momento em que o direito se faz medida do homem, delimita (e funda) sua liberdade, estabelece o rol de caracteres de sua natureza, ou pelo menos daquilo que lhe é necessário para estar em comunidade, cria um modelo de homem. Para gozar da proteção do direito, é preciso se amoldar a este padrão: identidade. Não há auto-subjetivação, como pensou Foucault, mas assujeitamento.

Até mesmo em Merquior, que não poupa Foucault de nenhuma de suas agudas críticas, há a percepção deste sujeito em uma formulação (enfim) positiva, chamando-o de um *sujeito saudável* que não se alinha com a dominação social sobre o indivíduo<sup>242</sup>. Se é possível pensar em outras maneiras, autônomas, de se constituir, em uma outra subjetividade, é difícil pensar, por outro lado, que elas possam justificar direitos subjetivos.

Como vimos, toda a filosofia moderna e sua concepção de subjetividade (individualista, racional e nominalista) estão estruturadas com base em uma perspectiva abstrata do homem<sup>243</sup>, uma subjetividade soberana. O direito, a seu turno, apoiando-se nesta subjetividade solipsista, construiu a noção de direitos subjetivos como inerentes ao homem, como derivados ora de um conjunto de valores pertencentes a sua natureza, ora de condições necessárias à sua própria existência, como um bem que lhe garante a vida. Mesmo a teoria dos direitos fundamentais, que responde por um aporte mais sofisticado da teoria do direito, considerando a complexidade dos sistemas jurídicos, a necessidade de laborar com valores e o substrato racional qualificador das decisões jurídicas, abrindo um leque de possibilidades teóricas em torno das técnicas de interpretação, da questão da proporcionalidade, da

---

<sup>242</sup> MERQUIOR, J. G. **Michel Foucault ou o niilismo de cátedra**, 1985, p.213.

<sup>243</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**, 1977, p.134.

concretude de tais direitos e seu constante aprimoramento, dando ênfase ao caráter positivo, ainda assim, preserva a ideia de direitos subjetivos mais ou menos intacta.

A possibilidade anunciada por Foucault de um despertar do sono antropológico nos direciona para uma crítica contundente desta subjetividade e, conseqüentemente, dos direitos subjetivos. Mas, o despertar do sono antropológico não nos coloca a salvo de nós mesmos, porque ao acordar vem a sede, vem a fome: o vazio. Ao acordar nos vemos transformados. A estranheza de si, o impensado, que nos apavora e que nos obriga a ver o outro como a si próprio: um estranho. Que nos obriga a rever, a cada dia, o projeto de nós mesmos: metamorfose<sup>244</sup>.

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

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

Assim, embora os estímulos advindos de sua última fase sejam muitos, o acento de Foucault é mais forte na desconstrução do sujeito moderno do que propriamente na construção desta nova perspectiva de subjetividades. É difícil imaginar que Foucault consiga

---

<sup>244</sup> Oportuna é a imagem inicial de *A Metamorfose*, título do romance de Franz Kafka, cujo Gregor Samsa é sua personagem central, um anti-herói que, tal como enunciado, acorda um dia e se vê transformado em inseto. KAFKA, F. **A metamorfose**. Trad. Calvin Carruthers, São Paulo: Nova Cultural, 2002. Esta metamorfose deve ser entendida na radicalidade de Kafka: não há contínuo, não é simplesmente a mesma coisa que se transforma, que toma uma outra forma, é mais que lagarta em borboleta: é um homem em inseto, o normal em monstruoso.

ele próprio ultrapassar a modernidade<sup>245</sup>. No sentido de *episteme*<sup>246</sup> que ele propõe, no sentido também do que o próprio Boaventura vai dizer, na modernidade estão todas as condições ou possibilidades para a emancipação, menos a própria emancipação, há os indícios para as rupturas, mas não estamos certos de que as rupturas já tenham se processado. Foucault ainda está na modernidade, não destoa de seu tempo, nem pode ser encarado como um visionário.

Isto é, no nosso entender, uma vantagem, que nos permite utilizar as ferramentas propostas por Foucault para tentar manejar com o campo jurídico na modernidade, afastando as recusas de quem rechaça Foucault por considerá-lo imprestável para o direito, no sentido de uma não viabilidade do projeto jurídico em Foucault. A saída, por agora, é acatar a prioridade de rever as bases desse humanismo moderno, na medida das críticas de Foucault e apostar, com o melhor dos otimismo, na capacidade de invenção das pessoas, na possibilidade de ascense que permita uma estética da existência, o emergir da singularidade de um cuidado consigo que reinvente o cuidado com o outro. A metamorfose de um agir ético que possa ser compartilhado, que prescindia de um tal modelo de homem e que contamine o direito, não como seu fundamento, mas como prática.

---

<sup>245</sup> Aliás, neste ponto, Rouanet é enfático ao dizer que Foucault é um pensador da modernidade, que não recusou todos os seus ideais, sobretudo a busca da emancipação e da felicidade, recusando com propriedade o iluminismo ‘filantrópico’, devoto, para dar vazão à crítica, à ontologia do presente tão bem diagnosticada no texto de Kant sobre as Luzes. Cf. ROUANET, Sérgio P. **As razões do iluminismo**. 2 ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p.217 e ss.

<sup>246</sup> O termo é cunhado por Michel Foucault para indicar as condições históricas de possibilidade de um certo pensamento, dentro de uma perspectiva não linear de história e progresso. Daí porque a ideia de transição (que garante alguma continuidade) é superada pela proposta mais radical de uma ruptura de epistêmê. Outros arranjos históricos, inter cruzados por novas relações de poder reconfiguram a rede do conhecimento e possibilitam a criação de outros saberes. FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**, 1981.

## **INTERVALO**

*Juntar o Direito à poesia já é uma provocação surrealista.*  
*Luis Alberto Warat*

**OCIDENTAL**

**A missa**

**A miss**

**O míssil**

*José Paulo Paes*

## **Gramática**

*(Sandra Peres / Luiz Tatit)*

O substantivo  
É o substituto do conteúdo

O adjetivo  
É a nossa impressão sobre quase tudo

O diminutivo  
É o que aperta o mundo  
E deixa miúdo

O imperativo  
É o que aperta os outros e deixa mudo

Um homem de letras  
Dizendo idéias  
Sempre se inflama

Um homem de idéias  
Nem usa letras  
Faz ideograma

Se altera as letras  
E esconde o nome  
Faz anagrama

Mas se mostro o nome  
Com poucas letras  
É um telegrama

Nosso verbo ser  
É uma identidade  
Mas sem projeto

E se temos verbo  
Com objeto  
É bem mais direto

No entanto falta  
Ter um sujeito  
Pra ter afeto

Mas se é um sujeito  
Que se sujeita  
Ainda é objeto

Todo barbarismo  
É o português  
Que se repeliu

O neologismo  
É uma palavra  
Que não se ouviu

Já o idiotismo  
É tudo que a língua  
Não traduziu

Mas tem idiotismo  
Também na fala  
De um imbecil

*Pois toda arte é infância. Arte significa saber que o mundo já é, e fazer um. Não destruir nada que se encontra, mas simplesmente não achar nada pronto. Nada mais que possibilidades. Nada mais que desejos. E, de repente, ser realização, ser verão, ter sol. Sem que se fale disso, involuntariamente. Nunca ter terminado. Nunca ter o sétimo dia. Nunca ver que tudo é bom. Insatisfação é juventude.*

*Rainer Maria Rilke – sobre a arte, em Cartas do poeta sobre a vida.*

## **Outra Noite**

Outra noite  
Outro sono  
Como se eu sonhasse o sonho  
De outro dono  
Outro fumo, uma outra cinza  
Outra manhã

Mordo a fruta  
Outro é o sumo  
Ando pela mesma casa  
Com outro prumo  
Outra sombra, outono  
Chuva temporã

Será que já não vi  
De modo impessoal  
E em tempo diferente  
Um dia estranhamente igual  
Dias iguais  
- Avareza de Deus  
Passando indiferentes  
Por estranhos olhos meus

Outros olhos  
No teu rosto  
Vou falar teu nome  
E já teu nome é outro  
Outra bruma  
Sombra de outro sonho, alguém  
Na manhã de junho  
Outono, outubro, além

**Chico Buarque**

## O OUTRO

só quero  
o que não  
o que nunca  
o inviável  
o impossível

não quero  
o que já  
o que foi  
o vencido  
o plausível

só quero  
o que ainda  
o que atença  
o impraticável  
o incrível

não quero  
o que sim  
o que sempre  
o sabido  
o cabível

eu quero  
o outro

*(Chacal)*

## Traduzir-se

Uma parte de mim  
é todo mundo:  
outra parte é ninguém:  
fundo sem fundo.

uma parte de mim  
é multidão:  
outra parte estranheza  
e solidão.

Uma parte de mim  
pesa, pondera:  
outra parte  
delira.

Uma parte de mim  
é permanente:  
outra parte  
se sabe de repente.

Uma parte de mim  
é só vertigem:  
outra parte,  
linguagem.

Traduzir-se uma parte  
na outra parte  
-que é uma questão  
de vida ou morte-  
será arte?

**Ferreira Gullar**

## Noções

Entre mim e mim, há vastidões bastantes  
para a navegação dos meus desejos afligidos.

Descem pela água minhas naves revestidas de espelhos.  
Cada lâmina arrisca um olhar, e investiga o elemento que a atinge.

Mas, nesta aventura do sonho exposto à correnteza,  
só recolho o gosto infinito das respostas que não se encontram.

Virei-me sobre a minha própria experiência, e contemplei-a.  
Minha virtude era esta errância por mares contraditórios,  
e este abandono para além da felicidade e da beleza.

Ó meu Deus, isto é minha alma:  
qualquer coisa que flutua sobre este corpo efêmero e precário,  
como o vento largo do oceano sobre a areia passiva e inúmera...

**Cecília Meireles.**

## Reinvenção

A vida só é possível  
reinventada.

Anda o sol pelas campinas  
e passeia a mão dourada  
pelas águas, pelas folhas...  
Ah! tudo bolhas  
que vem de fundas piscinas  
de ilusionismo... — mais nada.

Mas a vida, a vida, a vida,  
a vida só é possível  
reinventada.

Vem a lua, vem, retira  
as algemas dos meus braços.  
Projeto-me por espaços  
cheios da tua Figura.  
Tudo mentira! Mentira  
da lua, na noite escura.

Não te encontro, não te alcanço...  
Só — no tempo equilibrada,  
desprendo-me do balanço  
que além do tempo me leva.  
Só — na treva,  
fico: recebida e dada.

Porque a vida, a vida, a vida,  
a vida só é possível  
reinventada.

*Cecília Meireles*

*Para entender nós temos dois caminhos:  
[o da sensibilidade que é o entendimento  
do corpo;  
e o da inteligência que é o entendimento  
do espírito.  
Eu escrevo com o corpo.  
Poesia não é para compreender,  
[mas para incorporar.  
Entender é parede; procure ser árvore.*

Manoel de Barros

## Amar faz todo o sentido

Das muitas formas de amar  
O meu pai ama com gestos, sonhos  
Ama com o olhar, cartas e lágrima.  
A casa, as raízes, os lugares  
Infinita sementeira  
O braço, o abraço  
Que me acalanta e fortalece.

Das muitas formas de amar  
A minha mãe ama com leveza, poesia  
Ama com o olhar, música e sorriso.  
Eu fico aqui, pequenina como sempre,  
Aprendendo a ser grande,  
perto de sua nobreza.

Amar faz todo o sentido.

*Qualquer lugar, eternamente.*

*Gabriela.*

*Eu escrevo sem esperança de que o que eu escrevo altere qualquer coisa. Não altera em nada... Porque no fundo a gente não está querendo alterar as coisas. A gente está querendo desabrochar de um modo ou de outro...*

*Clarice Lispector*

## **SEGUNDO ATO: TRANSFORMAÇÕES NO CENÁRIO JURÍDICO**

## CENA 4 O TRIBUNAL, O VEREDICTO E A CONSTRUÇÃO DE UM CERTO MODELO DE VERDADE: O SISTEMA JUDICIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM LASTRO NA RACIONALIDADE

Era possível ver, na distribuição dos móveis, nas cores (ou melhor, na ausência delas), nas vestes de seus atores, o peso sombrio e sisudo da Justiça! A sala do júri é ampla, mas suficientemente demarcada para que todos saibam logo o seu lugar. O juiz, ao centro mais elevado de um pequeno tablado, demarcado, frequentemente, pelo crucifixo. O réu, sempre vulnerável, até mesmo no fosso, no caso das construções mais antigas. De toda sorte, de costas para o público, de costas para a sociedade. Ao lado do juiz, em cadeira também solene, porém, com encosto proporcionalmente menor, o promotor, defensor da sociedade (não do sujeito que sofreu as consequências da ilicitude do autor, vamos bem lembrar). O cenário armado, jurados dispostos em um conjunto, um computador, muitos autos de processos, plateia e imprensa.

A cena, cuja arquitetura é atravessada por um misto de angústias, excitações e incômodos, repete-se, com algumas variações, nas salas dos júris do ocidente<sup>247</sup>, especialmente nos países da cultura da *civil law*. Este ícone do ritual da justiça que é o júri oferece a imagem para um modelo de jurisdição que se estabeleceu no Estado de direito. Nele,

---

<sup>247</sup> Um relato diferente sobre este momento pode ser extraído da cultura da *common law*: “essa celebração dos direitos dos indivíduos é confirmada pela ausência de degradação simbólica do acusado no processo americano. Ele não é posto a nu ritualmente, como na França, mas se apresenta vestido como quiser – frequentemente usando um terno, como seu advogado, sendo que algumas vezes é difícil distingui-los –, ele não fica necessariamente recluso, não fica isolado em um boxe, mas sentado a uma pequena mesa ao lado de seu advogado e, finalmente, não precisa responder ao juiz como se fosse a um confessor. Nada, no processo de *common law*, procede da ideia latina de uma confrontação com o sagrado”. GARAPON, A. e PAPADOPOULOS, I. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Trad. Regina Vasconcelos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.80.

se faz a encenação da tragédia cotidiana, recontada e narrada inúmeras vezes por seus diversos partícipes, mas, sobretudo, expiando a culpa, punindo e castigando<sup>248</sup>.

Pela estética, mais do que pela razão, pelo ritual, mais do que pelo fatos. Este é um dos pilares do sistema judicial de resolução de conflitos. Além deste, também a lei, a ideia paradoxalmente mística e racional da lei, como a verdade, o esteio de retidão. E não menos a ideia estrutural de Estado de direito e suas perspectivas que incorporam, por exemplo, a democracia. Sob o signo da lei, do ritual e da democracia, o sistema judicial de resolução de conflitos vai ser estruturado e fortalecido. O tribunal, o veredicto e a construção de um certo modelo de verdade: o sistema judicial de resolução de conflitos com lastro na racionalidade.

#### 4.1 Rememorando brevemente elementos de uma tradição

Na linha de Foucault, poderíamos tentar recompor, pela arqueo-genealogia<sup>249</sup>, as bases de formação deste espaço que confere à justiça a tarefa de expiação da culpa pelo ritual trágico do tribunal. Poderíamos encontrar o momento significativo onde as práticas passam a constituir o próprio saber, e o direito ocupa o lugar metafísico da redenção. Mas a tarefa empreendida agora é menor e pontual. Espero rememorar elementos de uma tradição que importem em servir de esteio para a análise do direito que pretendemos elaborar, sob o ângulo dos sistemas de resolução de conflitos.

---

<sup>248</sup> É preciso fazer um registro da permanência, nos espaços judiciais brasileiros, da figura da cruz, ou do Jesus crucificado. A despeito da laicização do direito moderno e da expressa previsão de liberdade de crença pela Constituição brasileira, a maioria dos tribunais antigos, mas também os novos, adornam as salas de audiência, plenárias de julgamento ou júri com suas imagens santas, não deixando cair o simbolismo da culpa, do pecado, da dor, sofrimento e da iluminação divina de seus juízes. A narrativa de Calamandrei é clássica: “o crucifixo não compromete a austeridade das salas dos tribunais; eu só gostaria que não fosse colocado como está, atrás das costas dos juízes. Deste modo, só pode vê-lo o réu.” Cf. CALAMANDREI, P. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.327.

<sup>249</sup> Conferir nota 24 e nota 88, sobre os conceitos de arqueologia e genealogia.

Assim, se pensarmos na trajetória do direito na modernidade é possível identificar o Iluminismo como um pensamento fundante para a criação do Estado de direito. Antes, porém, deste marco histórico, é possível afirmar que “o direito natural moderno está completamente sujeito ao encanto do conceito científico racionalista”<sup>250</sup>, e vai ser nesta linha desenvolvido.

A Revolução Francesa, ainda jusnaturalista, como de resto toda a tradição jurídica desde a Antiguidade, propõe a revisão do contrato social para instaurar a ordem liberal: direitos individuais indisponíveis que podem ser resumidos em liberdade, propriedade e igualdade perante a lei, num Estado de direito que contempla a separação dos poderes, neutralizando ainda mais a autoridade política – o povo, e deixando resplandecer a econômica, cujo exercício já era da burguesia.

Por isso, a vontade do povo, representado pelo parlamento, seria a lei e esta instauraria a ordem estatal, definindo-lhe limites. A razão, senhora de si, justifica o contrato social e põe ordem nas coisas, garantindo segurança. Não é sem sentido que, logo após a Revolução Francesa, instaure-se na França a escola da Exegese, sustentada pelo Código de Napoleão (1804) em sua vultuosidade legislativa. “Característico do impulso científicista que prima pela certeza, a atividade do jurista deveria ser a mais objetiva e neutra possível.”<sup>251</sup>

A reação mais contundente à Revolução Francesa partiu da Escola Histórica Alemã. Sem dúvida pesou bastante o fato da Alemanha, na época da passagem do séc.XVIII para o XIX, ser ainda um país descentralizado, feudal e aristocrata. Aqueles ideais de universalização e de liberalismo colocariam em xeque a manutenção do poder da aristocracia. No plano da filosofia do direito, é possível perceber que o acento na capacidade da razão

---

<sup>250</sup> KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (orgs) **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 84.

<sup>251</sup> CAMARGO, Margarida L. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.68.

sozinha fundar toda uma ordem jurídica e não só, sustentar o próprio homem, acaba sendo deveras exagerado.

Ademais, este é um momento de prestígio do romantismo alemão, o que de certa forma justifica seu conservadorismo diante da revolução. Um homem pessimista com a humanidade, incapaz de amar ao próximo como um ser universal (amando apenas aqueles que fazem parte de sua família, de seu mundo), movido muito mais por sentimentos, paixões e crenças culturais do que por ideais racionais.

O elemento no historicismo jurídico que desponta como fonte de coesão social é o *wolksgeist*, o espírito do povo (aqui a raça, a etnia), o elemento cultural. Cada povo uma cultura, cada povo uma história, cada povo um direito. Neste sentido, o afronte ao jusnaturalismo racionalista e, em contrapartida, a valorização do costume, como elemento de identidade popular. Nesta proposta, a escola histórica deixa aflorar todo o seu conservadorismo aristocrático.

Mas o contexto histórico é de aprimoramento da ciência jurídica, incluindo-se o método histórico-evolutivo e a expressão “vontade do legislador”. A contribuição alemã para a evolução do direito ainda contará com uma elaboração consistente do formalismo por Jhering<sup>252</sup>, que aliou a tradição pandectista ao cientificismo de Savigny, constituindo a dogmática jurídica como uma teoria autônoma do direito<sup>253</sup>.

O passo seguinte para o direito foi o despertar do positivismo, firmando-se dentro de uma metodologia dogmática. A ideia clássica de dogmática está inserida dentro do projeto de modernidade que vimos: o direito como algo dado, previamente estabelecido, definido, inquestionável, tal qual se pensou a razão.

O positivismo representa o paradigma dominante na cultura jurídica ocidental do século XX e continua a representar nesta primeira década do século XXI um aporte

---

<sup>252</sup> Este mesmo autor se insurgirá depois contra o formalismo que pregou em obras como *A luta pelo direito*.

<sup>253</sup> CAMARGO, Margarida L. **Hermenêutica e argumentação**, 2001, p.86.

consideravelmente presente nos currículos das escolas de direito e no posicionamento exarado nos tribunais. Seja como método para o estudo do direito, como teoria ou como ideologia<sup>254</sup>, o positivismo polarizou as discussões em torno do direito e do papel dos atores jurídicos.

Como método, o positivismo atende à necessidade de cientificidade no direito, tal qual a ciência modernamente se articula. Os imperativos de neutralidade, observação e estruturação lógica permitem identificar a ciência distinguindo juízos de valor de juízos de fato. Concentrando-se nos juízos de fato, o direito abandonaria as pechas moralistas ou partidárias de suas formulações, para finalmente conferir ao direito um método científico como as demais ciências<sup>255</sup>.

Como teoria, o positivismo define o direito em termos de coação, imperatividade, primado da lei como fonte do direito, agregando elementos de coerência e completude do ordenamento. Bobbio<sup>256</sup> ainda acrescenta o aspecto mecanicista da interpretação juspositivista, que se guiaria com critérios formais e silogísticos.

Do ponto de vista ideológico, o positivismo responderia por uma vertente extremada e outra moderada, quanto ao aspecto da obediência à lei. Por ser defendida como um dever, Bobbio<sup>257</sup> entende que seria mais apropriado falar-se em positivismo ético, seja extremado ou moderado. O positivismo ético extremado defenderia a obediência à lei como absoluta e um fim em si mesmo, já que o direito e a ordem são o próprio valor supremo. Em sua versão mais moderada, o positivismo ético apostaria na ordem e no direito como meios instrumentais de atingir os valores socialmente protegidos.

---

<sup>254</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Trad. de Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995, p.234.

<sup>255</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**, 1995, p.135.

<sup>256</sup> Idem, p.147 e ss.

<sup>257</sup> Idem, p.229-230.

De toda sorte, o fetiche pela lei não é exclusividade do positivismo, como se pode perceber da bela narrativa de François Ost<sup>258</sup>. Mas o positivismo faz da lei o dogma central do direito exatamente por trabalhar com todas as características identificadas como corretas ou seguras para o modelo de razão moderna: a lei é definida, é previamente estabelecida (como uma essência); a lei é neutra (e, portanto, realiza o sonho de pureza, de limpeza e de abandono das paixões e desejos empreendido pelo racional); a lei é geral (universal, é uma fórmula); a lei trata a todos igualmente (criando a identidade e eliminando o diferente, tal qual a razão absoluta).

Desta forma, a lei é dura, mas é a lei. Afastamos toda a discussão de justiça também porque afastamos da razão toda a sua subjetividade: ela está somente a serviço da ordem, da objetividade, da burocratização. Vencer as paixões humanas é superar o velho estado de natureza: a razão, assim como a lei, é fria e calculista. É o triunfo da razão instrumental sobre qualquer outra forma de razão.

A discussão da justiça, da ética, da moral, vai estar metodicamente separada da discussão do direito. E para que esta lei seja absolutamente neutra, deve ser proveniente de um poder suficientemente genérico que é o povo: daí o Estado de direito, o Estado liberal, cuja ordem política se submeterá à ordem jurídica por questões racionais (mas também econômicas, como as identificou Marx).

Este projeto de racionalidade no direito é um projeto contínuo de exacerbação das formas em detrimento dos conteúdos, cujo fim último e único é garantir segurança (ordem coletiva). Kelsen<sup>259</sup> é, portanto, um filho legítimo de seu tempo, em sua tentativa de construir uma teoria pura do direito, alicerçada no monismo jurídico<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. Trad. de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

<sup>259</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.352-3.

<sup>260</sup> Fica clara a violência deste sistema que constrói artificialmente uma ordem identitária, no aniquilamento da pluralidade, do novo, da diversidade, como propõem as leituras da teoria crítica.

Assim, a racionalidade da norma e a força soberana da lei vão creditar ao direito um elo com a verdade, com a certeza, com o conhecimento. E, se o juiz, nesta perspectiva histórica da modernidade, tem que estar atrelado ao ordenamento jurídico, pode, por sua vez, agregar à sua prática os atributos de poder, de segurança e de racionalidade que a aliança com a lei favorece. Embora do ponto de vista teórico o direito tenha francamente se laicizado, sobretudo com o abandono do direito natural racional, por outro, a força mística da lei não deixa de produzir seus efeitos, no sentido de conferir ao direito o espaço sempre privilegiado da autoridade, do poder e da subordinação.

#### **4.2 A legitimação estrutural do sistema judicial pelo Estado de direito**

O Estado de direito é uma formação típica da modernidade, respondendo a uma conjuntura política e econômica de forças característica do Estado liberal. Neste sentido, o Estado de direito contém um valor intrínseco, qual seja, “a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos”<sup>261</sup>.

Na perspectiva de contenção do poder absoluto, a eliminação da arbitrariedade passa, na doutrina iluminista, pela conjugação entre (i) separação de poderes; (ii) resguardo de direitos individuais indispensáveis ao funcionamento do liberalismo, tais como propriedade, liberdade ou igualdade no tratamento perante o Estado; e (iii) proeminência da lei tanto para o fundamento de legitimação das disposições do Estado, quanto no exercício representativo da titularidade original de tais poderes. O Estado de direito pretende, assim, sob o manto da

---

<sup>261</sup> “*La eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. Del estado de derecho al estado constitucional. In: **El derecho dúctil**. Trad. Marina Gascón, Madri: Trotta, 1999, p.21.

legalidade construída por um parlamento representativo do povo, submeter o poder estatal ao poder jurídico e com isso, criar uma correlação necessária entre Estado, política e direito<sup>262</sup>.

Alicerçou-se o Estado de direito sobre a ideia de legalidade. Mas a legalidade não pode ser entendida simplesmente como a existência de leis. Mais do que isso, exige-se, para além de serem feitas por um parlamento representativo, o reconhecimento de sua supremacia frente à Administração, a sua adoção como única via de regulação dos direitos individuais e, ainda, a existência de juizes independentes para resolver os conflitos entre administração e cidadãos exclusivamente com base na própria lei. Assim, a legalidade<sup>263</sup> perpassa pelos três poderes, como limite e possibilidade de suas atuações e, com isso, consolida-se a noção de Estado de direito como tipicamente liberal<sup>264</sup>.

Nesta configuração, a ideia de lei serve também como elemento homogeneizante para a organização do ordenamento jurídico. A hegemonia da burguesia que ocupava o parlamento significou, em relação ao poder Executivo e ao poder Judiciário, uma subordinação completa a seus interesses. Com isso, pouco se questionou sobre a coerência material das normas, ficando a noção de ordenamento vinculada a uma coerência deduzida do conjunto de leis e, mais uma vez, a legalidade se põe no espaço mais alto da configuração do Estado de direito. Uma legalidade que vai se fazer legítima em si mesma.

Como adverte Zagrebelski<sup>265</sup>, não se pode olvidar que a noção de Estado de direito soçobrou nos aspectos formais, a ponto de, retirando-lhe o valor intrínseco, qual seja, a

---

<sup>262</sup> Zagrebelski distingue quatro tipos ideais de Estado: sob o regime da força (absolutismo) do séc. XVII; sob o regime da polícia (séc. XVIII); o Estado de direito, próprio do séc. XIX; e por fim, o Estado Constitucional, típico do séc. XX. Cf. Idem, ibidem.

<sup>263</sup> Interessante e elucidativo é o *excursus* comparativo entre o Estado de direito continental e o *rule of law* britânico que aponta, como diferenças entre as duas concepções uma vocação do *rule of law* para uma concepção de direito como um processo inacabado, sempre em desenvolvimento, enquanto o Estado de direito tende a uma perspectiva universal e atemporal do direito. ZAGREBELSKY, Gustavo. Del estado de derecho al estado constitucional. In: **El derecho dúctil**, 1999, p.26.

<sup>264</sup> Para Comanducci, este Estado liberal representa um constitucionalismo forte, em contraposição a um constitucionalismo débil, cuja função legal é somente a contenção do poder existente, não perpassando, por exemplo, necessariamente, pela existência de direitos fundamentais. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. **Isonomía**, n.16, abril/2002, p.91

<sup>265</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Del estado de derecho al estado constitucional. In: **El derecho dúctil**, 1999, p.22.

limitação do poder frente a direitos dos cidadãos, permitir a identificação dos Estados totalitários com os Estados de direito. Esta identificação contribuiu, destarte, para a própria superação da noção de Estado de direito rumo ao Estado constitucional, decorrente da experiência limite das guerras mundiais do séc. XX.

É preciso ainda ressaltar que o positivismo jurídico contribui ideológica e metodologicamente para esta configuração formal e abstrata do Estado de direito. Identificando a ciência do direito com o estudo das leis e posteriormente das normas e, ao mesmo tempo, rechaçando a discussão valorativa, o positivismo se apresenta como ideologicamente neutro (no sentido de acrítico) e metodologicamente verificável e controlável, ou seja, racionalmente uma “verdadeira ciência”.

A redução da noção de Estado de direito aos seus aspectos formais, tanto na configuração do ordenamento jurídico quanto na fundamentação ideológica e metodológica do positivismo, ressalta a proeminência da noção de legalidade e, com isso, a progressiva diminuição das forças políticas (legitimidade) em relação às forças jurídicas (legalidade). Pouco espaço há para a democracia se fortalecer como elemento político e aglutinador da igualdade e liberdade.

A diferença que Zagrebelski faz entre Estado de direito e Estado constitucional, ressaltando que este ultimo representa uma ruptura em relação a diversas características apresentadas pelo primeiro, tais como a heterogeneidade do ordenamento (em contraposição à citada homogeneidade), a proeminência da Constituição com *status* normativo superior (em contraposição à supremacia da lei), necessidade de afirmação de valores (princípios) que possam, para além dos aspectos formais, garantir também um sentido material ao direito, é feita por Comanducci em termos de Estado constitucional e (neo)constitucional,

respectivamente<sup>266</sup>. Assim, as características arroladas até aqui para o Estado de direito podem ser vistas também como indicativas de um Estado constitucional.

A transição que acontece para o Estado (neo)constitucional pode ser compreendida a partir das condições de constitucionalização apresentadas por Guastini<sup>267</sup>: (1) Possuir o Estado uma Constituição rígida, cujo processo de modificação seja mais dificultoso (em relação à lei) ou até mesmo impedido, contrapondo-se às constituições flexíveis; (2) Garantia Jurisdicional da Constituição, ou seja, o controle da conformidade das leis à Constituição pelo Judiciário, seja no modelo difuso ou concentrado, in abstracto ou in concreto; (3) A força vinculante da Constituição, em toda a sua extensão, inclusive no tocante a normas programáticas ou princípios; (4) A ‘sobreinterpretação’ da Constituição, ou seja, a exploração de sua potencialidade normativa a tal ponto de se poder extrair inúmeras normas implícitas e garantir que não há espaço de discricionariedade ao legislador, que não pode regular ou dispor sobre direitos que não estão previamente referidos na Constituição; (5) A aplicação direta das normas constitucionais, em estreita conexão com sua força vinculante, permitindo que a regulação possa se dar exclusivamente pela constituição nos casos em que a lei não disponha; (6) A interpretação conformativa das leis, em relação à Constituição, partindo-se do pressuposto que cada texto normativo permite várias interpretações, deve-se buscar aquela que se harmoniza com a Constituição; e por fim (7) A influência da Constituição sobre as relações políticas, permitindo ao Judiciário operar um controle das

---

<sup>266</sup> A utilização dos termos constitucionalismo e (neo)constitucionalismo é não só polissêmica como inclusive confusa pelos autores interessados. O próprio prefixo neo (no sentido de novo) junto ao termo dominante (constitucionalismo) já aponta um espaço significativo de confluências, de renovação, de retorno. Porém, ao mesmo tempo, enquanto novo, ele também é original, diferente. Assim, Zagrebelski (1999) e Guastini (2003) falam em constitucionalismo enquanto Comanducci (2002) e Pozzolo (2003) falam em (neo)constitucionalismo, por exemplo. Aqui, o termo (neo)constitucionalismo será grafado sempre com os parênteses porque entendemos que as condições de diferenciação entre um Estado constitucional e outro (neo)constitucional dependem unicamente da posição e referências utilizadas por cada autor.

<sup>267</sup> Parece que Guastini não se propõe a assegurar que estas são as únicas condições de constitucionalização, nem garante sua lista por uma farta pesquisa empírica nos sistemas constitucionais ocidentais. Preocupado em afirmar que o sistema italiano atende a estes pressupostos e que, portanto, estaria constitucionalizado, Guastini nos fornece, no entanto, um conjunto satisfatório de características e sugestivo do processo de constitucionalização, identificados também no caso brasileiro. GUASTINI, Ricardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trad. Afonso García Figueroa. Madri: Trotta, 2003, p.50 ss.

razões políticas, portanto, um controle da esfera de discricionariedade dos demais poderes, a partir das ideias de razoabilidade e ponderação.

Pois bem, estas características evidenciam, de fato, um deslocamento de centralidade do poder Legislativo para o poder Judiciário na configuração do Estado constitucional. Com a justificativa de garantir condições de estabilidade para a vivência de um regime de direitos, livre e igual, democrático, as desconfianças são inicialmente focalizadas com vigor no Executivo (efeito, talvez, de uma experiência recente de regimes autoritários e totalitários no ocidente) restando o Judiciário como um poder isento e confiável, estável e técnico, portanto, adequado para os padrões dos valores modernos.

A discussão política, por sua vez, tem que se realojar num espaço público fragilizado e em reconstrução. Como se a própria confiança na política estivesse sob suspeita, sob a pecha de uma discussão ideológica polarizante, a defesa de direitos humanos e direitos fundamentais surge como uma bandeira isenta de partidos, a princípio. Uma bandeira global, uma bandeira universal.

Por outro lado, as demandas sociais por direitos já consagrados nos ordenamentos jurídicos acendem a discussão sobre a importância de sua realização, concretização, garantia. A Constituição torna-se o texto, o Judiciário seu guardião. Há todo um panorama propício para a fomentação do (neo)constitucionalismo.

Mas, de que (neo)constitucionalismo estamos falando? Comanducci<sup>268</sup> em sua análise metateórica, distingue três perspectivas: uma teórica, outra ideológica e uma terceira metodológica. Como referência, utiliza as perspectivas de análise de Bobbio em relação ao positivismo. Este paralelismo com os estudos sobre o positivismo de Bobbio tem uma razão de ser: na diferenciação entre constitucionalismo e (neo)constitucionalismo, defende que o primeiro sempre foi substancialmente uma ideologia, sem precisar refundar os planos

---

<sup>268</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. *Isonomía*, 2002, p.96-97.

metodológico e teórico que continuaram positivistas, aliás, como hegemonicamente a ciência do direito se apresentou nos séc. XIX até meados do séc. XX. Por outro lado, o (neo)constitucionalismo vai mais além quando, ao sustentar a conexão necessária entre direito e moral, apresenta-se não só enquanto ideologia e metodologia, mas também enquanto teoria fortemente oposta ao próprio positivismo<sup>269</sup>.

A tentativa do (neo)constitucionalismo de superar as limitações do positivismo não o coloca a salvo de críticas. Se o positivismo com seu exagero formal, normativo, esvazia o conteúdo do direito a ponto de permitir a identificação do Estado de direito com os Estados totalitários, por outro lado, não é menos perigosa e autoritária a perspectiva (neo)constitucional de confiar na racionalidade iluminada de um juiz capaz de encontrar a resposta certa, proporcional e verdadeira para cada caso concreto, baseando-se na polissemia valorativa dos princípios. Mais uma vez, deslocamos o poder mas não o partilhamos. E sem pulverização de poder não há democracia. É sobre os *déficits* de democracia que nos deteremos agora.

#### **4.3 Déficit de legitimação democrática do direito: do decidir ao partilhar**

Evidentemente só o radicalismo do realismo norte-americano pode sustentar que o direito é (no presente do indicativo) aquilo que o juiz diz que ele é. De resto, a proposta forte do (neo)constitucionalismo é reatrelar o direito à moral na tentativa de legitimar as escolhas e decisões dos juízes. Embora ele decida, determine (crie e concretize) o que é o direito, ele o faz inspirado pelos valores objetivamente lançados pela Constituição, ou seja, pelo próprio direito. Não se trata mais de sustentar uma subordinação metodológica à lei, mas de

---

<sup>269</sup> Este é o ponto central tomado por Pozzolo para ressaltar o caráter ambíguo deste (neo)constitucionalismo, ao defender a necessidade de, metodologicamente, permanecer a separação entre direito e moral, mesmo que se queira, do ponto de vista ideológico, superar as inadequações e insuficiências do positivismo legalista. POZZOLO, Susana. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo** (s), 2003, p. 187-210.

comprometer o Judiciário com uma Constituição que representa a unidade do direito, apesar do pluralismo valorativo que consagra em seu texto<sup>270</sup>.

Acontece que, se era fácil perceber os interesses de uma elite influente na elaboração das leis, mesmo sob o discurso de neutralidade e abstração normativa, não é difícil imaginar que este discurso constitucionalista e concretista também possa camuflar os mesmos interesses sectários, ou se entregar a uma aleatória moral dos juízes que supõem encontrar em suas elucubrações a decisão correta. A democracia passa ao largo desta concentração de poderes no Judiciário, exatamente porque se a democracia pressupõe um poder secularizado, dividido e paciente para permitir a participação coletiva, a crença nos juízes representa o seu reverso, de modo que a crença numa racionalidade competente está muito próxima daquela outra crença mitológica nos semi-deuses<sup>271</sup>. Não é à toa que a caracterização de Dworkin do juiz Hércules tenha caído tão bem.

Por isso, quando pensamos na tensão entre direito e democracia tal como colocada hodiernamente, o foco é mesmo a legitimidade da atividade jurisdicional. O que é o ato de julgar, interpretando um direito? Ou mais propriamente: o que é o ato de interpretar depois da virada hermenêutica? Em que medida é possível estabelecer controles à atividade decisional reaproximando direito e democracia?

---

<sup>270</sup> O que, aliás, dificilmente escapa de um paradoxo: como a Constituição, pleora plural de valores (até antagônicos) pode representar uma unidade, pode servir de referência à polissemia de significados que as decisões dos diversos juízes representam? Que força ela tem como baliza se pode, ao mesmo tempo, servir “a deus e ao diabo”? O caso brasileiro é ilustrativo: Com base nesta Constituição plural, tanto a defesa da propriedade privada (do latifundiário, estrangeiro até, que planta uma monocultura para exportação) quanto a sua função social (para fins de reforma agrária e erradicação das desigualdades sociais, fome e pobreza) encontram guarida. Em que medida pode-se falar em uma unidade? Para um possível enfrentamento desta questão, que discute a questão da igualdade e da democracia no quadro de uma sociedade pluralista, cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, São Paulo: Martins Fontes, 2006, cap.IV.

<sup>271</sup> Aliás, Barberis é enfático em sua conclusão: “*el ‘imperialismo de la moral’ que impregna el neoconstitucionalismo, desde este último punto de vista, parece comparable a la elección de un único dios: en este caso, un dios muy parecido a la divinidad celosa de la tradición judeo-cristiana. Una opción monoteísta, bien entendida, es perfectamente legítima, pero es siempre una opción [...] admitir la recíproca autonomía y el posible conflicto entre valores jurídicos y morales permite no sólo perseguir el objetivo de una relación equilibrada entre los diversos ámbitos de la práctica, sino también evitar el peligro de la tiranía de los valores*”. BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003, p.277-8.

Sem pretensão de esgotar o assunto, é preciso pelo menos definir: qual democracia? Decerto que não estamos pensando no modelo hegemônico representativo da democracia liberal centrada. Neste modelo, a apatia política (um dos vazios identificados) é tomada de forma positiva, já que a participação é vista de forma minimalista e concentrada na eleição de representantes.

Por outro lado, o valor democrático é reduzido ao procedimento, ao estabelecimento das regras do jogo<sup>272</sup>, de modo que ao mesmo tempo em que se propaga a democracia como uma ideologia pacífica e apta a gerir a complexidade das sociedades contemporâneas, esta democracia propagada está alijada de seu potencial de emancipação e participação, porque reduzida ao procedimento e este, ao momento eleitoral. A constatação da alienação da sociedade de massa serve de argumento para uma diminuição ainda maior da participação popular. É uma democracia cada vez menos democrática<sup>273</sup>.

A democracia que pensamos como referência para tensionar com o modelo jurisdicional de sistema jurídico é uma democracia participativa, valorizadora dos espaços públicos, dos momentos coletivos, propulsora de emancipação social. Decerto que esta perspectiva de democracia é mais teórica do que efetiva na história das instituições ocidentais. Sem querer entrar na tensão entre teoria e prática, o fato de ser contra-hegemônica não impede, no entanto, de servir como paradigma.

---

<sup>272</sup> Esta é a posição de Bobbio em sua obra *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Em especial, na parte dedicada à comparação entre democracia representativa e direta, onde faz uma longa defesa da primeira, ainda que tente aperfeiçoá-la, aproximando-a da segunda. BOBBIO. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

<sup>273</sup> Para uma análise aprofundada da questão, conferir Boaventura de S. Santos. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa* é o primeiro volume de uma coleção de livros cujo tema geral é a globalização alternativa, perpassando pelos projetos econômicos, culturais, epistemológicos, ecológicos, etc. O argumento central “é que o modelo hegemônico de democracia (democracia liberal, representativa), apesar de globalmente triunfante, não garante mais que uma democracia de baixa intensidade baseada na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e em uma inclusão política abstrata feita de exclusão social. Paralelamente a este modelo de democracia sempre existiram outros modelos, como a democracia participativa ou popular, apesar de marginalizados ou desacreditados.” SANTOS, Boaventura de S. (org) **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002, p.32.

Assim, tomando a participação como elemento democrático de análise, é perceptível o alinhamento do Estado de direito baseado no monismo jurídico, na supremacia da lei e na abstração normativa com o modelo hegemônico de democracia representativa. Soçobram elementos procedimentais ao tempo em que se esvaziam os elementos valorativos, contudísticos<sup>274</sup>.

Por outro lado, esta apatia política permite o reforço dos argumentos da técnica, da competência e da racionalidade de modo que a semente do (neo)constitucionalismo, que procura encerrar na figura do juiz estas qualidades, ganha terreno fértil. E se a política, em seu sentido mais ordinário, como gestão do espaço público, não é capaz de dar o tom à ética, é a moral particular, do mundo privado quem se avizinha do direito. Se o (neo)constitucionalismo é uma tentativa de responder criativamente a um positivismo superado, esta resposta afasta ainda mais direito e democracia, porque substitui, como critério de legitimação, uma representatividade política apenas formal por uma moral individual aleatória, quando não elitista, considerando a formação e classe social mais ou menos definidas dos juízes.

Mesmo se tomarmos a concepção hegemônica de democracia representativa, crendo (e isto é tão somente uma suposição) em seus elementos mais simplistas, o (neo)constitucionalismo só ganha voz onde a política estiver realmente muda. Pois de plano, a legitimidade democrática do juiz em termos de representatividade é ainda menor do que aquela do parlamento eleito, que delibera em turnos, por maioria simples ou qualificada, e cria a lei. Mas já descartamos o mito da democracia representativa e de “sua vontade geral” e o desafio democrático ganha outra dimensão.

O outro *déficit* democrático que identificamos toma como ponto de observação mais propriamente a atividade decisional, do seu ângulo interno. Do caso concreto (fático) que impulsiona o processo à decisão judicial, o que temos é uma atividade arbitrária de

---

<sup>274</sup> O alinhamento se faz igualmente com o positivismo jurídico, particularmente com o normativismo kelseniano.

determinação de sentido<sup>275</sup>. Explicando melhor: uma atividade arbitrária porque permeada por uma experiência, por uma subjetividade que é contingente, singular. O juiz como ator (não se fala mais em mero aplicador), este juiz criativo, sensível à ponderação de valores, este juiz que considera não só a lei, mas também valores, princípios, costumes, informações técnicas, periciais, etc, este juiz neutralizador de conflitos, enfim, este juiz (neo)constitucional tende a encerrar um feixe de poder cada vez maior. Concentração de poder aguça o *déficit* de democracia, já agravado pelo *déficit* de legitimação representativa de sua autoridade.

Por outro lado, o enfrentamento da questão hermenêutica, a percepção da atividade interpretativa inserida num movimento maior de compreensão, condicionada por uma tradição, mas, capaz de abrir horizontes, permite um novo fôlego na tentativa de aproximação entre direito e democracia. Quando a teoria da interpretação é colocada em evidência na trama entre direito e democracia, por exemplo, pelo fio da jurisdição constitucional, torna perceptível a necessidade de outros modelos pós-representativos de democracia, tal qual a democracia participativa ou deliberativa<sup>276</sup>.

Assim, reforçando o elemento democrático da participação, como critério para resgatar legitimidade na condução coletiva de sociedades comprometidas com igualdade e liberdade, torna-se necessário repensar e dimensionar novamente a atividade jurisdicional. Pensar inventivamente em que medida a decisão pode ser fruto de uma participação maior e

---

<sup>275</sup> Mesmo Kelsen pensa na interpretação como ato de vontade da autoridade competente, sendo clássica sua alusão à norma como moldura. Talvez por isso, sua pressa em finalizar o capítulo derradeiro de sua teoria pura, antes que esta afirmativa pudesse representar um furo pelo qual seu pensamento pudesse voltar contra sua própria teoria. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 1997, p.387 e ss.

<sup>276</sup> Especialmente em relação à democracia deliberativa, como um modelo passível de organizar e com isso ampliar a legitimação dos órgãos de jurisdição constitucional, Cf. JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. Separata. **Revista de Informação legislativa**, ano 42, n.165, Brasília, jan/mar 2005, p.30. Contrário à possibilidade da jurisdição constitucional ser reconhecida, de toda a forma, como democrática, está Waldron (*Derecho y desacuerdos*, 2005, p.351) que, através de uma crítica à Dworkin, afirma ser sempre pior à democracia uma boa decisão tomada por um órgão não eletivo do que uma má decisão tomada por um órgão democraticamente eleito que se serve de procedimentos democráticos. E finaliza: “*Tomar los derechos en serio, entonces, es responder respetuosamente a este aspecto de la otredad, y estar deseoso entonces de participar dinámicamente, pero como un igual, en la determinación de cómo debemos vivir conjuntamente en las circunstancias y en la sociedad que compartimos.*” WALDRON, Jeremy. *La concepción constitucional de la democracia*. In: *Derecho y desacuerdos*. Madri: Marcial Pons, 2005, p.372.

mais diversificada de atores, fruto de um comprometimento maior das partes, num exercício de partilha de poder e de escuta do outro.

É nesse sentido que tomo como instigante a tentativa de François Ost de pensar num Juiz Hermes, um juiz mediador capaz de partilhar a decisão com outros atores, com as partes, pensar no juiz comunicador, no juiz das redes. Um modelo que coloca a questão hermenêutica no centro da discussão entre direito e democracia, sensível à necessidade de estabelecer entre estes dois acervos, uma conexão frutífera, duradoura e recorrente.

#### **4.4 O mito do juiz e seus deuses: Júpiter, Hércules e Hermes**

Como colocado, os problemas da decisão e da legitimidade do ato de julgar<sup>277</sup> chamam a atenção para as polêmicas em torno do Judiciário e da atividade do juiz, de seus poderes e incumbências sociais, dos limites mesmo desta atividade na configuração de um Estado democrático de direito. Acendem, sobretudo, quando abandonada a segurança epistemológica do positivismo, ou mesmo das teorias da argumentação racionalizadoras, que propõem a existência de soluções cognoscíveis, controláveis, racionais e justas, como o modelo proposto por Alexy, ou o juiz Hércules de Dworkin. Acendem se partimos do problema hermenêutico, de indeterminação de sentido, de compromisso com a tradição, de enfrentamento da questão da subjetividade que não é só o exercício deliberado de uma escolha, mas a constituição do próprio sujeito, a sua imanência, a sua vida e ação.

---

<sup>277</sup> Aroso Linhares faz um apanhado significativo da pluralidade de representações e imagens que a atividade do juiz invoca através de seus discursos, que reverberam em metanormatividades teóricas dos estudiosos que de alguma forma tentam racionalizar tais discursos. LINHARES, J. Manuel Aroso. A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o 'testemunho' crítico de um 'diferendo'? in: **Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias**. Ano 2007-2008, n 12. p.101-120. Disponível em: [http://rhumanidades.ulusofona.pt/arquivo/nr\\_12/revista\\_humanidades\\_tec\\_ensaios.htm](http://rhumanidades.ulusofona.pt/arquivo/nr_12/revista_humanidades_tec_ensaios.htm). Acesso em 22/07/09.

François Ost propõe pensarmos, para a compreensão das teorias do direito que enfrentam a decisão, em três modelos de juiz. O primeiro deles é Júpiter, marcado pelo sagrado e pela transcendência, pela imperatividade da lei e seu caráter sancionador, pela estrutura centralizada e hierarquizada da pirâmide. Depois Hércules, numa alusão à construção de Dworkin, o juiz humanizado, mas poderoso, forte, submetido a um trabalho complexo e penoso de decidir todos os conflitos. E, por fim, Hermes, o juiz das redes de informação, o comunicador, o juiz do transitório, do fragmentário, o juiz ator de um jogo.

Aliás, é na proposta de uma teoria lúdica do direito que Ost insere o nosso juiz Hermes. Em artigo de título homônimo, propõe uma teoria do direito como jogo, que implica, quanto ao fundamento, em uma racionalidade alternativa, de ordem dialética e paradoxal, que possa fundar uma verdadeira teoria crítica do direito, para além das abordagens fundadas na dogmática<sup>278</sup>.

Entre as inúmeras especificações possíveis do conceito<sup>279</sup> de jogo, Ost concentra-se em três caracteres que se apresentam em cada caso sob forma de entrelaçamento dialético de dois pólos opostos: convenção e invenção, interior e exterior, representação e estratégia. Por ser dialética e paradoxal, a estrutura joga exatamente neste campo de forças<sup>280</sup>, sem estar fixada numa regulação *a priori* ou ser simplesmente aleatória, ou o produto da vontade do ator/jogador. Além de não poder ser reduzida a uma convenção ou invenção, o par interior/exterior aponta para a questão dos limites, das fronteiras, da configuração do jogo

<sup>278</sup> No original: « *Nous pensons en effet que le modèle ludique implique, quant à son fondement, une rationalité alternative, d'ordre dialectique et paradoxal, qui est de nature à fonder une véritable théorie critique du droit – une théorie que soit susceptible de constituer une alternative crédible à la compréhension dogmatique des phénomènes juridiques* » OST, François. *Pour une théorie ludique du droit. Droit et Société* 20/21, 1992, p. 95.

<sup>279</sup> Para Ost, a noção de jogo não coincide nem com aquela proposta por Derrida, onde o jogo tem um caráter onírico que produz uma disseminação de sentido que nenhum discurso ou instituição pode ordenar, nem o sentido proposto por Gadamer, que considera que são as regras que definem a essência do jogo. OST, François. *Pour une théorie ludique du droit. Droit et Société*, 1992, p.97.

<sup>280</sup> A respeito das forças no campo jurídico Cf. BOURDIEU, P. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico, in: **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz, 2 ed, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. Sobre a alusão ao poder como algo que não se detém, mas apenas se exerce, a um poder-relação, a um poder que se move, dobra-se e se desdobra em pontos, articulações, que se submete ao tempo em que supõe a própria liberdade, Cf. FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: **Microfísica do poder**. Org. e Trad. de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p.183, a título de síntese, já que a temática do poder perpassa toda a produção do autor.

como sistema e seu entorno. Entre exterior e interior, os limites existem, mas são móveis, flexíveis e reversíveis. Antes, porém, de adentrarmos na proposta de um juiz Hermes, interessa entender de quem ele se distingue.

O Juiz Júpiter estaria para o Estado de direito, para o Estado legalista, assim como o Juiz Hércules estaria para o Estado (neo)constitucional. Por isso Júpiter pode ser sintetizado, em suas palavras, em quatro pilares fundamentais: (i) monismo jurídico, (ii) soberania estatal, (iii) uma racionalidade dedutiva e linear e (iv) uma crença no progresso e na história orientadora da concepção de tempo<sup>281</sup>. Júpiter é o juiz do código, da legalidade e do ordenamento piramidal. Centrado, sobretudo, na vontade do legislador como critério interpretativo, Júpiter vai se confiar no caráter sistematizado de uma fonte hegemônica de normatividade que é a lei, na coerência lógica e na harmonia ideológica do sistema.

Hércules tem que carregar o mundo em suas costas. Em sociedades complexas, onde todas as relações estão permeadas por direitos, regulamentações, o juiz é convocado a participar das mais variadas controvérsias. Este é o peso de sua função, a pena que não expia, o perdão que não vem. Seu trabalho nunca é o bastante nas funções de conciliar partes, concretizar direitos, harmonizar interesses. Ele se desdobra, nas palavras de Ost, em um engenheiro social<sup>282</sup>.

Nesta função, ao tempo que Hércules tem um árduo trabalho, tem igualmente grande poder. Na incumbência de adequação constante ao presente daquele ordenamento construído pelo legislador, Hércules reinventa a lei para o caso concreto, normatiza cada conflito através de sua decisão, indo além de uma aplicação legal. Hércules manipula o ordenamento em sua engenharia e, em cada espaço, recria a obra, adaptada ao conflito, às partes, ao sentido do presente urgente. A centralidade da configuração do Estado agora recai no Judiciário e, pelo seu poder de intervenção, no papel do juiz. Pelo fato desta migração, a lei

---

<sup>281</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Trad. Isabel Lifante Vidal. **Doxa**, 1993, p.175

<sup>282</sup> Idem, p.177.

não funciona mais como fonte de justificação da decisão, senão que a decisão mesma é a fonte donde deriva a regra. A pirâmide é invertida e a efetividade, o factual, é condição necessária e suficiente para a validade, olvidando da legalidade e da legitimidade da regra. Está na ordem do dia o realismo<sup>283</sup>.

Assim, o juiz jupiteriano é aquele do Estado de direito, enquanto o juiz herculeano se faz presente no Estado (neo)constitucional. Deixamos para trás o modelo do código para adotar o do dossiê. Por isso, no lugar do monismo normativo, temos a proliferação das decisões particulares e no lugar do monismo político, temos a dispersão de sentido; a generalidade e abstração da lei são substituídas pela singularidade e o concreto do juízo; a pretensão de coerência lógica de uma racionalidade dedutiva e linear é substituída pela busca de uma coerência prática, de uma acomodação fática, implicando socorrer-se de outros saberes técnicos como a medicina ou contabilidade<sup>284</sup>.

A representação destes dois modelos como opostos, em suas diferenças radicais, não impede que as insuficiências de um não possam ser reavaliadas pelas críticas do outro. Ost<sup>285</sup> fala nos hibridismos que se construíram na tentativa de um modelo mais ajustado e que, de um lado nada impede que pressionado pelo povo, o modelo jupiteriano atenda e se atualize às urgências do presente e, por outro lado, Hércules não possa transcender sua condição humana e se apoiar em uma racionalidade superior, tal qual o Hércules de Dworkin, um juiz capaz de chegar à tão polêmica decisão correta. Destarte, mesmo estas tentativas de ajustamento não resolvem. Em seus lugares, Ost<sup>286</sup> propõe uma teoria do direito como circulação de sentido, adaptada aos tempos pós-modernos.

François Ost parte, então, da crise do Estado de direito liberal e do Estado de direito assistencial para realçar o grau alto de complexidade da sociedade contemporânea.

---

<sup>283</sup> Idem, p.178.

<sup>284</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. **Doxa**, 1993, p.179-180.

<sup>285</sup> Idem, p.180.

<sup>286</sup> Idem, p.181.

Alguns indícios lhe são evidentes. Em primeiro lugar, a multiplicidade dos atores jurídicos, para além do juiz, explicitando, inclusive, o papel ativo dos usuários e cidadãos na efetivação do direito. Um segundo indício diz respeito à relação sistemática das funções, desde o momento em que as instituições e agrupamentos são associados à responsabilidade do poder público, ou mesmo quando a justiça empresta à administração seus procedimentos e seu estilo.

Além destes dois, um terceiro indício, ligado à multiplicidade dos níveis do poder, não reduzido apenas ao par público (Estado) / privado (sociedade civil) característico do modelo liberal clássico, mas um verdadeiro emaranhado de justaposições de diplomas legais e de uma diversificação das ações juridicamente relevantes<sup>287</sup>. Mais que proibir, permitir ou obrigar, o direito também regula, projeta, indica, sugere, constringe. Abrem-se possibilidades de resolução alternativa de conflitos, fora do modelo judicial, como o caso da arbitragem, da conciliação ou mediação. Criam-se parcerias público-privadas, agências de regulação, enfim, a complexidade da sociedade e, conseqüentemente, das instituições, dos conflitos e das relações intersubjetivas criam um grande desafio aos sistemas jurídicos, aos seus atores e à própria democracia.

Não causaria estranheza, a partir do panorama pós-moderno, que o direito pudesse ser a um só tempo estável e instável, duro e brando, contextual e principiológico, sem fronteiras claras quanto ao que lhe é interno e externo. Um direito *dúctil*, como fala Zagrebelsky, ou mesmo um direito líquido, como fala Ost<sup>288</sup>.

Para François Ost, antes de norma, o direito é discurso e, enquanto tal, tem movimento, comunica, interliga, articula-se entre a regra e o fato, entre a ordem e a desordem. Entre o convencionalismo de Júpiter e a invenção de Hércules, Hermes adota uma postura hermenêutica, reflexiva. Dialético e móvel, o direito (como discurso) é um jogo.

---

<sup>287</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Doxa, 1993, p.184.

<sup>288</sup> Interessante a correlação que François Ost faz entre a alegoria de Hermes (grego) e Mercúrio (latino), com o fato de este mesmo deus ter emprestado seu nome a um metal líquido. Idem, p.187.

Enquanto jogo, o direito se legitima por uma mediação procedimental e neste sentido, a democracia garante, como experiência possível, a manutenção e ramificação da rede. Somente numa democracia é possível dar visibilidade ao ideal da participação igual, da participação constante, em tantas quantas forem as tramas do tecido social. Uma participação que se multiplica na medida em que os sujeitos assumem papéis diversificados e justapostos. E uma democracia deve ser entendida como um jogo aberto quanto à possibilidade criativa de seus participantes, mas fechado, ou pelo menos previamente estabelecido quanto às regras do jogo, quanto aos procedimentos, sem eliminar, por certo, de um lado, certa dose de acaso, sorte ou azar, e de outro, estratégias, raciocínios, previsibilidades, projeções. Que papel tem que ser assumido pelo juiz (aqui o nosso Hermes) neste jogo social?

#### **4.5 A alegoria de Hermes, o mensageiro, entre democracia e direito**

A mitologia nos acompanha desde sempre e, assim, parece que nunca deixaremos de nos colocar no princípio das coisas. Hermes é a alegoria da vez. E contando com total confiança dos deuses, torna-se seu mensageiro, porque poderia levar a informação a seu destino sem que ninguém além de seu destinatário pudesse interceptá-la. Conta-se que seu poder foi percebido quando, ainda muito pequeno, enganou Apolo, roubando-lhe o rebanho por amarrar no rabo de cada rês um galho de oliveira que apagava o rastro à medida do caminhar. Um tanto ardiloso este mensageiro, figura auspiciosa que se apresenta, agora, como nossa alegoria.

Auspiciosa, também, e encantadora é a figura do juiz Hermes elaborada por François Ost. Um juiz mediador, a princípio, um juiz mensageiro, cuja tarefa não é hercúlea, como o de Dworkin. Mas que se reconhece no seio de uma hermenêutica circular, que é o ser mesmo da linguagem. Que nos joga em movimento e nos obriga a mediar passado e presente e nos lançar em futuro incerto, em um horizonte aberto de possibilidades, e móvel.

Ao comparar os três sistemas de jurisdição, na figura do juiz Júpiter, do juiz Hércules e do juiz Hermes, François Ost parece atender ao apelo de quem<sup>289</sup> acusa a discussão em torno da jurisdição constitucional e do Estado democrático de direito de não ter enfrentado verdadeiramente o nó de *déficit* de legitimidade democrática que a configuração atual do que se pode chamar de vertente (neo)constitucionalista apresenta. O nó, não enfrentado, é a questão hermenêutica. Mediador, Hermes precisa fazer, em um plano meta-teórico, também o acerto de contas entre democracia e direito.

É preciso então esboçar, ainda que sumariamente, os traços desta atividade mediadora. Em primeiro lugar, compreender bem o sentido de mediação proposta pelo juiz Hermes de François Ost. O juiz mediador não é somente aquele que utiliza a mediação como técnica ou procedimento de resolução de conflitos. Entendo que o foco semântico desta palavra indica: (i) que é um juiz consciente da dimensão compreensiva da atividade interpretativa, ou seja, um juiz imerso na questão hermenêutica que encara o ser como linguagem. Assim, interpretar é mediar intersubjetivamente significados, é produzir uma comunicação sem ruídos, ou minorada em seus efeitos; (ii) que é um juiz, por isso e por uma postura mais democrática, que não se encastela no alto de uma torre de marfim, preso a dogmas e ciente de uma autoridade quase metafísica. Ao contrário, é um juiz mais mundano, ciente de suas limitações e da condição de co-autor na resolução dos conflitos, co-autor junto com as partes, testemunhas, peritos, advogados, promotores, etc; e, sem pretensão de exatidão, (iii) um juiz que busca procedimentos menos hierarquizados, não se colocando no vértice de um triângulo ou ângulo, mas entre partes, concentrado que está em alcançar o consenso prático, buscando para isso conciliar e mediar. É um juiz, enfim, que busca uma linguagem mais acessível e que espera alcançar a justiça através de uma prática humanizada, seja lá o que esta palavra possa lhe sugerir.

---

<sup>289</sup> Cf. JUST, Gustavo. *Interpréter les théories de l'interprétation*. Paris : L'Harmattan, 2005, p.28.

Por isso, Hermes se sobressai menos por sua autoridade de juiz, suas vestes e cenários, e mais pela capacidade que tem de atuar em um cenário democrático.

François Ost não resolve toda a complexidade e ousadia de suas ideias nos limites deste texto, ficando, explicitamente, muitas questões em aberto. Mas, decerto que Hermes não tem como característica mais evidente a força, a autoridade ou o poder capaz de identificar uma moral vigente, uma solução correta. Em Hermes, a evidência recai na habilidade no trato com as pessoas, a confiança no mensageiro, no mediador, que não é o porta-voz de uma verdade, a lucidez de um iluminado, mas a proeza do comunicador, daquele que constrói as pontes intersubjetivas. Hermes não tem nada a dizer por si próprio, seu papel é mediar, seu dom o ouvir e fazer os discursos circularem. Em algum momento, no entanto, Hermes terá que decidir.

As tensões entre democracia e direito são retomadas pelo paradoxo da decisão. Hermes ainda é um juiz, seu poder o de decidir. A tentação de assumir o posto de um juiz Hércules é grande. Ou melhor, o que nos faz acreditar que ele se desfaria de seus poderes hercúleos para se tornar um mensageiro, saindo de uma posição explícita na criação do direito para se colocar na posição mediadora de quem, embora com uma importância enorme, apenas ajuda as partes a transformarem seu conflito?

É esse hibridismo de um juiz mediador que entendemos a um só tempo encantador e ardiloso. Provavelmente, um juiz mediador possibilita mais espaço para a democracia no direito do que um juiz (neo)constitucional. Mas não basta adornar o sistema judicial com elementos de mediação ou democracia, sobretudo em tese.

Não há escapatória: o cerne desta questão revela que a aproximação entre direito e moral proposta pelo (neo)constitucionalismo, aproximação esta que se materializa na decisão judicial, na atividade do juiz, rende poucos tributos à democracia. Por outro lado, a democracia exige uma discussão ética, um comprometimento dos atores com valores de

participação e emancipação. Do ponto de vista procedimental, exige respeito às regras do jogo e respeito também à integridade dos participantes em suas posições ativas, e não como meros espectadores.

Mais do que uma habilidade pessoal de comunicador, Hermes tem que se comprometer com a democracia, num jogo de responsabilidades. Temos dúvidas da viabilidade de um juiz mediador, desta figura híbrida que precisaria balancear sua função decisória com um outro papel comunicador. Se a tentativa de François Ost era, com Hermes, chamar a atenção para a necessidade de mudança da postura judicial, ou para destacar positivamente a mediação, já nos é o bastante para justificar algumas linhas em torno de sua proposta e a ideia de explorá-la em suas potencialidades. Mas Hermes, por sua artilosidade em relação ao furto do rebanho de Apolo e por sua capacidade em negociar seu perdão, foi não só o mensageiro entre deuses e humanos, como também cultuado pelos comerciantes e ladrões. Não basta confiar em suas habilidades, é preciso estar, junto a ele, sempre alerta.

## **CENA 5 ESGOTAMENTOS E PERSPECTIVAS DE UM DIREITO JUDICIALMENTE ORGANIZADO**

A cena anterior apresentou, junto com a reflexão sobre democracia e a racionalidade típica do direito na modernidade, três fantasias possíveis para o mesmo ator. Júpiter, Hércules e Hermes são representações do juiz. E o juiz é o protagonista principal da cena que segue, cuja proposta é pensar em esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado.

### **5.1 Descortinado o sistema judicial pelo processo**

O passo agora será aquele de olhar para o processo na tentativa de percebê-lo como a dinâmica própria do sistema judicial. Decerto que não podemos falar de um modelo único de sistema judicial para o direito organizado no ocidente. As características, ainda que partilhadas por muitos países, recebem importância e manejo diferentes em função de uma tradição jurídica da qual participa, seja de *civil law* ou *common law*.

Em torno das diferenciações entre os dois sistemas a partir das experiências dos Estados Unidos e da França, Ioannis Papadopoulos e Antoine Garapon, respectivamente, permitem uma comparação bastante didática entre as duas culturas jurídicas, vistas como “uma dinâmica que assegura a cada sistema uma infinita capacidade de renovação e de adaptação ao inédito”<sup>290</sup>.

Para tanto enumeram doze elementos de diferenciação, assim identificados aos pares, respectivamente, entre uma cultura de *civil law* e *common law*: direito que vem de cima

---

<sup>290</sup> GARAPON, A. e PAPADOPOULOS, I. **Julgar nos Estados Unidos e na França**, 2008, p.267.

*versus* direito que impulsiona de baixo; centralidade *versus* descentralização; verticalidade *versus* horizontalidade; unidade da verdade *versus* concorrência de relatos; integração pelo interno *versus* divisão; desconfiança em relação aos indivíduos *versus* confiança nos atores; passividade das partes *versus* autonomia e ação das partes; direitos substanciais *versus* normas processuais; direito preexistente às relações *versus* preexistência das relações sociais; comando pelo direito *versus* regularidade social; poder incondicionado *versus* poder condicionado; instituição *versus* autonomia da sociedade em relação ao direito<sup>291</sup>.

Tomando as comparações que mais interessam a este trabalho, Garapon e Papadopoulos mostram que “a *common law* é, pois, construída como um instrumento ofertado aos atores privados, considerados – e até mesmo exigidos – por ela como autônomos”<sup>292</sup>. Com isso, o foco recai na ação individual e estimulam-se as iniciativas e as responsabilidades. Isto gera uma cultura de confiança nos atores, que são estimulados a transigir. Já na cultura da *civil law*, a desconfiança em relação aos atores vai exigir do juiz neutralidade e das partes grande passividade, explicando porque no direito francês “os compromissos não são muito apreciados, diferentemente do direito anglo-americano que frequentemente põe os atores em presença para que encontrem uma solução”<sup>293</sup>.

Do ponto de vista do desenvolvimento do processo, a *common law* se desenvolve mais em termos de um jogo, sendo o respeito às regras processuais o respeito mesmo às regras do jogo. A condição de igualdade procedimental permite um posicionamento mais claro e direto dos interesses subjetivos em jogos, cujas partes podem assumir suas posições de uma maneira mais enfática, promovendo o debate e arriscando segundo estratégias de oportunidade, econômicas inclusive. A lei desempenha um papel institucional para o direito continental, o que faz o processo se desenvolver muito mais como ritual, do que como jogo de estratégias abertas. A força da lei é a própria força do Estado, centralizado, de uma vontade

---

<sup>291</sup> GARAPON, A. e PAPADOPOULOS, I. **Julgare nos Estados Unidos e na França**, 2008, p.267.

<sup>292</sup> Idem, p.46.

<sup>293</sup> Idem, p.47.

soberana idealizada que representa um sentido de verdade. O processo, assim, no sistema de *civil law*, se desenvolve segundo uma lógica da racionalidade (e não da oportunidade), reforçando a própria coesão do sistema jurídico. A aplicação da lei é a reafirmação de todo o ordenamento soberano. Neste sentido, ao avaliar o papel do processo em relação ao júri, afirmam Garapon e Papadopoulos:

Uma cultura dramatiza a aplicação da lei, a outra, a confrontação de duas versões da realidade. Em um dos casos, o processo se assimila mais a um rito que deve responder à perturbação social e reparar a soberania ferida pela infração. No outro, é posto em cena o direito à faculdade de decisão do indivíduo e, para além dele, do próprio povo através do júri<sup>294</sup>.

Em relação a um modelo de racionalidade, o sistema de *civil law* se apoia na imagem e crença de uma deliberação que passa pela mão de muitos (em seu infindável sistema de recursos), enquanto que no *common law* se constrói a imagem de um juiz imparcial, que decide só e conforme sua convicção subjetiva, mas que é obrigado a “uma exposição exaustiva dos motivos que o conduziram, bem como por uma argumentação sólida, estruturada e explícita, que assume se exprimir na primeira pessoa do singular”<sup>295</sup>.

Em suas conclusões, afirmam os autores que

O tribunal americano, muito mais sóbrio que seu homólogo francês, é o lugar de um investimento coletivo que permite aos cidadãos reforçar o interesse geral ao buscar ativamente seus interesses privados, constituindo assim – por uma astúcia da razão jurídica – o bem comum da justiça. [...] Em suma, a *common law* compreendeu – e talvez seja este o aspecto que a torna jurídica – que, antes de indicar o mundo ideal da justiça, como se pensa na Europa continental, o direito é um *desvio* de si para si<sup>296</sup>. (grifos dos autores)

As perspectivas dos procedimentos em relação aos modelos jurídicos são, portanto, diferentes em função da tradição de *civil law* ou *common law*, sendo a realidade brasileira, aquela que temos condições de observar diretamente, preponderantemente um alinhamento com os países de *civil law*. Não se trata de uma escolha excludente, posto que é significativa e visível a troca de experiências que tem aproximado os juristas de uma e de

<sup>294</sup> GARAPON, A. e PAPADOPOULOS, I. **Julgado nos Estados Unidos e na França**, 2008, p.79.

<sup>295</sup> Idem, p.91.

<sup>296</sup> Idem, p.276-7.

outra tradição em todo o mundo. “O judiciário brasileiro, que historicamente combinou elementos dos paradigmas que orientam os modelos de *common law* e de *civil law*, não ficou imune às transformações que têm marcado a instituição por todo o mundo democrático”<sup>297</sup>.

Tradicionalmente, para a doutrina brasileira, o ponto de partida da teoria geral do processo é a noção de necessidade, conforme a narrativa de boa parte de seus colaboradores<sup>298</sup>. Situada nas formulações de uma Jurisprudência de Interesses típica do séc XIX, o direito é afirmado como o espaço da ordem e da busca por uma sociedade pacífica, ao tempo que constrói seu procedimento pautado em um sistema adversarial. Necessidade é carência. E lide é pretensão resistida, dizendo com Carnelutti<sup>299</sup>, pretensão a um interesse que encontra resistência na ação do outro. O conflito, portanto, precisa ser neutralizado em seu potencial transgressor, em seu âmago como resistência. Ao idealizar uma sociedade de iguais, é preciso perfilar interesses, perfilar subjetividades para encaixar na norma. O conflito precisa entrar no reino do jurídico e lá encontrar sua resposta, sua caracterização.

O ingresso no mundo jurídico, na moldura kelseniana não se faz sem uma dose substancial de mutilação. O que pode ser resolvido não é o conflito, não é a carência em seu estado de resistência. O que pode ser resolvido é somente o conflito jurídico. Se por detrás de uma separação ou divórcio existe o fim de um projeto comum, existe o abandono de uma proposta de subjetivação, existem vidas, rotinas e memórias, pouco disso pode de fato ser contraditado no tribunal. As ausências precisam ser reformuladas em responsabilidades. Desejos e sentimentos devem encontrar a justa medida do pátrio poder, da guarda. Voltar a usar o nome de solteiro pode ser uma ficção tola e ingênua para quem se casou assim que

---

<sup>297</sup> SADEK, Maria Tereza. Corpo e alma da magistratura brasileira. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 13, n. 38, Outubro 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69091998000300011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000300011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 23/09/2009.

<sup>298</sup> Cf. CINTRA et al. **Teoria geral do processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008; ROCHA, José Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2009; ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 12 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>299</sup> A referência ao conceito de lide de Carnelutti é um lugar comum nos livros de Teoria Geral do Processo na doutrina brasileira. Cf. ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**, 2009, p. 10.

atingiu a maioridade civil e alguma independência financeira, e construiu por algum tempo, uma década talvez, talvez mais, com uma identidade de casado, um outro nome.

O direito age, a nosso ver, de forma esquizofrênica: no caso concreto limita-se ao possível, impondo ao caso todas as limitações do real; mas o *status* que afirma, como discurso, como pensamento é outro, aspirando à totalidade, ordem, paz, resolução de conflitos. Talvez esta contradição se alinhe com aquela denunciada por Ovídio Baptista da Silva em relação à própria modernidade que, “tendo compreendido o homem como um ser histórico, considera, mesmo assim, a modernidade como eterna”<sup>300</sup>.

O direito judicialmente organizado é fruto do Estado de direito, da construção moderna da separação de poderes, a partir da qual é possível visualizar a atividade judicial em um poder. Julgar deixa de ser juízo e passa a ser procedimento. A ideia de procedimento aproxima o direito e o ato de julgar das esferas objetivas do conhecimento. Mas “o sonho racionalista, ao contrário do que as filosofias liberais procuram insinuar, possui um imenso componente autoritário, correspondendo a um modelo político propenso mais às tiranias do que a um regime democrático, como hoje tornou-se fácil perceber”<sup>301</sup>.

A razão moderna, que na figura do Estado é razão burocrática, impõe ao julgamento a fragmentação e especialização da técnica. O ato, a resolução do conflito é desfocado, é pulverizado e fragmentado em momentos sucessivos, em pequenos atos isolados e, em seguida, encadeados. O processo como reunião destes atos aspira ao todo. Mas a resolução, cadenciada por um tempo que não é o do conflito, por um tempo que é o tempo do Estado, da burocratização e do processo, neutraliza-se pela perda de sentido próprio.

O ritual judiciário proporciona a cada um – acusado, público, atores – a experiência de um espaço e de um tempo social puros, isto é, inteiramente representados e dominados, alterados nem pela distância nem pelo tempo. [...] O que o ritual leva à cena é a Regra enquanto forma e não tanto enquanto conteúdo<sup>302</sup>.

<sup>300</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.17.

<sup>301</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**, 2006, p.25.

<sup>302</sup> GARAPON, A. **Bem Julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário, Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p.107.

Assim, aquele caso, de tão específico e único, vai sendo dito e redito tal qual um caso já conhecido, cada ato repetido como em um processo padrão, passando a orientar-se por estratégias e lideranças alheias ao seu impulso original. Seus atores perdem a voz e, dublados por seus advogados, recebem a voz batida e familiar dos conflitos antecedentes. Mais do mesmo: o que se resolve não é aquele conflito, mas um conflito qualquer. E a moldura segue servindo, enrijecida pela monotonia de uma forma geométrica conhecida.

A justificativa final é conhecida de todas as esferas: a equação entre tempo e quantidade significa necessariamente perda da qualidade. Como o movimento contemporâneo é aquele de ampliar a quantidade de conflitos resolvidos judicialmente no menor tempo possível, no tempo que afaste impunidade e amplie eficácia, não se pode esperar do Judiciário um aprofundamento das questões, ou pelo menos em todas as questões, o que o obriga a ser seletivo.

Se a modernidade se projeta como eternidade, em parte se deve ao mecanismo, próprio de seu funcionamento, de adaptação e incorporação de seus pontos de resistência, ou da própria diferença. A crise do legalismo, corolário de um Judiciário retraído em seu papel criativo, foi resolvida com uma onda de ativismo judicial fazendo do Judiciário o protagonista principal de um modelo de cidadania que, já enfrentamos antes, contribui para o *déficit* da própria democracia. De um modelo a outro, no entanto, o direito permanece inacessível para grande parte dos sujeitos e principalmente, os conflitos restam postergados em soluções distantes, que explicitam as diferenças até intransponíveis entre “o direito dos grandes sistemas teóricos e aquele dos práticos forenses”<sup>303</sup>.

Nesta disposição contemporânea, o direito coloca o Judiciário numa posição central e desenvolve um sistema cujos processos de adaptação se alimentam pelas capturas dos novos pontos de criatividade e poder. É o caso da conciliação por via de mutirões, como

---

<sup>303</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**, 2006, p.35.

espaço não hierarquizado e desburocratizado de poder, que vai ser capturada pelo sistema judicial na tentativa de agregar à sua imagem esta nova performance, possibilitando aliviar as críticas por um acesso à justiça demasiadamente insuficiente.

Mas não só. Do ponto de vista da relação entre estes novos procedimentos de resolução e a própria ideia de representação político-democrática, cara aos modelos liberais de Estado, pode-se perceber um esvaziamento da noção de interesse geral, que se materializava na lei idealizada numa vontade geral, para um acento maior na própria noção de interesses de grupos, fazendo aparecer uma lei mais particularizada<sup>304</sup>.

É nesse sentido que um acento nos elementos tradicionais desta ideia de representação, na tentativa de superação desta ‘crise’, pode reafirmar os laços entre indivíduo, representação política e Estado, reforçando os critérios de identidade e respeito às regras do jogo - a noção clássica de cidadania. Mas outra saída poderia ser apresentada, na construção de uma perspectiva mais comunitarista, que recoloca a questão da representação dos interesses no quadro de uma democracia representativa liberal-pluralista<sup>305</sup>.

De qualquer sorte, no quadro de um processo de transição de uma concepção de lei generalista para uma concepção de lei particularista há que se reconhecer que as contradições socioeconômicas impedem a substituição simplesmente de um modelo pelo outro. Há que se reconhecer que se a auto-produção de subjetividade ressalta as diferenças entre os indivíduos e os obriga a buscar mecanismos de controle de seus conflitos que não importem em uma homogeneização de padrões normativos, por outro lado, as condições insuficientes de cidadania ainda colocam parcela significativa dos sujeitos a almejar condições de identidade e reconhecimento de direitos iguais.

---

<sup>304</sup> ALVIM, Joaquim L. de Rezende, e FRAGALE FILHO, Roberto. Contribuição para uma reconstrução analítica do percurso da concepção liberal de formação da lei ‘generalista’ em direção à concepção da lei ‘particularista’. In: MELLO, Marcelo Pereira de (org). **Sociologia e direito: explorando as intersecções**. Niterói: PSGSD – Universidade Federal Fluminense, 2007, p. 122.

<sup>305</sup> Idem, p. 124-126.

Quanto mais estivermos no alto da escala social, mais facilmente poderemos escolher e transitar por diferentes identidades, não sendo, por conseguinte, a cidadania uma questão central; mas, quanto mais baixo estivermos na escala social, mais a identidade (no singular) aparecerá como algo único e frequentemente imposto como tal. Neste caso, não teremos mobilidade para escolher e transitar entre diferentes identidades, com tudo isso conduzindo a uma percepção da cidadania como refúgio último e necessário.<sup>306</sup>

Neste cenário, portanto, não se trata de negar ao sistema judicial, nem ao direito processual a legitimidade para a resolução de conflitos. Mas, ao descortinar o sistema judicial, perceber suas deficiências, suas limitações e perspectivas.

## **5.2 Caminhos de modernização do Judiciário: a problemática em torno do acesso à justiça**

Quando a estabilização dos espaços políticos e sociais foi necessária ao desenvolvimento da economia, na consolidação dos Estados de bem estar do séc.XX, assistimos a movimentos diversos, em lugares diversos, de ampliação do acesso à justiça. Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>307</sup> podem nos fornecer um apanhado significativo de iniciativas que contribuíram para que se pudesse identificar uma problemática, uma preocupação em desenvolvimento sobre caminhos para fazer do Judiciário um protagonista na construção de uma sociedade menos desigual e não, como ficou de certo modo evidente e ainda o é, um elemento de diferenciação de classes sociais, de fomento de desigualdades de oportunidades e de reconhecimento de direitos a uns tão restritos que não havia como não compará-los como privilégios.

---

<sup>306</sup> ALVIM, Joaquim L. de Rezende, e FRAGALE FILHO, Roberto. Contribuição para uma reconstrução analítica do percurso da concepção liberal de formação da lei 'generalista' em direção à concepção da lei 'particularista'. In : MELLO, Marcelo Pereira de (org). **Sociologia e direito**, 2007, p.128.

<sup>307</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Os autores relatam experiências colhidas na cultura americana, francesa, alemã, sueca, italiana, inglesa, australiana, entre outras. Como se vê, a questão não diz respeito apenas aos países considerados economicamente em desenvolvimento, mas a todo o mundo ocidental, que se colocou, a partir do liberalismo e da construção de uma ordem constitucional democrática, no desafio de levar prestação jurisdicional a toda a sua população.

Massificar a justiça seria um passo importante não só para a consolidação de um modelo liberal de Estado, ainda que em sua versão mais protetora, como para a estabilização das tensões e conflitos próprios das sociedades contemporâneas, plurais, diversas e em transformação.

O conceito teórico de acesso à justiça evoluiu de uma perspectiva privatista para uma outra publicista no decurso de desenvolvimento do Estado de direito, sobretudo com o incremento dos direitos sociais no *welfare state*. Se o século XIX foi embalado por uma perspectiva contratualista (ou quase-contratualista) da natureza jurídica do processo, que identificava o direito de ação como um direito acessório decorrente do próprio direito subjetivo material, preservando ainda a noção de *litiscontestatio* romana, o séc. XX acompanhou a construção de uma teoria publicista sobre a natureza jurídica do processo, seja na perspectiva de uma relação jurídica (Oskar von Bülow), de uma situação jurídica (Goldschmidt), de uma instituição jurídica (Jaime Guasp) ou mesmo como serviço público (Gaston Jèze)<sup>308</sup>.

De uma maneira geral, o direito de ação passa a significar, cada vez mais, o direito de acesso efetivo a mecanismos de resolução de conflitos, sobretudo proporcionados pelo Estado e configurados no sistema judicial. Para se passar de uma perspectiva normativa do acesso à justiça para uma outra efetiva, é preciso, com Cappelletti e Garth, pensar “como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social”<sup>309</sup>.

Por isso, faz-se necessário enfrentar os obstáculos que obliteram tal acesso, a começar pelas desigualdades econômicas das partes ou parcelas da sociedade, refletidas na questão das custas judiciais que envolvem não apenas as taxas judiciárias, como também os

---

<sup>308</sup> Para uma breve explicação sobre as teorias citadas, Cf. ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**, 2009, p.151-169.

<sup>309</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, 1988, p. 12-13.

honorários advocatícios e inclusive o tempo de espera da resolução que sempre têm um reflexo patrimonial sobre a vida dos envolvidos.

É preciso reconhecer também que as diferenças de instrução e de conhecimento de direitos pode significar um grau diferenciado de “aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação e sua defesa”<sup>310</sup> e que litigantes habituais, familiarizados com a engenharia complexa dos procedimentos e tribunais, acabam por adquirir uma habilidade especial para gerenciar os litígios, planejá-los e conduzi-los que os notívagos não possuem.

Se considerarmos ainda que a ampliação das esferas de atuação do Estado significou como contrapartida uma ampliação da cidadania e seus direitos, como se pode exemplificar com os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, percebemos como a questão do acesso à justiça está colocada por contingências quer qualitativas quer quantitativas de demandas.

Os esforços de enfrentar a questão do acesso à justiça refletiram em três ondas renovatórias<sup>311</sup>. A primeira onda concentrou-se em enfrentar as barreiras colocadas pela desigualdade econômica das partes envolvidas, provendo com assistência judiciária financiada pelo Estado aos que não poderiam, com suas próprias custas, provê-la. No Brasil, a lei 1.060 de 1950 foi um marco regulatório importante para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Além desta, a criação de varas de assistência judiciária especializadas, embora bastante polêmica quanto ao respeito ao princípio da igualdade, contribuiu para que a realidade brasileira acompanhasse as iniciativas experimentadas em outros países do ocidente.

A segunda onda renovatória cuidou de garantir um tratamento diferenciado aos direitos difusos, através de representações que pleiteassem coletivamente a titularidade de

---

<sup>310</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, 1988, p. 22 e ss.

<sup>311</sup> Idem, p.31.

direitos como a saúde ou o meio ambiente. Neste caso, a ação civil pública<sup>312</sup> brasileira é um exemplo deste movimento que inclui, não só a indicação de representantes e legitimados a acionarem em nome da coletividade, mas também, a criação de instituições e órgãos de controle e promoção de tais direitos.

A terceira onda renovatória, na qual estamos surfando, busca dar efetividade ao processo, e preocupa-se com seu modo de ser. Ela alinha-se com a fase instrumentalista do direito processual, superadora de uma visão radicalmente autonomista típica da primeira metade do século passado por uma outra mais crítica, focando as implicações sociais e econômicas do processo<sup>313</sup>. Se o processo não se impõe por si mesmo, como o exercício de um direito em si, mas busca atender aos escopos de uma ordem justa, livre e solidária, estabilizando atritos ou harmonizando diferenças, percebe-se que o acento da fase instrumentalista dialoga com a teoria constitucional contemporânea e com as estruturas da ordem jurídica democrática.

Neste cenário, é compreensível que a questão do acesso à justiça encontra-se ligada ao desenvolvimento dos direitos humanos, sendo por vezes eleito como ‘o mais básico’<sup>314</sup> de todos eles. Se o Estado monopoliza o uso da força e passa a ser o guardião e o gestor dos direitos fundamentais, ter acesso ao Estado, à justiça é condição *sine qua non* para acessar qualquer outro direito.

De qualquer sorte, é também no seio desta onda que busca dar efetividade ao processo que se reintroduziu ou gestou outros sistemas de resolução de conflitos, que se apresentaram, inicialmente, como uma alternativa ao sistema judicial. Por um lado, os outros sistemas de resolução servem como procedimentos incorporados ao sistema judicial, como se pode verificar com a conciliação, no caso da realidade brasileira. Por outro lado, a criação de

---

<sup>312</sup> Significativa foi a recente mudança introduzida pela lei 11.448 de 2007 na lei da ação civil pública para incluir entre os legitimados ativos a defensoria pública.

<sup>313</sup> CINTRA et al. **Teoria geral do processo**, 2008, p.48-9.

<sup>314</sup> MORAIS, José L. Bolzan de. E SPENGLER, Fabiana M. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição! 2ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

espaços extrajudiciais de resolução, incrementando notadamente a esfera privada, permite um alívio na demanda por justiça direcionada ao poder Judiciário.

É certo, como se verá, que há outros motivos muito contundentes que levarão o mundo privado a fomentar espaços de autogestão de seus conflitos, nas ondas do neoliberalismo de mercado, para além das limitações impostas pelos contingentes Estados nacionais. Mas, por outro lado, o reconhecimento de uma certa crise no modelo judicial de resolução de conflitos vai obrigar a se pensar em mecanismos de modernização da máquina, em uma certa reengenharia dos poderes e uma rediscussão do próprio papel do juiz.

A percepção de que o Judiciário havia saído de um papel apenas reativo de violação da ordem jurídica para um outro de protagonismo de direitos e políticas públicas acende o debate em torno de um controle externo deste poder, redundando, na experiência brasileira, na criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>315</sup>, cuja missão constitucional destina-se, mediante ações de planejamento, coordenação e controle administrativo, a aperfeiçoar o serviço público de prestação da Justiça.

Conforme o discurso institucional<sup>316</sup>, as diretrizes do CNJ compreendem, em linhas gerais: (i) planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias; (ii) modernização tecnológica do Judiciário; (iii) ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social; e (iv) garantia de efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais.

No campo das ações, as dez metas traçadas para o ano de 2009 são muito representativas deste momento de busca de eficiência e modernização da jurisdição estatal.

Incluem:

---

<sup>315</sup> No bojo da reforma do Judiciário empreendida pela emenda Constitucional 45/2004, além do CNJ, destaca-se igualmente a inserção no artigo 5<sup>a</sup> da Carta Constitucional, como direito fundamental, do inciso LXXVIII que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. São exemplos significativos desta terceira onda renovatória citada, com ênfase na instrumentalidade do processo.

<sup>316</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Institucional**. Disponível em <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em 10/10/09.

1. Desenvolver e/ou alinhar planejamento estratégico plurianual (mínimo de 05 anos) aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, com aprovação no Tribunal Pleno ou Órgão Especial; 2. Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores); 3. Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores (internet); 4. Informatizar e automatizar a distribuição de todos os processos e recursos; 5. Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias; 6. Capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento de rotinas; 7. Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça; 8. Cadastrar todos os magistrados como usuários dos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens e de comunicação de ordens judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud); 9. Implantar núcleo de controle interno; 10. Implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias.<sup>317</sup>

Além das metas, e sem esgotar suas atuações, um Departamento de Pesquisas Judiciárias<sup>318</sup> foi instituído para levantar e sistematizar os dados estatísticos sobre o Poder Judiciário, efetuar estudos comparados com o desenvolvimento de outros países, especialmente os latino-americanos e permitir uma maior divulgação e transparência das informações e ações no campo do acesso à justiça. Dentre suas linhas de pesquisa, destaca-se uma sobre litigiosidade, outra sobre um modelo institucional eficiente para a reforma do Judiciário, além de meios de acesso à justiça e sistemas alternativos e, também, uma que versa sobre um modelo ético-filosófico, na busca de aperfeiçoamento de magistrados e capacitação de servidores.

É nesta perspectiva que as tentativas de renovação do processo acabam por enfrentar a questão do papel do juiz, a forma de atuação e a qualidade das decisões, sem olvidar, aqui, que este debate é um reflexo, talvez, da virada linguístico-pragmática na filosofia contemporânea<sup>319</sup>, com implicações diretas na hermenêutica jurídica e sua tarefa de discutir a interpretação no direito.

<sup>317</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas e Ações**. Disponível em <www.cnj.jus.br>. Acesso em 10/10/09.

<sup>318</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Departamento de Pesquisas Judiciárias**. Disponível em <www.cnj.jus.br>. Acesso em 10/10/09.

<sup>319</sup>“Isto significa dizer que a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, que caracterizou toda a filosofia moderna, se transformou na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças

Assim, esse movimento criou uma onda de otimismo em torno da capacidade de se construir, junto com o Estado democrático de direito, as noções de cidadania e Judiciário independente e, com isso, acreditou-se na capacidade dos juízes de serem os protagonistas desta fase amadurecida de realização do direito. Mas já alertamos para os paradoxos de um modelo de decisão que credita ao juiz um poder hercúleo, como o pensou Dworkin, sobretudo em seus *déficits* de democracia.

Imaginar, por outro lado, que o juiz supere sua condição disciplinar na máquina jurisdicional com cursos de capacitação e atualização sobre filosofia e que passe, doravante, a assumir um papel ético renovado, seria render-se a um discurso ingênuo e idealista. Um certo ceticismo se impõe no sentido de supor que, ao colaborar com as engrenagens de um sistema onde o poder disciplinar também atua na construção de relações cotidianas e intersubjetivas, sendo peça fundamental neste modelo, calcado na verticalização das decisões e na neutralização dos conflitos, dificilmente poderá ser o juiz o protagonista de uma justiça que implique em escuta e emancipação de seus jurisdicionados.

As empreitadas para conciliar em mutirões, a acelerar o ‘processômetro’ instalado para a contagem de processos julgados, indicam que atingir as metas numéricas é muito mais evidente do que garantir uma justiça de qualidade e, por conseguinte, a resolução efetiva dos conflitos, o que conferiria à palavra resolução alguma denotação substancial e não meramente formal. O *slogan* para atingir a Meta 2 (vide supra) – “bater recordes é garantir direitos” – passa ao largo de qualquer perspectiva de mudança que redunde em qualidade.

---

intersubjetivamente válidas a respeito do mundo. [...] A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano”. OLIVEIRA, Manfredo de A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, p.13.

### 5.3 Apesar do cenário, o velho texto batido: distanciamentos entre propostas e ações

A substituição, portanto, de um paradigma que polariza entre um vontade da lei e do legislador pelo paradigma da criação do direito pelo juiz não tem representado a superação das distâncias entre um discurso e uma prática jurídica. Se a esperança era que o juiz pudesse ser o articulador de uma previsão normativa com uma realidade pulsante e urgente, capaz de ouvir os apelos desta realidade profundamente desigual, na distribuição da justiça, o que se verifica, em parte, é que este poder continua sendo utilizado estrategicamente quando conveniente, justificando-se a permanência de uma prática repetitiva e monótona em função da quantidade de demandas.

O debate nas últimas duas décadas acerca da crise do Judiciário<sup>320</sup>, exige que se pense no futuro desta instituição, o poder Judiciário, “num contexto marcado por fortes desigualdades sociais e culturais, graves limitações fiscais e transformações radicais nos modos de funcionamento da economia”<sup>321</sup>.

Eduardo Faria<sup>322</sup> aponta para o descompasso entre a concepção arquitetônica dos tribunais brasileiros e a realidade sócio-econômica em que atuam, ao lado de um processo de ‘judicialização’ da vida administrativa, política e econômica que, ao revés, tornou os tribunais vulneráveis a críticas de legitimidade.

Somam-se também, no corpo dos elementos desta crise, os impactos que as transformações do capitalismo trouxeram para o próprio Judiciário, através da construção de arenas diversas de resolução de conflitos, menos burocratizadas e mais adaptáveis aos interesses de um mercado econômico que não deseja se submeter às imposições de soberania e burocracia dos Estados.

---

<sup>320</sup> Que impulsionou inclusive uma emenda constitucional (EC n.45/2004) para contemplar um órgão de fiscalização e controle, materializado no Conselho Nacional de Justiça.

<sup>321</sup> FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça no século XXI**: a crise da justiça no Brasil. Disponível em: <[www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/artigo70.pdf](http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/artigo70.pdf)>. Acesso em: 22/09/2009, p.2.

<sup>322</sup> Idem, p. 2-3.

Assim, o Judiciário como espaço hegemônico de resolução de conflitos vai perdendo força em um modelo de economia calcada na minimização de gastos públicos e na maximização da liberdade. Em sociedades complexas, multiplicam-se as potencialidades de conflitos. A tendência é sempre um aumento da demanda por resolução, onerando substancialmente o sistema judicial, o próprio Estado. E, ao mesmo tempo, agravando as condições anacrônicas de um direito esvaziado em seu potencial transformador e amplamente reduzido a questões apenas processuais, “o Judiciário acaba sendo indigente na produção de respostas para seus problemas”<sup>323</sup>.

O apelo, portanto, aos sistemas privados é propagandeado como recurso para desafogar o Judiciário. E, nos últimos anos, ouvimos esse bordão em uníssono. Mas, é evidente que a preocupação em otimizar o sistema judicial não pertence àquele que busca outros sistemas de resolução. O raciocínio ‘devo procurar um outro meio de resolução para não sobrecarregar mais o juiz’ não faz sentido algum, a não ser se provém do próprio sistema, que emite um comando para que a sua procura seja comedida ou ponderada por alternativas. Quando Auerbach<sup>324</sup> analisa as possibilidades de uma justiça sem direito, diagnostica com precisão este paradoxo de um discurso que o próprio sistema judicial encampa em prol de sistemas mais informais e menos onerosos como exercício de uma autonomia dos sujeitos, apontando como um certo cinismo do Estado e uma visível tendência de elitização do litígio, submetendo as causas de pequeno valor a procedimentos menos rigorosos.

A celeridade é o argumento que, de tão contrastante, acaba por confundir finalidade e consequência. Se pensarmos em acesso à justiça, a finalidade não seria desafogar, mas garantir direitos, resolver conflitos, harmonizando e pacificando a sociedade. Se o Judiciário consegue dar respostas com qualidade em um tempo adequado, um tempo em que cada vez mais se otimiza a prestação jurisdicional, a celeridade faz do desafogar uma

---

<sup>323</sup> FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça no século XXI**, 2009, p.7.

<sup>324</sup> AUERBACH, Jerold. S. Justiça sem direito? In: AZEVEDO, André Gomma, e BARBOSA, Ivan Machado (orgs). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.4, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p.59.

consequência. Mas parece que na ânsia de atingir números, desafogar torna-se a própria finalidade. Para aumentar ainda mais a complexidade e os paradoxos desta questão, não podemos perder de vista que o acesso à justiça, no movimento das ondas renovatórias, ainda está em vias de ampliação, tanto qualitativa quanto quantitativa.

Antoine Garapon<sup>325</sup> analisa com muita propriedade as características desse modelo neoliberal de justiça, focado na ideia de eficácia, atuação estratégica e segurança. Garapon parte da ideia de neoliberalismo como uma extensão do paradigma econômico a todos os domínios da sociedade e da vida individual, para evidenciar um tal juiz-objeto, como uma tecnologia a serviço do mercado, a permitir julgamentos úteis, eficientes e seguros.

Assim, do ponto de vista simbólico, a teoria e a própria previsão teórica e normativa apontam para um quadro geral mais protetor e democrático – como nos pode sugerir o *slogan* de uma Constituição cidadã – enquanto a prática resta conduzida por uma razão instrumental que exige metas, números e estatísticas de julgamentos.

Um exemplo significativo pode ser visto na forma como a conciliação tem se desenvolvido nos espaços forenses brasileiro, provavelmente também em realidades estrangeiras<sup>326</sup>. Do ponto de vista legal, as modificações da última década indicam a conciliação como um momento de destaque no processo judicial<sup>327</sup>. As impossibilidades

---

<sup>325</sup> GARAPON, Antoine. *Um nouveau modele de justice: efficacité, acteur stratégique, sécurité*. In : *Dans la tourmente (1). Aux sources de la crise financière*. *Revue Esprit*. Novembre 2008, p.98-122.

<sup>326</sup> AUERBACH, Jerold. S. Justiça sem direito? In: AZEVEDO, André Gomma, e BARBOSA, Ivan Machado (orgs). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, 2007, p.59-60. Esta comparação entre as realidades americana e brasileira é possível pelo próprio fato de termos aproveitado as legislações estadunidenses para construir as nossas próprias legislações. Conforme André Gomma Azevedo, “no contexto brasileiro, quando o legislador buscou inspiração no direito comparado para incorporar ao nosso ordenamento jurídico estrutura semelhante aos *small claims courts* norte-americanos, introduziu, com os juizados especiais (Lei nº 9.099/95), o que nos EUA se denominava *mediation* (mediação), usando o termo “conciliação” possivelmente por ser este o termo utilizado no Brasil desde as Ordenações Filipinas até a Constituição Federal atual”. AZEVEDO, André Gomma, Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: \_\_\_\_\_ (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p.137-8.

<sup>327</sup> O crescimento da conciliação como um procedimento de resolução de conflitos é notório na legislação brasileira pós Constituição de 1988. Seja através da incorporação da audiência preliminar de conciliação, seja através da lei de Juizados especiais nº 9.099 de 1995 e também em nível federal, em 2001, sem esquecer as modificações na justiça do trabalho, com a introdução pela lei 9.958 de 2000 da comissões prévias de conciliação.

estruturais de sua realização são, contudo, camufladas por acordos precipitados e impostos, com o argumento estratégico e cínico do ‘mas pior seria’ ou por um discurso que enuncia que a tentativa de conciliação restou frustrada pelas partes. Assim, as consequências de um acordo empurrado ou a culpa por um processo moroso, caro e inacessível é transferida para as partes que, afinal, frustraram a conciliação<sup>328</sup>.

Algumas evidências sugestionam que, por detrás do estímulo para conciliar, do *slogan* de uma cultura de paz, há uma diferenciação econômica que fortemente marca uma prestação jurisdicional na ‘primeira’ classe e uma outra na classe ‘econômica’. A primeira evidência é pelo espaço: salas menores, às vezes localizada em aposentos visivelmente menos cuidados da estrutura do Fórum, com cartazes infantilizados que reduzem a própria conciliação a um encontro de boas intenções. A segunda evidência recai no conciliador: às vezes, os tribunais escalam técnicos concursados de sua própria estrutura, agregando-lhe um cargo comissionado; outras, recrutam entre bacharéis de direito, indicados por conhecimento ou trânsito no próprio Judiciário. O certo é que, em todo o caso, a formação do conciliador, sua importância no processo, sua remuneração, seu apreço, é sempre muito menor do que um juiz pode ser, assumir e representar dentro da estrutura do poder Judiciário. E nesta ordem das coisas, não se pode imaginar que um milagre vá surgir daquela encenação.

Há ainda outra evidência que me parece significativa. Localizada como uma audiência prévia, o momento da conciliação é o momento mesmo do encontro inicial das partes no sentido de reafirmarem suas posições no conflito. Como não houve o debate ainda, é o momento de se afirmarem unilateralmente como detentoras da verdade, como protegidas pelo direito, esperando da justiça a confirmação de suas expectativas.

---

<sup>328</sup> Relatos que corroboram esta percepção da realidade brasileira podem ser extraídos da pesquisa empírica empreendida por Artur Stamford junto ao Judiciário em Pernambuco, objetivando “um estudo teórico e empírico sobre a ação social que prevalece na construção de acordos judiciais”, com suporte na teoria da ação comunicativa de Habermas, avaliando a propensão estratégica ou comunicativa dos acordos realizados. STAMFORD, Artur. Conciliação judicial e ação comunicativa: acordo judicial como negociação *versus* consenso. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n.13, 2003, Recife: Edição do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE, 2003, p.79.

Diante das razões muito fundamentadas do autor, o réu, antes de acordo, que tem para ele certo tom de confissão de culpa e erro, precisa afirmar também suas razões e se nivelar em posição de igualdade diante do autor. Este momento da relação jurídica processual, que liga autor-réu e perfaz a tríade processual, perante uma autoridade do Estado, é a própria configuração jurídica do litígio e pensar que conciliações neste momento possam ser frutíferas é acreditar que a complacência possa tomar o lugar das estratégias. O sistema jurídico processual é adversarial, não se podendo esperar que as partes abandonem a luta ou desfaçam-se das armas antes de se posicionarem no duelo e de experimentá-lo.

Portanto, parece-me que a maneira como a conciliação foi institucionalizada no sistema judicial brasileiro peca por inúmeras frentes, reforçando a crítica em seu caráter falacioso. E mais além: divulgando o discurso da autonomia das partes e do maior interesse do Estado em conciliar, ao tempo em que pouquíssimas condições são garantidas para que possa sair um acordo, resta o ônus da frustração nas costas das partes que, de figurantes, precisaram transformar-se em atores, naquele momento fugaz.

Este é o mesmo destino que provavelmente a mediação irá encontrar quando aprovado o projeto de lei que a torna etapa obrigatória nas varas de família. Capturada e deformada pelo sistema judicial, de início logo amputada em sua virtude mais emancipadora: aquela de ser uma escolha, sempre uma escolha consciente e livre das partes em buscá-la como meio de resolução de conflitos.

As consequências daí já podem ser vislumbradas: que o mediador vai ter realmente dificuldade de não se comportar como um conciliador (a seguir indicaremos as diferenças e a possibilidade concreta de transitar entre os papéis); que as partes não assumirão responsabilidade alguma sobre os resultados, já que o Estado as tutela, as obriga a mediar (um contra-senso insuperável); e que, a tão propalada humanização da justiça, em busca de

procedimentos céleres que desafoguem o Judiciário (a celeridade virou um fim em si mesma), redundará numa burocratização ainda maior do procedimento, acrescido de mais esta etapa.

Mas há também questões de caráter ideológico que dificultam a efetivação de uma cultura do diálogo. A ideia de alternativo, por sua vez, deixa transparecer a marca pejorativa e secundária que estas formas de resolução recebem quando comparadas com o sistema judicial, dentro de sua própria lógica. Poder-se-ia supor que alternativo é apenas a indicação de uma possibilidade, de um outro caminho. Não me parece que o sentido do termo utilizado seja, assim, desprovido de tanta ideologia. Ao contrário, está recheado de referências simbólicas a um campo extremamente desgastado no direito. Do ponto de vista social, alternativo é um termo que aponta para relações não institucionalizadas, para processos não normatizados, que subvertem a regra padrão. É um apelo no mínimo ingênuo a uma idealização de vida natural, à quebra de formas sociais. É a imagem da sociedade alternativa. Lugares alternativos, cultura alternativa, tudo que foge ao padrão, em suma, fora da ordem<sup>329</sup>.

Mas permanece a pecha, o estigma de um procedimento menor, diante da magnitude do sistema judicial. Sobretudo quando junto com ele também se qualificam os conflitos propícios à conciliação ou mediação como conflitos menores. Enfim, é a permanência da velha noção de pequenas causas, substituída que foi pelo termo politicamente correto da lei 9.099/95 – Juizados Especiais.

A questão também deve ser vista pelo lado da relação entre estes agentes e os sujeitos de direito que estão envolvidos nos conflitos, as partes. Em que medida o procedimento judicial permite ao sujeito se apresentar, ter voz ativa? No sistema judicial,

---

<sup>329</sup> Especialmente no direito, o movimento pelo direito alternativo é um movimento de contra ordem, de subversão da ordem mesma, gestado em período autoritário. Neste espaço, ser alternativo é pregar democracia, liberdade e, sobretudo, igualdade de condições de vida digna. Mas, implementada a democracia com a nova ordem jurídica, a partir de 1988, falar em alternativo significou novamente um choque de significados, porque não significava ser contra a ordem normativa estabelecida, mas contra a ideologia autoritária que ainda subsistia nas interpretações e discursos jurídicos, a despeito dos avanços democráticos significativos que a Constituição permitia. Passados mais de vinte anos deste momento de transição política, e acompanhando certamente uma percepção de esvaziamento das tensões políticas em nome de uma imaginária sociedade pacífica, esvaziamento este que é aquele que reduz a condição de povo àquela de cidadão, como já dito, juridicamente tutelado, muito provavelmente o termo alternativo não traga mais toda aquela carga ideológica de outrora.

parte-se do pressuposto que o sujeito abre mão de sua voz ativa (que foi ineficiente para não prescindir do Estado na resolução dos próprios conflitos), para ser completamente conduzido por um lado pelo seu representante, um advogado, quase sempre obrigatório, e por outro lado pelo juiz (que deverá aplicar a lei). O papel ativo é do juiz e do advogado. A parte, neste espaço de especialistas, é ignorante, é tutelada, carrega a sensação de perdedora: porque se envolveu no conflito, porque não o resolveu sozinho, porque se submete à condução de um terceiro (que não permite que ele interaja), porque vai perder tempo, dinheiro, paciência, etc.

Assim, a complexidade da sociedade contemporânea, suas diferenciações e especificidades acusam logo as limitações deste sistema, inadequado para a resolução de muitos conflitos. Não há formação e dedicação que permita a um homem (que não é sequer um semi-deus, é bom lembrar) ter capacidade de tudo decidir, por mais que os sistemas judiciais também tenham tentado acompanhar as especificidades disciplinares dos saberes. Com isso, criam-se espaços decorrentes não só das insuficiências do sistema judicial, que, com seus requisitos e procedimentos, não consegue abraçar todos os conflitos (que nem por isso deixam de existir, quando não, exatamente por esta falta de alcance do direito, são potencializados), quanto das suscetibilidades individuais dos envolvidos que entendem como mais adequada a percepção do conflito não como disputa, dos interesses nem sempre como negócios, estimulando a busca de meios mais pacíficos, menos litigiosos. Outros sistemas de resolução de conflitos procuram ocupar estes espaços<sup>330</sup>.

A sensação de um modelo esgotado em suas potencialidades emancipadoras dos sujeitos envolvidos nos movimenta no sentido de buscar outras rotas, diferentes modos de gestão dos conflitos. Entendemos, assim, o direito em sua historicidade, em sua condição de

---

<sup>330</sup> Relatando uma experiência particular de ser mediada antes de adotar a via da mediação como sistema de resolução de conflitos, Célia Zapparolli destaca a relação de complementaridade que deve haver entre os sistemas: “Não quero afastar a importância da atuação jurídica, visto que as pessoas só têm a liberdade de transigir quando devidamente informadas e conscientes de seus direitos, bem como asseguradas pela existência de um sistema jurídico e judicial eficazes”. ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. In: MUSZKAT, Malvina Ester (org). **Mediação de conflitos**, São Paulo: Summus, 2003, p.75.

escolha e em sua orientação pelo conflito. Conflito jurídico é conflito entre sujeitos, estejam nos pólos sujeitos privados ou públicos, individuais ou coletivos, ou, em todo caso, seus híbridos. O conflito se dá, portanto, na dimensão da intersubjetividade, no espaço da comunicação.

Destarte, parece que a detalhada e complexa valorização da dimensão simbólico-linguística do direito, em sua construção retórico-discursiva, torna a modernidade imune à sua própria crise, porque prende a reflexão no nível simbólico da racionalidade comunicativa, perdendo o contato com elementos empíricos, onde se situa o próprio conflito. Pensamos que este contato maior com a realidade pode ser resgatado pelo modo como os sujeitos – partes, juízes e os demais agentes de resolução de conflitos – se colocam diante do conflito. É preciso então, na esteira do pensamento aqui trazido, para viabilizar a intersubjetividade, pensar sobre os participantes<sup>331</sup> e suas condições para estar apto a um agir prático que realize o discurso. “O cotidiano forense não se modifica porque novas legislações têm vigência, antes, para a eficácia jurídica e social de uma instituição jurídica, prescinde que ocorram mudanças na visão de mundo dos atores jurídicos”<sup>332</sup>. Mudanças acompanhadas da criação de novos espaços e renovadas práticas.

---

<sup>331</sup> Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo: Landy, 2003, p.148-9.

<sup>332</sup> STAMFORD, Artur. Conciliação judicial e ação comunicativa: acordo judicial como negociação *versus* consenso. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, 2003, p.76.

## **CENA 6 QUANDO ENTRAM EM CENA NOVOS ATORES: ÁRBITROS, NEGOCIADORES, CONCILIADORES E MEDIADORES**

Percebemos, nas cenas anteriores, os contornos e sustentáculos do sistema judicial: o Estado de direito. E neste movimento de juntar (Estado e direito) ou separar (os Poderes), o direito legitima o Estado e o Estado fornece os elementos necessários para a confirmação do direito: a jurisdição.

Concentrada, sobretudo, no espaço estatal, a jurisdição é pensada como processo judicial, tribunal, veredicto, juiz e sentença. Tudo com base na lei. A separação dos poderes, é preciso lembrar, é um recurso de legitimação interna da formação do Estado. Ela permite não esquecer a origem a um só tempo política e jurídica dessa formação, e manter sobre controle as tensões das relações de poder entre sociedade civil, sujeitos e poderes públicos. A lei tudo regula, o Estado está sempre pronto a resolver os conflitos, a convivência livre e ordenada exige a cooperação dos indivíduos com o ritmo desta organização ou sistema maior, mais abrangente que é o Estado.

Há três elementos que sobressaem quando da análise do modelo judicial: em primeiro lugar, a autoridade e a crença na força (ainda que força domesticada, como dirá Tércio Sampaio Ferraz<sup>333</sup>) de resolver conflitos originados por imposições (subjetivas) com outras imposições (normativas), de uma esfera ou de sujeito mais forte, institucionalizado.

Em segundo e terceiro lugares, os esteios para a neutralização desta força pela reconstrução temporal do conflito e pela referência mística à norma. É preciso, deste segundo lugar, dar cadência a um processo que não deverá ser moroso, é certo, mas que deverá permitir o tempo necessário para o fracionamento do conflito e seu distanciamento. Enfim, o terceiro elemento (apenas em ordem quantitativa): a norma, como pauta obrigatória de

---

<sup>333</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, 2008, p.284.

recorrência e sob a qual todas as decisões se fundam. Autoridade, tempo cadenciado, norma. Ou, se melhor aprouver, poder, distanciamento e conformação.

Se quisermos agora comparar este sistema judicial com outros sistemas de resolução de conflitos, não percamos de vista estes elementos. E não percamos de vista igualmente os riscos de captura e agenciamentos. Em toda abertura do sistema judicial a outras formas de resolução tem-se o risco (numa visão ainda otimista) de ver tais formas esvaziadas em suas potencialidades inovadoras para se adequarem ao *modus operandi*, aos controles, imagens e disciplinas de um espaço que não deixa de alimentar os sonhos do universal e do absoluto.

Mas é preciso, para não ficar imobilizado no presente, abrir-se ao futuro, com a consciência do risco e a aposta no diferente. Assim, importa deixar entrar em cena novos atores, que tragam a diferenciação necessária em relação ao sistema de resolução judicial, que tem convivido com o discurso de crise há um bom tempo.

### **6.1 Ampliando o cenário para receber novos atores: perspectivas do conflito**

Antes de apreciarmos os novos atores importa, para uma apreensão adequada da noção de conflito que tem sido trabalhada nesta tese, superar a noção tradicional de lide, que está relacionada ao conflito de interesses sobre um bem comum, viés muitíssimo patrimonialista e individualista do próprio termo.

Em uma perspectiva muito larga, conflito é dissenso. A complexidade e diversidade de arranjos sociais, com seus encontros e desencontros, a pluralidade de valores, a possibilidade de exercitar em graus diferentes a própria liberdade, gozando de oportunidades sempre contingentes, irão multiplicar em demasia as formas, objetos e maneiras de relações, que poderão assumir uma tensão conflituosa. Por outro lado, equiparar o conflito a uma

disputa é também reduzir suas potencialidades. “Uma das percepções fundamentais é a de que a disputa não é o conflito, mas uma decorrência do conflito. Portanto, resolver a disputa não põe fim ao conflito subjacente”<sup>334</sup>.

Quanto às questões que ensejam conflitos, basicamente Morton Deutsch<sup>335</sup> sintetiza: (i) controle sobre recursos, como propriedade, poder, bens de consumo, ou espaço; (ii) preferências e incômodos, que implicam em uma exposição da sensibilidade, das suscetibilidades, do próprio modo de agir cotidiano; (iii) valores, ou conflitos sobre o que deveria ser, marcando os conflitos de natureza política, ética, ideológica, cada vez mais abundante em contextos de sociedades diversificadas, plurais e democráticas; e (iv) crenças, ou sejam, conflitos sobre as percepções da realidade, sobre fatos, informações, conhecimentos.

Na visão de Morton Deutsch, o conflito estaria caracterizado fundamentalmente por uma ou várias ações incompatíveis, intra ou entre pessoas, grupos, coletividades, nações. Não se trata simplesmente de competição, pois “apesar de toda competição produzir um conflito, nem todo conflito reflete uma competição”<sup>336</sup>. A distinção importa na medida em que é possível identificar dois grupos de conflitos, marcados distintamente por contextos cooperativos ou competitivos.

A partir da noção de interdependência, em uma situação cooperativa pura “os objetivos dos participantes estão tão ligados que qualquer participante os alcançará se, e somente se, os outros com quem está ligado também o podem fazer”<sup>337</sup>. Tem-se neste caso uma interdependência promovedora. É ilustrativa a dinâmica do jogo de frescobol, ainda que

---

<sup>334</sup> COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p.163.

<sup>335</sup> DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p.39-40.

<sup>336</sup> Idem, p.35. Também Moraes e Spengler vão trabalhar esta diferença, a partir da obra de Georg Simmel. Cf. MORAIS, José L. Bolzan de. E SPENGLER, Fabiana M. **Mediação e Arbitragem**, 2008, p.49.

<sup>337</sup> DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, 2004, p.43.

não jurídica. Ambos ganham ou perdem juntos. Apesar de dispostos um frente ao outro, lançando a bola um para o outro, quando melhor um lançar a bola, melhor o outro rebaterá e, juntos, ambos permanecem jogando.

Mas, “no caso limite de pura competição, um participante pode alcançar seu objetivo se, e somente se, os outros com quem está ligado não o podem fazer”<sup>338</sup>. Ocorre interdependência inversa, e em um exercício de analogia, o jogo de tênis que, embora pareça semelhante àquele de frescobol, ‘dispostos um frente ao outro, lançando a bola um para o outro’, para que um ganhe o outro precisa perder e, portanto, a competitividade implica em derrubar, anular o outro, levando-o ao erro.

De toda sorte, situações de pura competição ou cooperação são menos frequentes do que aquelas que entrecruzam as posições extremas. E é possível imaginar que situações cooperativas estão ligadas a conflitos produtivos enquanto situações competitivas tendem a conflitos destrutivos<sup>339</sup>.

Procurando identificar os efeitos competitivos que tendem a perpetuar e intensificar o conflito, Deutsch enumera a comunicação não-confiante e empobrecida; imposição de uma solução por meio de força superior, fraude ou esperteza e; atitude hostil que “aumenta a sensibilidade a diferenças e ameaças enquanto minimiza a percepção de similaridades”<sup>340</sup>.

Por outro lado, é possível identificar que relações cooperativas levam a resoluções produtivas do conflito, já que

beneficiam uma comunicação honesta e aberta de informações relevantes entre os participantes [...], encorajam o reconhecimento da legitimidade dos interesses do outro e da necessidade de se buscar uma solução que responda às necessidades de cada lado [...] (conduzindo) a uma atitude confiante e amigável, que aumenta a sensibilidade e similaridade enquanto minimiza a saliência das diferenças. Isso estimula uma convergência de crenças e valores<sup>341</sup>.

---

<sup>338</sup> DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, 2004, p.35.

<sup>339</sup> Idem, p.53.

<sup>340</sup> Idem, p.54-5.

<sup>341</sup> Idem, p.63.

Pode ser útil à análise aqui empreendida a diferenciação entre um agir comprometido e um agir estratégico-indiferente. Quando “a satisfação dos interesses do outro mostra-se como um dos objetivos relevantes das partes”<sup>342</sup>, estamos diante de um agir comprometido. Um agir estratégico-indiferente busca maximizar os próprios interesses, a partir de uma matriz individualista e utilitária. Assim, perfilaríamos um agir comprometido com uma situação de cooperação na configuração de conflitos produtivos. Inversamente, um agir estratégico-indiferente gera competição, produzindo conflitos destrutivos.

As observações acima permitem perceber que sendo tipicamente adversarial, o sistema judicial acirra a competição, levando a resoluções de conflitos que implicam, de maneira significativa, em perdas.

É mais ou menos concorde entre os autores, apesar de partir de matizes teóricos diferentes, e.g. sociológicas<sup>343</sup>, psicológicas<sup>344</sup>, que conflitos são dinâmicos, oscilando entre uma dimensão produtiva e destrutiva. As sociedades democráticas não podem eliminar definitivamente os conflitos, mas precisam inventar as melhores formas de lidar com eles, aproveitando ou convertendo suas forças em produtivas.

A dinamicidade dos conflitos também implica em um reconhecimento, mais ou menos geral, de que não há um meio de resolução que seja preferível aos demais, em absoluto. Diversidade de atores, de pessoas envolvidas, de interesses, bens, contextos sociais, instrução, personalidade, enfim, diversidade de subjetivação requer um leque igualmente diversificado de procedimentos, sistemas de resolução, com nuances, flexibilidade e adaptabilidade.

---

<sup>342</sup> COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. 2004, p.167.

<sup>343</sup> Cf. MORAIS, José L. Bolzan de. E SPENGLER, Fabiana M. **Mediação e Arbitragem**, 2008, p.45-56.

<sup>344</sup> Cf. DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, 2004, p.33; SLAIKEU, Karl A. **No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

## 6.2 O papel do árbitro: na elegia ao conteúdo especializado e ao argumento de autoridade, o monólogo

É consenso o reconhecimento da arbitragem como um dos rituais de resolução de conflitos mais antigos registrados. Ao mesmo tempo, parece não haver outro argumento tão forte que justifique seu apagamento ao longo dos últimos séculos que não aquele que indica a centralização hegemônica nas mãos do Estado dos meios de resolução de conflitos. O império da lei afastou o juízo de equidade, típico da arbitragem, do ideal de segurança jurídica, apoiando-se, quase que exclusivamente, na construção de um ordenamento auto-suficiente. O próprio Estado, em um movimento de fortalecimento, chamou para si a função jurisdicional e se fez exclusivo nesta empreitada. Já foi dito, e é aqui reforçado, que a medida da liberdade permitida pelo Estado é justamente aquela que nos faz sujeitos de direito, submetidos à suas normas<sup>345</sup>.

Apesar de previsão legal, pois tanto a Constituição de 1824 quanto o Código Comercial de 1850 previam a possibilidade do juízo arbitral, sendo pelo Código de 1850 obrigatório no caso de disputa entre comerciantes, inexpressiva foi a atividade arbitral no Brasil antes da promulgação da lei 9.307 de 1996, e no resto do mundo, antes da década de cinquenta do século passado<sup>346</sup>.

A arbitragem, como meio de resolução de disputas, acompanha o movimento de internacionalização e globalização do comércio, assim como atende ao apelo de desestatização do neoliberalismo. Seu campo de atuação vai além das relações comerciais,

---

<sup>345</sup> ‘Está sujeito a’ e não ‘é sujeito de’, como registrou Alexandre da Maia. In: Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. In: BRANDÃO, Cláudio et al (coords.), **Princípio da legalidade**, 2009, p.5.

<sup>346</sup> MAGALHÃES, José Carlos. A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. In: **Revista de arbitragem e mediação**. Ano 3. N.9, abril.junho de 2006, p.165-172. Para uma referência mais completa do histórico da arbitragem, cf. MORAIS, José L. Bolzan de. E SPENGLER, Fabiana M. **Mediação e Arbitragem**, 2008.

mas é neste espaço o seu maior impulso, sobretudo aliado ao movimento de internacionalização das relações econômicas.

No espaço de uma economia globalizada, de áreas de livre comércio, blocos de proporções continentais como o Mercosul ou a Comunidade Européia, as dificuldades de se submeter às legislações nacionais ou ainda, a uma estrutura burocratizada e formal como o Judiciário, parecem constituir grande obstáculo ao desenvolvimento das atividades privadas.

Retirando os excessos de ideologização neoliberal, a arbitragem maneja com instrumentos bem direcionados e eficazes de resolução de disputas. A doutrina<sup>347</sup> especializada aponta como impulso efetivo para que a arbitragem pudesse ser plenamente usada o reconhecimento da compulsoriedade da cláusula compromissória e a executoriedade da sentença arbitral independentemente de homologação judicial. Na prática, estas duas questões, porque entendidas de modo oposto pelo Judiciário, tornavam a arbitragem um meio dependente do próprio Judiciário, o que era um contrasenso para quem desejava recorrer a outros meios de resolução de conflitos.

A arbitragem pressupõe igualmente uma concepção mais forte de contrato, posto que na autonomia e reflexão das partes está incluído o consenso sobre a forma futura de resolução de conflitos por ventura advindos daquela relação. Há quem veja, no entanto, não exatamente um acento na possibilidade contratual, que equivaleria a reduzir a arbitragem a uma vontade, mas sim um acento na característica negocial da arbitragem, como negócio jurídico.

Além disso, deve-se notar que a arbitragem não é um exercício da jurisdição, ou "comum" ou "especial", mas o desenvolvimento processual do princípio da autonomia da negociação, mesmo que no decurso da sua operatividade obrigatória, segue evitando e estranhando a jurisdição. A arbitragem que regula a Lei de arbitragem espanhola de 2003 é justificada na autonomia volitiva, a fim de assinar a convenção de arbitragem ou a submissão à arbitragem, e, a partir dessa perspectiva, a convenção de arbitragem como uma expressão da autonomia é estabelecido como

---

<sup>347</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem: uma perspectiva brasileira. In: **Revista de arbitragem e mediação**. Ano 3. N.9, abril/junho de 2006, p.277-303.

um negócio jurídico antes do que como um contrato de obrigações de produtores<sup>348</sup>.  
(grifos do autor)

De qualquer sorte, seja como contrato ou negócio jurídico, a força da cláusula compromissória como manifestação da vontade é um acento significativo no espaço de gestão das partes, que escolhem a maneira como resolverão seus conflitos. Os contratos de adesão, no entanto, podem camuflar uma aceitação forçada, ou não deliberada, sendo a arbitragem fruto da imposição da parte que estabelece as condições de pacto, em detrimento daquele que acata. Sobretudo se pensarmos nos contratos frutos das relações de consumo, extremamente fugazes e onerosos para o consumidor, frente ao poder econômico do negociante<sup>349</sup>.

É possível perceber um maior alinhamento da arbitragem nas culturas jurídicas de *common law* e uma postura arredia naquelas de *civil law*, como no Brasil. A já mencionada perspectiva de uma maior confiança nas partes e atores jurídicos, aliado a uma horizontalidade nas relações intersubjetivas permitem um espaço mais fecundo para a arbitragem naqueles países, enquanto que a nossa desconfiança em relação à idoneidade do ato de julgar, junto com uma cultura excessivamente arraigada à lei, ao código, ao próprio poder sancionador do Estado, creditam à arbitragem uma resolução frágil e talvez vulnerável<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> NAVARRETE, Antonio María Lorca. *La naturaleza jurídica del arbitraje*. *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. 18 de Enero de 2006. Disponível em: <[http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/naturaleza\\_arbitraje.php](http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php)>. Acesso em 11/10/09. Tradução livre. No original: “A mayor abundamiento es preciso indicar que el arbitraje no es ejercicio de jurisdicción ni “común” ni “especial” sino desarrollo procesal del principio negocial de la autonomía de la voluntad que, aún en el supuesto de su operatividad obligatoria, sigue rehuyendo y extrañando la jurisdicción. El arbitraje que regula la LA (Ley de Arbitraje española de 2003) se justifica en la autonomía volitiva en orden a suscribir el acuerdo o convenio arbitral de sometimiento al arbitraje; y, desde esa perspectiva, el convenio arbitral como expresión de la **autonomía de la voluntad** se tipifica como un **negocio jurídico** antes que como un contrato productor de obligaciones”. (grifos do autor)

<sup>349</sup> Cf COSTA, Nilton César Antunes. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. In: **Revista de arbitragem e mediação**. Ano 3. N.8, janeiro-março de 2006, p.119-142. Os tribunais brasileiros tem reconhecido como abusiva a clausula compromissória nos contratos de adesão, cuja parte que aderiu optar pela via judicial. A validade da cláusula pode ser reconhecida, no entanto, nos casos de boa-fé, sendo a convenção arbitral elemento de equação econômico-financeira do contrato (vide AgIn 295901-3, 14ª vara cível, TJPR)

<sup>350</sup> Este descrédito também é apontado por MORAIS, José L. Bolzan de. E SPENGLER, Fabiana M. **Mediação e Arbitragem**, 2008, p.172.

A arbitragem, no quadro geral de suas características, desponta como um sistema que alia especialização técnica, rapidez, sigilo, e preserva as partes de uma disputa que atinja as relações pessoais e institucionais.

A característica da especialização tem sido crucial para a escolha da arbitragem nos contratos complexos. Estes geram demandas altamente especializadas, exigindo não propriamente um conhecimento em leis e procedimentos, mas, sobretudo, na matéria ou área própria do caso, especialização que o juiz não cumpre e se vê obrigado a recorrer a peritos. O árbitro pode cumprir estes dois papéis se o escolhido for alguém que, além de manejo como o procedimento arbitral, possa ser um grande conhecedor da área.

Os contratos internacionais, por exemplo, na área de petróleo, têxtil, energia, que se submetem a regras dos países pactuantes, além de se submeterem a regras de organismos internacionais próprios, como a OLP ou OMC, são exemplos de demandas que buscam o juízo arbitral.

O sigilo é garantido pelo próprio espaço de resolução, já que a arbitragem se realiza em câmaras privadas. E é uma característica bastante atrativa, permitindo um controle do conflito que evita desdobramentos negativos. Evita-se, por exemplo, expor aos demais concorrentes e consumidores a disputa com um fornecedor. O mundo empresarial ainda conta, em seu cotidiano, com uma rede muito poderosa de informações e indicações de relacionamento. É prática comum pedir referências de adimplemento, de cumprimento de prazos e outras responsabilidades a pessoas ou empresas que já tenham lidado com algum pretendente a parceiro. A imagem da empresa sempre sofre ranhuras com a exposição de envolvimento em conflitos, de qualquer natureza. Não se pode esquecer que, em certas áreas, as informações são realmente sigilosas, implicam fórmulas, patentes, parcerias, etc, sobretudo em tempos de mercados altamente competitivos.

O sigilo, que não é exclusivo da arbitragem, mas é a tônica das resoluções extrajudiciais, pode ser fundamental para que a solução se concentre no conflito e não em seus desdobramentos. Neste sentido, o sistema judicial, cujo princípio informador é o da publicidade, acaba por expor instituições e indivíduos às especulações da mídia, dos concorrentes, dos vizinhos, de qualquer um.

A celeridade é das qualidades mais acentuadas na arbitragem, sobretudo em contraste com o sistema judicial. O excesso de etapas, atos, prazos e procedimentos no modelo judicial, aliado ao impacto que uma reabertura democrática proporciona em termos de acesso à justiça, sobretudo em função de uma Constituição garantista, implicam um aporte significativo de ações no Judiciário, cuja modernização de sua estrutura não está suficientemente consolidada.

Mas é preciso focar o próprio modelo, e ainda assim, o contraste quanto à celeridade é visível. Contando etapas a serem cumpridas na arbitragem, é possível estimar um tempo de resolução em torno de poucos meses. O tempo do sistema judicial é em torno de anos. Aliando celeridade à especialidade, os árbitros trabalham em casos, por casos, não ocupando um posto permanente de trabalho como os juízes. Os árbitros podem trabalhar em cada caso de cada vez, com concentração de esforços. Os juízes trabalham em milhares de casos juntos, em diferentes estágios, de diferentes demandas, mesmo nas varas especializadas, embora em grande parte das comarcas no Brasil o juiz seja polivalente mesmo, atuando na área civil, penal e acumulando o eleitoral.

Outra característica da arbitragem diz respeito ao seu ritual e ao envolvimento das partes no conflito. Como os envolvidos não partem a princípio de uma postura adversarial, não se colocam na condição de brigar para ganhar, o sistema permite um distanciamento pessoal e a preservação das relações para uma continuidade futura. A postura do árbitro não é aquela de declarar um ganhador e um perdedor, mas aquela de repartir as responsabilidades e

direitos envolvidos nos conflitos, em função dos acontecimentos. Neste ponto, é preciso discutir a natureza compositiva da arbitragem, enquadrando-se entre os sistemas de autocomposição ou de heterocomposição de conflitos.

Decerto que as diferenças entre um ritual arbitral e o ritual judicial levam-nos a pensar na arbitragem como um sistema autocompositivo de resolução. Há, de início, um acordo sobre o próprio sistema a ser usado, e este pacto inclui também convencionar sobre o direito a ser aplicado e sobre a espécie de juízo a ser proferido, de direito ou de equidade. Por outro lado, como a decisão não é fruto de um consenso entre as partes (consenso diz respeito à escolha do árbitro e dos demais elementos acima enumerados), restaria mais acentuado o caráter heterocompositivo da arbitragem, já que a decisão cabe exclusivamente ao árbitro, que impõe a solução do conflito, sem possibilidade de rediscussão<sup>351</sup>.

Uma solução híbrida, e a que adotamos neste trabalho, seria aquela que reconhece a natureza preponderante da arbitragem como heterocomposição, sem olvidar elementos fundamentais de autocomposição na construção de seus pressupostos eletivos<sup>352</sup>.

Neste ponto, o maior contato entre as partes se faz para a definição da convenção de arbitragem, a escolha dos árbitros e do procedimento a ser seguido. Reunindo a documentação necessária para analisar o caso, incluindo a possibilidade do árbitro solicitar provas, ouvir testemunhas, a decisão é então tomada pelo árbitro, sem o envolvimento das partes.

Por outro lado, sempre que os tribunais definem judicialmente os limites da lei de arbitragem, paradoxalmente, diminuem as diferenciações que poderiam enriquecer os dois sistemas. O temor de um espaço não governado pelo império da justiça pública permite um

---

<sup>351</sup> A respeito da natureza heterocompositiva da arbitragem, Cf. NAVARRETE, Antonio María Lorca. *La naturaleza jurídica del arbitraje*. *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. 18 de Enero de 2006. Disponível em: <[http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/naturaleza\\_arbitraje.php](http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php)>. Acesso em 11/10/09.

<sup>352</sup> É a solução apresentada por MORAIS, José L. Bolzan de. E SPENGLER, Fabiana M. **Mediação e Arbitragem**, 2008, p.177.

mimetismo entre os sistemas, já que à arbitragem vai sendo imposta uma configuração aproximativa do próprio sistema judicial. Há quem<sup>353</sup> veja inclusive na garantia constitucional do artigo 5º, inciso XXXV – A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – um impedimento ao próprio funcionamento da arbitragem, se, ao pé da letra, nenhuma demanda estiver a salvo do sistema judicial.

A cena interpretada pelo árbitro é, portanto, um monólogo: à palo seco, cabe-lhe, uma vez escolhido para atuar na demanda, concentrar-se nos fatos, contratos e conhecimentos técnicos que envolvam o conflito, ponderar num juízo de equidade ou de direito e arbitrar, sem possibilidade de recurso.

A arbitragem concentra assim, se comparada com o sistema judicial, ainda mais autoridade nas mãos de seu decisor. Restringe o debate, retira das partes a possibilidade de decisão e de pensar o conflito, concentra-se no resultado. As partes envolvidas participam ativamente da própria escolha do sistema, focando entre os limites contratuais da disputa e a credibilidade e adequação do árbitro. Mas, escolhido o árbitro ou o Tribunal arbitral, cessam as falas e somente se concede voz ao próprio árbitro. Num monólogo, ele profere sua sentença e põe termo ao conflito.

### **6.3 O Negociador e a dublagem: estratégias de convencimento e persuasão no debate sobre interesses**

Talvez porque esteja inserido na prática cotidiana do sistema judicial através da atividade de advogados e procuradores não se pense na negociação como um sistema de resolução de conflitos. Talvez porque seja o que mais diretamente expõe o direito a um jogo de estratégias e, por isso mesmo, aquele que menos pretenda encobrir a busca pela satisfação

---

<sup>353</sup> Cf. ROMÁN, Amigo. *El sistema arbitral brasileño: la nueva ley de arbitraje (Ley 9.307/1996)*, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, V. 12, n. 2, 2000, p. 271-286.

de interesses pessoais. A negociação, como forma de resolução de conflitos, sem entrar em disputas sobre a origem longínqua, é de todos os sistemas o único onde os terceiros, quando intervêm, não se colocam como imparciais, mas assumem um assento marcado ao lado de uma das partes.

No campo jurídico, o modelo judicial incorporou a negociação com muita evidência no direito processual do trabalho<sup>354</sup>. O reconhecimento jurídico da negociação coletiva, como procedimento para a discussão e formação de acordos coletivos e/ou convenções, tem amparo não só constitucional, mas também como prática entre sindicatos e empresas. Tendo em vista um ambiente frequentemente flexível de relações de trabalho, a negociação também é um procedimento difundido para o estabelecimento de condições individuais de trabalho.

De toda sorte, a questão da representatividade e da força sindical ainda estimulam composições heterônomas no direito do trabalho, em muitos setores dependentes do modelo judicial de resolução.

Há que se ressaltar aspectos da negociação também na resolução de conflitos na esfera do consumidor, quando as empresas chamam seus clientes devedores para negociar as dívidas. Com a oferta de crédito e a estabilização da economia, o estímulo ao consumo tem criado uma grande rede de cobranças não judiciais de dívidas, com a multiplicação de créditos, cadastros, financeiras, cartões. A morosidade e baixa efetividade do sistema judicial nos casos de execução forçada de títulos obrigam o mundo empresarial a encontrar mecanismos de adimplemento ou recuperação do crédito sem obstar o estímulo ao consumo. Escritórios e empresas especializadas em negociação de dívidas tem possibilitado um desenvolvimento grande da negociação como sistema de resolução para o direito do

---

<sup>354</sup> Os exemplos são preponderantemente fruto da observação livre da realidade brasileira.

consumidor, sobretudo pela característica de seus conflitos, acentuadamente relacionados a bens.

Avaliando suas características, a negociação implica em assumir os riscos de um procedimento mais direto. O sistema judicial impõe sempre o risco da demora, do esvaziamento da demanda em questões processuais (fugindo ou obstando o mérito), da decisão de um juiz cujo exercício do julgamento não elimina, mesmo nas perspectivas mais racionais (dentre as aceitáveis, é claro), uma boa dose de arbitrariedade, ou contingência, ou diferença. A negociação, por seu turno, lança as partes em um espaço de discussão e debate, de possibilidades sempre menos previsíveis. É preciso estar pronto, com argumentos e propostas, a buscar a resolução mais favorável. Mas, igualmente, é preciso estar disposto a transigir, a avaliar e a ceder além do previsto.

Por outro lado, é preciso explorar as estratégias de persuasão e oportunidade, perceber o custo do conflito para a outra parte, identificar os pontos a serem explorados deste conflito específico cujo acordo poderá representar uma posição mais vantajosa para as partes envolvidas, e não somente para o seu representado, sob pena de não ver consolidada a negociação em uma resolução. Na visão de Alexandre A. Costa<sup>355</sup>, a negociação envolve tipicamente um jogo estratégico, classificando-a como um sistema autocompositivo direto e estratégico.

Uma sistematização consistente sobre a negociação como um sistema de resolução de conflitos pode ser encontrada na obra de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, fruto do desenvolvimento de um projeto de negociação da *Harvard Law School*. Identificando várias formas de negociação, os autores diferenciam duas abordagens básicas: negociação por posições ou negociação por princípios. Na negociação por posições, muitas vezes encampada intuitivamente, a parte assume uma posição no conflito, estabelece um objetivo individual a

---

<sup>355</sup> COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, 2004, p.172.

ser alcançado num acordo e passa a defender, unilateralmente, esta como a única posição possível, esperando que o outro ceda ou aceite a sua posição. “A tarefa de conceber conjuntamente uma solução aceitável tende a se transformar numa batalha”<sup>356</sup>. É preciso alertar para o fato de que a barganha de posições estimula a paralisação da negociação, sobretudo quando as posições tomadas pelas partes são extremada, do tipo ‘tudo ou nada’.

Os autores propõem, então, a negociação por princípios ou negociação dos méritos, que evitaria a tomada de posições e seus inconvenientes, produzindo acordos ‘sensatos, eficientes e amigáveis’<sup>357</sup>. A negociação por princípios estaria alicerçada em quatro pontos fundamentais: (i) separar as pessoas dos problemas, (ii) concentrar-se nos interesses, não nas posições, (iii) criar uma variedade de possibilidades antes de decidir o que fazer; e (iv) insistir na criação de um padrão objetivo para basear o resultado. O desenrolar passaria por uma fase de análise, diagnosticando a situação; seguida por uma fase de desenvolvimento, onde se criariam possibilidades de resolução a partir da identificação de critérios objetivo, seguido por uma discussão das possibilidades tendo em vista a construção do acordo.

Os autores não descuidam que pode ser necessário interromper negociações, em função do desvio, do insucesso, das tensões criadas no decorrer do procedimento. Como todos os atores envolvidos, os negociadores (para si ou para terceiros) também são sujeitos emocionais, estão influenciados por questões de contexto e contingentes, como questões econômicas ou sociais.

É preciso estar atento também para o desequilíbrio acentuado nas relações de força e poder entre as partes envolvidas no conflito e às voltas com a negociação. “Em qualquer negociação, há dados de realidade que são difíceis de alterar”<sup>358</sup>. Diante de um adversário

---

<sup>356</sup> FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed., Rio de Janeiro: Imago, 2005, p.24.

<sup>357</sup> Neste caso, a confirmação das promessas do método está fora da análise desta tese. Tomamos apenas a sua proposição como um modo possível de resolver conflitos.

<sup>358</sup> FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões, 2005, p.117.

com maior poder de barganha, os autores sugerem que o negociador desenvolva sua MAANA<sup>359</sup> (Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo), como um padrão ou parâmetro de solução que serve de baliza para avaliar a oportunidade de uma oferta ou o grau de satisfação de um acordo, tendo em vista tanto as expectativas de resolução, quanto as oportunidades e alternativas imaginadas.

Acabamos de analisar as peculiaridades da negociação como um sistema parcial, e do jogo complexo de defender uma parte supondo uma vantagem que possa ser argumentada como justa. É preciso evidenciar, agora, a ideia de dublagem, como a função própria do procurador, de quem fala em nome alheio, fala o texto do outro. Em relação à parte que auxilia ou representa, o negociador compromete-se a traduzir interesses em argumentos ora persuasivos, ora convincentes.

Na configuração deste papel, desta forma de subjetivação, a posição de negociar implica sempre em um poder de violência simbólica<sup>360</sup>. Poder-se-ia, portanto, corroborar com a ideia de verticalização trazida por Tércio Ferraz Jr e acentuar um discurso marcado pela persuasão. Lembramos aqui a diferenciação, na prática nem sempre tão evidente, que Perelman relacionou entre convencimento e persuasão em seu *Tratado de argumentação*<sup>361</sup>, agregando ao convencimento uma razão universal, consubstanciada em um auditório universal, restringindo a persuasão à mobilização de interesses particulares. A negociação como sistema de resolução de conflitos em algum momento precisa apelar à racionalidade da lei, se quiser apoiar-se na legitimação do Estado, inclusive caso seja necessário um

---

<sup>359</sup> “A geração de possíveis MANNAs exige três operações distintas: (1) inventar uma lista de providências que você poderia tomar caso não se chegue a um acordo; (2) aperfeiçoar alguma das ideias mais promissoras e convertê-las em opções práticas; e (3) escolher provisoriamente a opção que se afigura como a melhor.” FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**, 2005, p.123.

<sup>360</sup> A noção de poder de violência simbólica de Bourdieu e Passeron trabalhada por FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, 2008, p. 244.

<sup>361</sup> PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado de argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.29-34. Perelman e Olbrechts-Tyteca se apoiam em uma diferenciação lançada por Kant quando compara a persuasão ao subjetivo e a convicção ao objetivo, a segunda verdadeiramente uma atividade do intelecto, da razão, deixando a persuasão a cargo das vontades.

adimplemento executório forçado. Neste ponto, não pode olvidar que o convencimento implica em aderir a certos argumentos que apelam ao universal e ao racional.

De todos os aspectos analisados sobre negociação, as forças desiguais de barganha são uma tensão sempre presente que exigem um cuidado maior. A despeito de se imaginar um campo horizontal de argumentos e contra argumentos, de relações e interações entre interesses e solicitações, se não se vai idealizar uma racionalidade comunicativa que permita às partes colocarem-se em posição de igualdade, é preciso não perder de vista que este é um campo desigual de forças. Através de instrumentos retóricos, argumentativos e do apelo aos ideais comuns de uma sociedade, impõe-se vontades e interesses particulares, quando não dissonantes em relação aos mesmos discursos que tentam legitimar o pacto.

Neste cenário, é importante acatar as contundentes assertivas de Laura Nader, quando analisa a harmonia coercitiva dos modelos jurídicos: “Em todos os casos que examinei, a regra é que a parte mais fraca vá em busca da lei e a mais forte prefira negociar”<sup>362</sup>.

É por isso que esta tese não propõe simplesmente uma inversão ou substituição de modelos, porque a complexidade dos conflitos e a posição desigual que os atores ocupam nas relações sociais fáticas impede a generalização de qualquer modelo como único.

O sistema judicial, neste caso, amparado por um corpo de direitos e procedimentos que garante uma certa previsibilidade na decisão e, ao mesmo tempo, que estabelece como ideal um tratamento igualitário, intermediado por este terceiro neutro, imparcial e distante do próprio conflito, se não é capaz de ser o guardião das expectativas dos que se encontram vulnerabilizados pelas condições econômicas e sociais, ao menos, permite que o conflito não seja abandonado a um campo de forças que, de saída, é plenamente desfavorável aos carentes de informação, *status* ou poder econômico. Este argumento impede um certo deslumbramento

---

<sup>362</sup> NADER, Laura. Harmonia Coercitiva. A economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n.26, ano9, outubro de 1994, p. 25. Esta afirmativa a autora faz a respeito, especialmente, das controvérsias sobre rios no cenário internacional.

pelos sistemas de resolução por autocomposição, cujas imposições podem ser camufladas também por um discurso da harmonia e do consenso.

#### 6.4 As vestes da prudência na conciliação

A conciliação e a mediação estão entre os sistemas de resolução de conflitos onde a participação das partes cresce à medida que o poder de imposição do terceiro envolvido enfraquece, almejando a mediação um ator neutro ao ponto de sequer elaborar uma solução. Na conciliação, o terceiro que intervém ainda pode propor um termo, ponderar soluções com as partes, embora a ação destas já tenha saltado para a ordem do principal. O mediador, por sua vez, sequer pode fazê-lo. Ele está restrito, em relação ao acordo, à tarefa de criar o canal de comunicação e permitir que as partes transformem o conflito.

Na perspectiva de Christopher Moore, “a conciliação é essencialmente uma tática psicológica aplicada que visa corrigir as percepções, reduzir medos irracionais e melhorar a comunicação a tal ponto que permita a ocorrência de uma discussão razoável e, na verdade, possibilita a negociação racional”<sup>363</sup>.

Nesta perspectiva não se trabalha mais com a ideia de vencedores e vencidos, ou outros maniqueísmos decorrentes (vítima/agressor, certo/errado, culpado/inocente). Assim, sobressai o caráter pacifista do método que se baseia na ideia de complementaridade “[...]que pressupõe, em todo conflito, a presença *ativa* de dois opositores *responsáveis* pela sua manifestação e manutenção. Ativa aqui não é sinônimo de violência, como passiva tampouco é sinônimo de vitimização”<sup>364</sup>.

---

<sup>363</sup> MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Trad. Magda França Lopes. São Paulo: Artmed, 1998, p.168.

<sup>364</sup> MUSZKAT, Malvina Ester (org). **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência, São Paulo: Summus, 2003, p.35.

O campo generalista de definições em torno da conciliação e também da mediação sugere a Riskin<sup>365</sup> a organização de um quadro de intensidade tanto das metas quanto das posições que o terceiro ocupa em relação ao conflito. Quanto às metas, ou ao foco em relação aos conflitos, a resolução pode ser restrita ou ampla. Quanto ao terceiro que intervém, é possível variar entre um papel avaliativo ou facilitador.

O cruzamento destes parâmetros permite identificar a conciliação a partir de uma postura avaliativa, seja restrita ou ampla. “O mediador avaliador, ao prover avaliações, prognósticos e rumos, retira a responsabilidade sobre a tomada de decisões das partes e seus advogados. Em alguns casos, isso facilita o alcance do acordo”<sup>366</sup>.

Uma outra abordagem<sup>367</sup> que diferencia mediação e conciliação é aquela que associa: (i) quanto aos vínculos, a conciliação à atividade judicial, portanto, seria um momento consensual no seio de um processo adversarial, deixando a mediação para as tentativas espontâneas; (ii) quanto à finalidade, a conciliação focada no conflito conforme as disposições apresentadas pelas partes envolvidas, assumindo a mediação uma tarefa mais abrangente; e (iii) quanto ao método, aquela de uma participação mais ativa e propositiva do conciliador, deixando ao mediador um papel de comunicação, de facilitação e gestão da resolução do conflito.

Sobre a conciliação como um procedimento inserido no processo judicial, entendemos que a força institucional de hierarquização que a própria jurisdição contempla impediria estruturalmente a crença, por parte das partes, de que o juiz, que tem o poder de decidir, possa abandonar suas vestes e assumir uma postura de igualdade em relação aos jurisdicionados. Também questionamos se o próprio juiz será capaz desta transformação de

---

<sup>365</sup> RISKIN, Leonard. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.1, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2002, p.31.

<sup>366</sup> RISKIN, Leonard. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos. In: **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. 2002, p.50.

<sup>367</sup> Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Disposições finais. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord). **Teoria geral da mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p.256-257.

certa forma esquizofrênica, porque consideramos que a composição dos conflitos é oposta em um sistema adversarial em comparação ao consensual. A própria relação jurídica processual coloca o autor contra o réu e não simplesmente coordena partes.

Mas, para além de uma perspectiva que encara a conciliação apenas no espaço estatal, entendemos a conciliação como um sistema que pode ser realizado, como a negociação e a arbitragem, fora dos espaços judiciais. Há que se separar os dois movimentos: de um lado, o sistema judicial, como já analisado nas cenas anteriores deste ato, tem procurado maneiras de otimizar a sua prestação jurisdicional, e a tentativa de incorporar elementos de outros sistemas não é uma exclusividade da realidade brasileira. Mas ao incorporar a conciliação ou mediação, o sistema judicial, que é adversarial, adapta os novos sistemas a seus pressupostos, desnaturando-lhe alguns elementos, quiçá esvaziando completamente o potencial emancipador e pacifista dos métodos consensuais.

Por outro lado, o reconhecimento por parte do Judiciário das próprias insuficiências em garantir um acesso à justiça satisfatório contribui para estimular arenas diversas de resolução de conflitos, o que nos impulsiona a pensar a conciliação como um sistema independente que pode se desenvolver fora dos espaços estatais.

O foco no acordo, a possibilidade de propor, opinar e avaliar a qualidade de uma resolução como parte do processo mesmo de composição de conflitos já delineiam elementos próprios para a conciliação. Assim, apresenta-se como útil a diferenciação de uma mediação ativa e passiva, atribuindo neste trabalho, respectivamente, a denominação de conciliação e mediação.

Para aqueles que não distinguem a conciliação da mediação<sup>368</sup>, realçando que a legislação brasileira incorporou com o nome de conciliação o que os norte-americanos

---

<sup>368</sup> AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, 2003, p.153.

chamam de *mediation*, todas as características de uma poderiam ser aproveitadas para a outra, fundindo-se aqui os comentários deste com o ponto seguinte. No entanto, já ressaltamos a necessidade de uma diferenciação mínima, que diversifique sistemas de resolução.

Estando direcionada para o acordo, a conciliação tem que se preocupar com os desvios estratégicos que a imposição de um acordo pode representar. Ela não pode perder a sua legitimação de sistema autocompositivo e desejar impor um acordo a qualquer custo. A imposição de uma solução é próprio dos sistemas heterocompositivos, como visto no sistema judicial e na arbitragem.

Neste aspecto, há que se retornar à crítica já lançada acerca do desenvolvimento da conciliação no espaço judicial, como exemplo de uma prática que não deve ser reproduzida nas arenas conciliatórias fora do Judiciário.

O conciliador judicial cumpre seu papel institucional e burocrático quando o acordo é assinado e, por isso, muitas vezes utiliza todos os meios de pressão disponíveis para fazer com que as partes aceitem algum acordo. E mais grave ainda é a distorção do papel dos juízes que, para 'agilizar' o seu próprio serviço, pressionam as partes, afirmando expressamente (ou quase expressamente) a uma das partes que ela deveria aceitar uma certa proposta, pois o acordo lhe seria mais vantajoso que a decisão que ele tomaria se tivesse que resolver o conflito. O mais grave é que essa supressão da autonomia é revestida por um discurso de garantia da própria liberdade das partes<sup>369</sup>.

Portanto, o foco no acordo não pode reduzir a ação do conciliador a um agir meramente estratégico e descomprometido com a autonomia das partes e a satisfação de uma resolução conflitiva. É com esta ressalva que podemos vislumbrar no agir conciliador o exercício de uma prudência e de uma amizade, comprometendo-se com as partes a envidar todos os esforços (e não simplesmente todos os meios coercitivos) e conhecimentos na obtenção do melhor acordo.

---

<sup>369</sup> COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p.181.

Fora toda a utilização que judicialmente tem se dado à conciliação, nos juizados especiais, na esfera trabalhista, nos litígios de trânsito, também destacamos a conciliação como apropriada a gerir conflitos cujo cumprimento de disposições legais vincule mais a escolha das partes, porque poderia o conciliador intervir mais diretamente na construção do acordo, sugerindo adequações. Além do mais, destaca-se a conciliação quando o conflito não interferir substancialmente na subjetivação dos envolvidos, quando a mediação transformadora poderá dar um tratamento mais completo. Seguindo este caminho, torna-se a conciliação um grande instrumento para uma cultura de paz .

### 6.5 Mediador e mestre: o encontro consigo mesmo

Há muitas atividades ou procedimentos que são nomeados como mediação. Já se viu que a própria mediação, quando direcionada para o acordo, se confunde com a conciliação. Como prática de intervenção, a mediação ressurgiu nos Estados Unidos<sup>370</sup> e na Grã-Bretanha no início dos anos setenta, e no Canadá nos anos oitenta. Tais práticas logo ganharam destaque por serem extremamente bem sucedidas quanto à qualidade e quantidade das resoluções de conflitos<sup>371</sup>.

A doutrina especializada<sup>372</sup> costuma classificar a mediação a partir da postura do mediador e do resultado que poderá atingir. Assim, identifica uma mediação facilitadora e uma mediação avaliativa, eventualmente um misto das duas. Na mediação facilitadora, o terceiro neutro funciona como um elo entre as partes, viabilizando a comunicação, ajudando

---

<sup>370</sup> Nos Estados Unidos, a consolidação dos mecanismos paraprocedimentais encontra no *Alternative Dispute Resolution Act* de 1988 um documento legislativo substancial. O texto, na íntegra, encontra-se disponível em [http://www.epa.gov/adr/adra\\_1998.pdf](http://www.epa.gov/adr/adra_1998.pdf). Acesso em: 01/02/2010.

<sup>371</sup> ÁVILA, E. Mattos. **Mediação familiar**: formação de base. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Florianópolis, 2004, p.25.

<sup>372</sup> Cf. COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Trad. De René Locan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p.43-5.

as partes a identificarem os pontos a serem trabalhados, o foco dos conflitos, as questões emocionais, perdas e ganhos. A postura é de fato aquela de facilitar, mas não de construir o acordo. Na mediação avaliativa, o mediador é chamado a “emitir um parecer ou uma recomendação quanto ao valor do acerto ou quanto a alguma outra solução”<sup>373</sup>.

Mas a diversificação da atividade mediadora não se restringe a essa taxionomia dicotômica, podendo multiplicar-se em papéis que se adaptam às contingências de cada conflito. Cooley<sup>374</sup> enumera, entre os exemplos desses papéis: (i) a abertura de canais de comunicação; (ii) a legitimação, que envolve o reconhecimento do direitos de si próprio e das demais partes; (iii) a facilitação de processos; (iv) o treinador, na formação de novas lideranças ou negociadores; (v) o aumento dos recursos, funcionando como um assessor técnico em questões relacionadas à necessidade de peritos, outros bens, tendo em vista o aumento de possibilidades de acordo; (vi) a exploração de problemas, onde assume um papel terapeuta; (vii) o bode expiatório, que se compromete com os resultados atingidos pelas partes, assumindo eventualmente responsabilidades e culpas, solidarizando-se com as partes; (viii) o agente da realidade, que ajuda a construir um acordo satisfatório e realizável; e (ix) a liderança, transmitindo segurança e tomando a iniciativa por meio de sugestões procedimentais ou substantivas.

Fica perceptível que as tentativas de sistematização e classificação do tema esbarram na dificuldade de identificar com exatidão o alcance da atividade mediadora, diferenciá-la de negociações ou conciliações, sobretudo a partir referencial teórico norte-americano<sup>375</sup>. Não se pode ignorar que a flexibilização da mediação como procedimento e a

---

<sup>373</sup> COOLEY, A **advocacia na mediação**, 2001, p.44.

<sup>374</sup> Idem, p.44-5. Acrescenta o autor que “o mediador facilitativo pode confortavelmente assumir qualquer um dos nove papéis. O mediador avaliativo pode recorrer a algum desses papéis, mas normalmente se concentra nos papéis de líder e de agente da realidade”.

<sup>375</sup> Avalio que a tradição prática dos norte-americanos, como de resto dos países de *Common Law*, coloca com muita ênfase a questão do raciocínio pelo exemplo, com seus textos recheados pela narrativa dos casos. Neste sentido, a percepção da multiplicidade de procedimentos e de rumos possíveis para a resolução de um conflito fica ainda mais evidente, já que, junto com a tentativa de exemplificar um dado aporte teórico, aparecem também as singularidades dos casos, o universo particular do conflito.

abertura para a compreensão do problema para além dos limites do juridicamente decidível acabam por impedir a identificação da mediação em um conceito fechado, uniformizar uma classificação, totalizá-la em um *a priori*. Ademais, não se pode perder de vista que o reconhecimento de legitimidade quanto à flexibilização dos procedimentos permite também um certo hibridismo entre os sistemas, na tentativa de adequar-se contingencialmente ao conflito. É extremamente importante preservar, diante da possibilidade de hibridismos, a ciência das partes envolvidas em relação às mutações. Assim, resgatamos a necessidade de uma diferenciação mínima, que permita ao agente perceber e enunciar o acento ou o solo sob o qual se põe na resolução do conflito.

É desejável, portanto, reconhecer duas maneiras de mediar: uma mais técnica, mais focada no acordo e outra transformadora, focada na aprendizagem, na subjetividade dos envolvidos. Tomo aqui a linha da mediação transformadora, aquela trabalhada por Warat entre outros<sup>376</sup>. A pretensão de Warat, no entanto, vai muito além das expectativas desta tese. Warat pensa a sua mediação como um instrumento de liberação coletiva, um projeto de mediação dos oprimidos<sup>377</sup>, dos excluídos, para além da negociação transformadora de matriz norte-americana<sup>378</sup>, que encara o comunitário como vínculos entre vizinhos, comunidades étnicas, minorias. Warat se propõe a ampliar a atuação da mediação numa transformação que reconstrói a cidadania, portanto, a partir de um referencial do coletivo.

Sem nos deixar seduzir pela perspectiva prática e psicologizante da visão transformadora da mediação norte-americana, com seu passo a passo, sua sequência quase-lógica, mas sem avançar nos desdobramentos políticos e sociais de uma mediação do oprimido, iremos nos circunscrever aqui a explorar as características gerais da mediação

---

<sup>376</sup> Entre os estrangeiros, Cf. SLAIKEU, Karl A. **No final das contas**: um manual prático para a mediação de conflitos. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. Entre os nacionais, Cf. MORAIS, José L. Bolzan de. E SPENGLER, Fabiana M. **Mediação e Arbitragem**, 2008.

<sup>377</sup> “Denominei *Mediação do Oprimido* as formas de diálogo que tentam resolver, no Brasil, os conflitos comunitários e individuais nos espaços urbanos e rurais de exclusão social”. WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. In: **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.203.

<sup>378</sup> WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. In: **Surfando na Pororoca**, 2004, p.204.

propostas por Warat, na tentativa de cartografá-las: sensibilidade, compaixão, alteridade, contágio (afinidades eletivas) e diálogo.

Nesta perspectiva, o mediador é um ator social cujo caminho de transformação do outro o obriga a transformar-se a si mesmo<sup>379</sup>. Não concilia, não propõe, não decide: o mediador escuta, incita o falar das partes, conecta, articula e quanto menos sua intervenção for solicitada, mas eficiente ela terá sido<sup>380</sup>. Isto não significa que a sua função é dispensável. Ao contrário, pois se as partes por si só tivessem este canal aberto, já teriam sozinhas chegado a um termo, quiçá sequer chegado ao conflito.

A mediação está tentando resgatar a delicadeza da relação, fragilizada pelo conflito. É por isso que Warat<sup>381</sup> aproxima o ofício do mediador do amor e o desatrela exclusivamente dos saberes técnicos. Um ofício que requer uma autenticidade, um agir e uma sensibilidade que o aproxime do respeito pelo outro<sup>382</sup>, numa relação horizontalizada de vontades, desejos, subjetividades.

Pela mediação, seriam abertas fissuras que deslocariam a ideia de humano que a modernidade inventou, o humano da razão, da técnica, inundando-o com o amor, com a sensibilidade, numa reinvenção do próprio humano. E vai além: propõe a mediação como um processo de comunicação que pode ser visto como uma modalidade das relações de ajuda, cujo objetivo é a transformação do conflito ao introduzir-lhe o diálogo. E a partir desta configuração mais ampla, é possível falar em mediações preventivas e reparadoras, jurídicas, comunitárias, institucionais ou privadas. “Também a mediação pode ser vista como política

---

<sup>379</sup> “Também quero falar preliminarmente sobre o fato de que ninguém pode desempenhar-se eficazmente como mediador se previamente não harmoniza a intimidade de sua própria alma. WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador”. In: **Surfando na Pororoca**, 2004, p.213.

<sup>380</sup> Igualmente, quem pensa na mediação como uma negociação assistida também dosa a intervenção do mediador como inversamente proporcional à fluidez da comunicação entre os envolvidos. Cf. SLAIKEU, Karl A. **No final das contas**, 2004, p.64.

<sup>381</sup> WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador In: **Surfando na Pororoca**, 2004.

<sup>382</sup> “Como colocar-se nos sapatos do outro”. É esta a metáfora utilizada por Malvina Muszkat que acrescenta: “[...] numa situação de conflito, caracterizada por desejos excludentes entre as partes, o reconhecimento do Outro como diferente de Mim é a condição básica para a proposição de um diálogo, o meio mais eficiente para a preservação da individualidade na intersubjetividade.” MUSZKAT, Malvina Ester (org). **Mediação de conflitos**, 2003, p.35.

cultural e como paradigma superador das visões de mundo produzidas pela condição moderna”<sup>383</sup>.

O caráter transdisciplinar é uma marca essencial da mediação. Não existindo uma teoria geral que possa fundá-la, e exatamente por romper com a lógica racional da modernidade, em suas exigências procedimentais, técnicas e objetivas, a mediação acaba por receber todas as críticas de um momento de ruptura de *episteme*. Sem dúvida que a nossa formação, com o olhar da modernidade, tende a desqualificar todo conhecimento que não possa ser enquadrado em sua fórmula de racionalidade. O risco de um direito líquido, os riscos da sociedade de risco, enfim, exigem uma postura completamente diferente dos sujeitos, dos atores sociais. Reconfigura o próprio direito, alojando a discussão não mais numa perspectiva abstrata e normativa de busca de segurança e estabilidade, mas no seio das relações mesmas das gentes, onde irrompem elementos irracionais, subjetivos, emotivos, onde a sensibilidade ocupa a ordem do dia, com ou sem romantismo.

Mais que técnica, procedimento ou teoria: a mediação é uma postura, é uma maneira de interagir com pessoas em conflito e com isso, a mediação exige (se já não for) uma reflexão ética. Um terceiro mediador é aquele que procura, em sua ação, em sua configuração institucional, colocar-se numa postura comunicadora, aumentando o respeito pelas partes e a escuta, mas uma escuta nem tão psicanalítica, nem confessional. A escuta tem um sentido analítico, construtivo e não inquisitorial. “A procura crítica da autonomia passa por um *entre-nós* participativo do diálogo com o outro. Um saber escutar o outro”<sup>384</sup>.

---

<sup>383</sup> WARAT, Luis Alberto. *Mediación, derecho, ciudadanía, ética y autonomía en el humanismo de la alteridad*. In: **Surfando na Pororoca**, 2004, p.383-4. No original: “*También la mediación puede ser vista como política cultural y como paradigma superador de las visiones de mundo producidas por la condición moderna.*”

<sup>384</sup> WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. In: **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.195

A divergência é mais produtiva, portanto, que a convergência de ideias. Mas a divergência crítica<sup>385</sup> é uma tomada de posição ética que inclui o outro e o faz indispensável. Ela permite que as partes se coloquem no conflito e se movam, atuem, joguem.

As aproximações com uma terapêutica podem conferir à mediação uma certa conotação de cura. Mas não é este o acento trazido<sup>386</sup>. A inserção de conceitos ou noções psicanalíticas no seio da prática da mediação encontra uma experiência que as modifica, já que os resultados da mediação podem ser muito diferentes da psicanálise. Esta é a ênfase de Warat, que reconhece e afirma a necessidade de se superar uma perspectiva acentuadamente terapêutica para a mediação. Em sua análise, ela tem que ser vista com a ênfase na dimensão pedagógica, que não excluiria, por certo, em seu desenvolvimento, elementos da terapêutica, mas que não se propõe a inscrever-se como meio de salvar o indivíduo, mas como instrumento de transformá-lo e fortalecê-lo.<sup>387</sup>

“A educação participativa procura que nós adquiramos a responsabilidade de produzir nossas próprias crenças, ajudar-nos nós mesmos (com a menor cota de ajuda terceirizada) a subtrair de qualquer outro com pretensões de dominador, o poder de produzir-nos as crenças”<sup>388</sup>. Neste aspecto, mais uma vez Warat nos permite aproximá-lo de Foucault, em sua aposta nas tecnologias de si, que permitem ao sujeito modular sua existência esteticamente, na potencialização de um cuidado de si.

---

<sup>385</sup> Para Warat, “criticar não é exercer um pensamento negativo, é por em crise um modo de entender o mundo (um paradigma) para tomar decisões que permitam uma mudança, abandonar-se; desprender-se do que já está morto em nós ou na sociedade, ou em nossas relações com os outros”. WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. In: **Surfando na Pororoca**, 2004, p.196.

<sup>386</sup> Posição compartilhada com outros autores. Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Disposições finais. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord). **Teoria geral da mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p.241-286

<sup>387</sup> “Podríamos hablar, acepto, de una pedago-terapia, pero quitándole, en este contexto, el componente terapéutico, todas sus connotaciones de cura, o de clínica del psiquis humano. Lo terapéutico tendría aquí que ser entendido como proceso de aprendizaje de ciertos caminos de desintoxicación cultural, institucional y política. Algo mucho más próximo de los análisis institucionales, existenciales o éticos, que de las dimensiones clínicas de la terapia.” WARAT, Luis Alberto. *Diálogos del excluido: La ciudadanía y los derechos humanos como pedagogía: movimientos y desdoblamientos sobre el carácter pedagógico y poco terapéutico de la mediación*. In: **Surfando na Pororoca**, 2004, p.320.

<sup>388</sup> Idem, p.195.

A ‘prática do cuidado’ é uma forma de forçar o poder, para que encontre limites, e os outros, para que não nos invadam ou manipulem. A dimensão política do cuidado passa pela necessidade de dizer não ao poder ou aos outros que nos maltratam, impondo-lhes limites, tratando por todos os meios de evitar que fiquemos presos a uma estrutura cesarista. Por aí passa o sentido estrito da palavra cidadania: o controle do limite, o controle da invasão. Por aí começa o sentido mais amplo de cidadania como uma forma solidária de encontrar-se com o outro (como limite que me constitui autônomo) para realizar a autonomia. É a cidadania uma questão ecológica e de subjetividade: a cidadania é um reclamo, ético-estético-político-cognitivo, por uma melhor qualidade de vida<sup>389</sup>.

É neste sentido que intentamos aproximar<sup>390</sup> a imagem do mediador de hoje do mestre de outrora, o mestre que conduz com desprendimento, e que permite ao discípulo ser mais autônomo a cada exercício. É evidente que não se trata na mediação de uma subordinação ao mediador, mas é preciso que as partes respeitem e confiem nas habilidades do mediador, e sobretudo, que acreditem no seu trabalho e se comprometam com o processo. Como no exercício antigo, o exercício da mediação põe em risco as crenças das partes, joga com suas posições e, enquanto transformadora, pretende efetuar um deslocamento na subjetivação dos sujeitos envolvidos.

Interpretamos a característica da compaixão como expressão de uma preocupação com o outro que nos obriga a pensar eticamente. Não gosto, a princípio, da palavra empregada, dada a carga ideológica cristã que ela suscita. Buscando alinhar o sentido, a compaixão pode ser também uma forma de amor que revela a necessidade de viver um pouco o outro e seus conflitos. Mas o próprio Warat quase não explora esta característica, deixando-a subtendida nas demais.

Na construção de seus alicerces e saberes, a mediação aproveita, transversalmente, diversos campos de saber, o que a faz necessariamente transdisciplinar. Esta é a razão pela qual diversos profissionais e pessoas experientes podem e devem estar envolvidos como mediador, a exemplo de psicólogos, assistentes sociais, líderes comunitários, educadores, entre outros. A mediação, portanto, é mais que um procedimento para o direito, é uma forma

---

<sup>389</sup> WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador . In: **Surfando na Pororoca**, 2004, p.171.

<sup>390</sup> “Provocar-te, estimular-te, para te ajudar a chegar ao lugar onde possas reconhecer algo que já estava ali (ou em ti). Esse é o papel do mestre, e também o papel do mediador”. Idem, p.13.

mais flexível de resolução de conflitos, que não ignora, por certo, os limites do jurídico. Este compromisso do mediador com a lei não o faz atrelado, como o juiz, ao direito vigente. Mas, por outro lado, ele não pode ignorá-lo, sendo extremamente necessário que o conheça. Isto não significa dizer que o mediador tenha necessariamente que ser um advogado, porque ele precisará de habilidades interdisciplinares e, do mesmo modo que um advogado mediador precisa se inteirar, estudar e saber lidar com questões e problemas psicológicos ou sociais, o psicólogo ou o assistente social também podem adquirir um conhecimento suficientemente aprofundado da lei.

Estabelecidos os fundamentos filosóficos do que consideramos pertinente para o delineamento de uma mediação comprometida com a democracia e com uma visão mais plural e emancipadora das subjetividades, é possível aproveitar a sistematização do pragmatismo de vertente norte-americana, cujo acúmulo de experiências é enorme em matéria de mediação e outros sistemas de resolução de conflito. Conforme Stulberg e Montgomery,

As principais funções do mediador incluem: presidir a discussão; esclarecer as comunicações; educar as partes; traduzir as propostas e discussões em termos não polarizados; expandir recursos disponíveis para o acordo; testar a realidade das soluções propostas; garantir que as soluções propostas sejam capazes de serem anuídas; servir como um bode expiatório para a veemência e frustração das partes; e assegurar a integridade do processo de mediação. A fim de desempenhar estas responsabilidades com eficácia, um mediador deve ser neutro, imparcial, objetivo, flexível, inteligente, paciente, persistente, enfático, ouvinte eficaz, imaginativo, respeitado na sua comunidade, honesto, confiável, não superprotetor, perseverante, persuasivo, energético e otimista. Ao mesmo tempo em que estas parecem ser as características de um santo, muitas pessoas, de fato, possuem a maioria dessas características em um nível suficiente para serem mediadores capazes<sup>391</sup>.

A partir desta configuração teórica, percebemos quais conflitos exigiriam uma resolução baseada na mediação. Entenda-se bem, não é uma questão de exclusividade, é uma possibilidade de escolha. Ma a diversificação de sistemas aponta também para uma certa afinidade entre conflito e resolução, uma certa atração por um modo de resolver, tendo em vista as características do próprio conflito. Não descartaria a mediação como uma forma de

---

<sup>391</sup> STULBERG, Joseph B. e MONTGOMERY, B. Ruth. Requisitos de planejamento para programas de formação de mediadores. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p.115.

resolução muito adaptável a diversos conflitos, mas é preciso medir a possibilidade dos conflitos serem mediados. Para não construir outros conflitos, agora com a lei ou o próprio direito, sobre a mediação é dito, por exemplo, que não deve versar sobre direitos indisponíveis<sup>392</sup>, dada a possibilidade de movimentação de um processo judicial para reverter seus termos. Neste ponto, sustentamos um posicionamento diferente. Como os direitos indisponíveis estão protegidos pelo Estado como bens ou valores que a sociedade não pode abrir mão, entendo que a vedação não se dirige à impossibilidade das partes decidirem sobre direitos indisponíveis, mas que, esta indisponibilidade exigiria a homologação da justiça pública para que estivesse garantido o acordo contra desmandos. Quando um casal que tem filhos menores entra com uma ação judicial de separação consensual e disciplina na petição sobre a guarda dos filhos ou a pensão alimentícia, está lidando com direitos indisponíveis, que serão averiguados quanto à adequação, pela Justiça. Para a construção dos termos desta petição conjunta, eles podem ter sido auxiliados por um mediador. Portanto, a indisponibilidade do direito não veda a mediação sobre ele, mas condiciona a aceitação a uma homologação pelo poder Judiciário.

Um dos espaços privilegiados para o desenvolvimento da mediação se situa na zona dos conflitos de família. Especialmente, a mediação familiar lida com conflitos que jogam com a subjetividade dos atores envolvidos. Conflitos conjugais, relações de pais e filhos, guardas e pensões, o próprio nome e sua condição civil estão diretamente envolvidos nos conflitos familiares. Certa dose de sofrimento, ansiedade, sentimento está presente e se mistura às questões patrimoniais. Não há como isolar os fatores psicológicos, sociais, morais, das questões jurídicas.

Com o desenvolvimento, embora ainda não generalizado, da mediação, a cada dia outros conflitos vão sendo testados sob seus procedimentos. É preciso registrar, inclusive, a

---

<sup>392</sup> Esta afirmativa, pela impossibilidade de mediar sobre direitos indisponíveis está em PANTOJA, Fernanda Medina. Mediação incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord). **Teoria geral da mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p.206-7.

possibilidade de uma mediação envolvendo a fazenda pública, embora o foco desta tese seja aquele, já anunciado, de conectar a mediação à questão da subjetividade dos sujeitos envolvidos, obstaculizado pelos conceitos que envolvem e definem a pessoa jurídica.

Do ponto de vista do ordenamento brasileiro, a ausência de uma lei sobre mediação não é obstáculo para que ela seja desenvolvida. Dentro do espaço de licitude do direito, a autonomia do sujeito permite que ele possa solucionar seus conflitos. A ideia processual de vedação da autotutela objetiva evitar o uso particular da força, e não a resolução autônoma e ética de nossos próprios conflitos.

A mediação, no entanto, vai além de uma mera hipótese permissiva do ordenamento. Há experiências inclusive já sendo efetivadas por estímulo da própria Justiça brasileira, como a instalação de Serviço de Mediação Familiar, a partir de 2001, junto às Varas de Família do Estado de Santa Catarina<sup>393</sup>, por exemplo. Embora ainda tímida em relação à mediação, há também a atuação das instituições privadas e Câmaras de Mediação e Arbitragem que vêm, paulatinamente, divulgando e exercitando a mediação.

Por outro lado, há em tramitação no Congresso Nacional, desde 1998, projeto de Lei<sup>394</sup> que institui e disciplina a mediação como método consensual paraprocessual de resolução de conflitos na esfera civil.

Sem entrar no mérito da perspectiva e abrangência que estas experiências e o citado projeto de lei possam significar, é preciso refletir que a mediação não pode ter o objetivo imediato simplesmente de desafogar o Judiciário ou dar celeridade à resolução dos

---

<sup>393</sup> Cf. Resolução do TJSC nº11/2001 que dispõe sobre os Serviços de Mediação Familiar e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/resolucao.htm>. Acesso em 03/02/2010. Outras iniciativas podem ser encontradas espalhadas pelo Brasil, como a do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), o Tribunal de Alçada do Paraná, o Juizado Especial Cível de Curitiba, dentre outros.

<sup>394</sup> O projeto de lei, inicialmente de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, foi apresentado na Câmara em 1998 (sob o número PL 4.827/1998) e ao seguir para o Senado em 2002, sofreu modificações pela emenda substitutiva proposta pelo Senador Pedro Simon. Atualmente, o projeto encontra-se novamente na Câmara, aguardando trâmites. Há igualmente em trâmites outros projetos relativos à mediação, com alterações mais pontuais no CPC ou em legislação especial. Cf. Projeto de lei 505/2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/444215.pdf> Acesso em 05/01/2010.

conflitos. Embora estes objetivos sejam positivos, eles devem ocupar um lugar secundário na compreensão da importância da mediação. Primordialmente, ela deve significar uma maior autonomia, liberdade e respeito à subjetividade dos atores envolvidos no conflito. Ela deve ser uma escolha, porque uma mediação não pode ser uma obrigação. No momento em que a decisão só pode ser formulada pelas próprias partes envolvidas, não faz sentido que estas pessoas sejam obrigadas a mediar. No nosso entender, este parece ser o ponto chave para que o processo de experimentação e concretização da atividade mediadora possa adquirir raízes e dar frutos duradouros.

Mas o projeto em trâmite no Congresso brasileiro, alinhado a outras normatizações do direito comparado, prevê que a mediação seja uma pré-etaapa obrigatória na resolução de conflitos. Neste ponto, um grande e comprometedor equívoco. Em primeiro lugar, a formalização da mediação como um procedimento judicial, como uma etapa no desenvolver geral do processo e da jurisdição estatal, acaba por desnaturar-lhe as características de flexibilização e horizontalidade de forças. Se as partes procuram o Judiciário para dirimir seus conflitos, é porque esperam a intervenção de um terceiro hierarquizado, e avaliam que não estão aptas a resolver como protagonistas os conflitos em que se envolveram. Haveria estímulo para mediar?

Por outro lado, se a vontade de encontrar a solução como protagonista não estiver presente, a mediação preliminar obrigatória, ao contrário de trazer celeridade para o sistema, pode significar uma burocratização e morosidade ainda maior para o sistema judicial. É neste sentido que Fernanda Pantoja verte sua crítica:

Configura-se, por outro lado, principalmente nos moldes em que se dispõe o projeto, um inegável ônus ao Judiciário, rendendo-se ao paternalismo estatal do qual a sociedade brasileira, em variados setores, não consegue se desvencilhar. Permanece o projeto fiel à cultura estatizante, ao propor uma mediação que não abandona o paradigma da jurisdição, desenvolvendo-se sob controle, fiscalização e normatização do próprio Estado<sup>395</sup>.

---

<sup>395</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Mediação incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord). **Teoria geral da mediação**, 2008, p.196.

Há que se perceber ainda que, a oferta 'oficial' de um espaço de mediação pode significar um desestímulo à criação de espaços descentralizados de resolução de conflitos, vertendo, no lugar de diversificar, ainda mais poder ao próprio Estado.

É neste sentido a crítica de Paula Nader, quando enumera as críticas em torno das ADR:

Nessas críticas, a mediação obrigatória é descrita como controle - na definição "do problema", no controle do discurso e da expressão - dificilmente uma alternativa para um sistema antagônico que faz o mesmo. Os mesmos críticos descrevem a mediação/negociação como algo destruidor de direitos ao limitar a discussão do passado, proibir a ira e forçar o compromisso. Em suma, a mediação obrigatória limita a liberdade porque frequentemente é externa à lei, elimina opções de procedimentos, remove a proteção igual diante de uma lei antagônica e em geral não se dá publicamente<sup>396</sup>.

Por outro lado, o juiz mediador permite o desenvolvimento do jogo? O que haveria de ardiloso e auspicioso nesta figura de um juiz Hermes? No nosso entender, tanto obrigar alguém a mediar quanto transformar temporariamente um decisor em mediador (que, se frustrado, poderá voltar a decidir), quanto pensar primeiro no Judiciário que será desafogado do que na construção de práticas mais comprometidas com os indivíduos são contradições da maneira como a mediação vai sendo incorporado tanto social quanto legalmente, no Brasil e em outros países.

Entender que os conflitos surgem, se multiplicam infinitamente não por uma pulsão social ao ilícito, por pura desobediência ao direito, mas porque as pessoas vivem, divergem, agem, relacionam-se, criam vínculos, mudam e tornam a mudar é uma consciência fundamental para reforçar a necessidade da mediação em culturas de paz e democracias.

Neste momento, apostamos na mediação como um sistema de resolução de conflitos responsável e comprometido com uma ideia de democracia participativa e emancipatória. Sobretudo quando estão em jogo, no conflito, mais elementos concernentes à subjetivação dos atores. Ela viabilizaria a superação de um modelo jurídico dependente de

---

<sup>396</sup> NADER, Laura. Harmonia Coercitiva. A economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 1994, p.22.

um sujeito universal, cuja justiça repousa na premissa de se estar sujeito à lei que faz dos sujeitos, sujeitos iguais e homogêneos. Com sua flexibilidade e preocupação ética, a mediação faz dos partícipes figurantes insurgentes, que tomam a cena e encena suas próprias vidas.

A mediação, assim, potencializa a construção de subjetividades em transformação em subjetividades que sejam estilizações da própria existência, porque incorpora, à sua maneira e dentro de suas necessidades, as tecnologias de si que Michel Foucault identificou como propícias ao movimento de auto-subjetivação do sujeito. Elas, mediação e tecnologias de si, guardam o compromisso com o outro, a legitimação na liberdade dos envolvidos e a responsabilização pelos próprios atos, contribuindo, uma e outra, para a construção de formas de vida mais emancipadas. É com foco neste enleio que se pode ver, na próxima cena, a insurreição dos figurantes.

## CENA 7 A INSURREIÇÃO DOS FIGURANTES: MEDIAÇÃO, SUBJETIVIDADES E NOVOS CONTORNOS PARA O DIREITO

O nosso itinerário, neste segundo ato, começou com a formação do Estado de direito jupiteriano, com o positivismo, a codificação, a subsunção linear e hierarquizada de normas. Junto à crise desse modelo, a crise da própria democracia representativa. Passamos ao (neo)constitucionalismo, onde o procedimento judicial, centrado na figura do juiz, ganha relevo e força, pela sua tarefa hercúlea de tudo decidir, ponderando, ajustando normas ao caso concreto.

As crescentes demandas por prestação jurisdicional geradas por uma sociedade complexa e diferenciada, apontam os desafios direcionados ao Judiciário e aos partícipes jurídicos, com proeminência à figura do Juiz. Nesse sentido, a ênfase de Ronald Dworkin<sup>397</sup> propondo uma interpretação construtiva direcionada, sobretudo, aos casos difíceis, cria a figura do Juiz Hércules: aquele que busca a coerência entre as convicções morais pessoais e os princípios éticos gerais, *construindo* a ética, em oposição ao modelo natural de John Rawls, por exemplo<sup>398</sup>.

Assim, nas teorizações da modernidade, o juiz, mais do que outros intérpretes do direito, como advogados e cidadãos comuns, representa um paradigma prático da articulação da argumentação judicial, que influi de maneira decisiva tanto na prática quanto no discurso jurídico como um todo. Destarte, este foco no juiz também fomenta a discussão entorno de suas limitações, apontando para outros agentes de resolução de conflitos.

---

<sup>397</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 25. ed., atual. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>398</sup> CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J. M., 1995, p. 78.

Em sua concentração de poderes e precariedade deliberativa, Hércules enfraquece ainda mais a democracia. Junto com as críticas a este modelo, discutimos alternativas, mais especificamente, apresentamos a ideia de François Ost de um juiz de rede, mediador.

A busca por novas formas de subjetivação, emancipadoras, ético-políticas e concretas, nos é colocada duplamente: quer estejamos alinhados com uma crítica mais aguda e contundente da modernidade, que a coloca a ser suplantada por uma pós-modernidade; quer estejamos alinhados com a concretização de um projeto de modernidade que tenha encontrado, enfim, numa perspectiva em si mesma crítica, sua versão mais completa.

A posição de Foucault em relação à modernidade nos parece ambígua e estimula as duas linhas de posicionamento crítico. De um lado, toda a problemática de Foucault sobre o sujeito, a ética, o poder, a liberdade reforça o projeto de modernidade, incluindo seu diagnóstico contundente sobre a própria subjetividade, e sobre o papel da crítica, a partir do texto de Kant sobre *Aufklärung* (1784). É um pouco nesta perspectiva, embora sem concordar com seu ponto de vista, que Habermas permite-se criticar Foucault em seu *Discurso filosófico da modernidade*, considerando-o, a seu modo, um filósofo liberal e conservador.

Mas Deleuze parece extrair de Foucault outras consequências, apontando uma ruptura com a modernidade na construção da diferença. Neste caso, o papel de Foucault na superação da modernidade, como um balizado diagnosticador de um funcionamento muito próprio de suas relações de força, corrobora o seu papel subversivo, que inspira o movimento feminista, a insubordinação de saberes na educação, até anarquistas libertários<sup>399</sup>.

Mas compreender que Foucault não está fora da modernidade não o coloca na posição de quem ratifica este projeto em sua inteireza. Ao contrário, as críticas ao modelo judicial lançaram foco sobre outros atores, que não o juiz. Os *déficits* de legitimidade da

---

<sup>399</sup> As produções do NU-SOL (PUC\_SP), capitaneadas por Edson Passetti, podem ser lidas na revista *Verve*, cujo volume 6 contem contribuições em torno de Foucault. Cf. **VERVE**, Revista semestral do NU-SOL – núcleo de sociabilidade libertária, programa de estudos pós-graduados em ciências sociais, PUC-SP, n.6 (outubro de 2004), São Paulo: o Programa, 2004. ISSN 1676-9090.

decisão judicial poderiam ser superados por outros atores, envolvidos na tomada de decisão ou na própria resolução do conflito? Se o juiz não é mais chamado a decidir e, em seu lugar, toma assento o conciliador ou mediador, como identificar essas novas figuras sem as confundir (ou já as confundindo) com a própria plateia? Se o mediador não decide, se a palavra final cabe às partes, ou mesmo diante da sugestão do conciliador, onde restará a autoridade do direito?

É preciso, portanto, nos deter um pouco mais sobre estes contornos que a mediação pode trazer para o direito, no sentido de um tratamento mais acolhedor de formas de subjetivação menos assujeitadas.

### **7.1 Hermenêutica, emancipação e subjetividades**

Na encenação deste espetáculo, observemos a música, a melodia e o bailado, o movimento dos atores. A tragédia da modernidade vai, ora aos poucos, ora aos bocados, incorporando elementos novos, frutos da viragem hermenêutico-pragmática na filosofia e no direito. A hermenêutica se transmuda incorporando nova dinâmica, novo movimento. Porque interpretar não é mais ato puro do intelecto, ato de decifrar e descobrir o que a representação é capaz de ocultar ou enunciar do mundo. Interpretar é já compreender.

Por isso, a escolha desta tese é por explorar os potenciais de uma emancipação que dialogue com a ideia de compreensão e através dela, possa contribuir para a percepção de novas práticas em relação aos intérpretes jurídicos, aos atores dos conflitos jurídicos e seus mecanismos de solução. Mas é preciso lembrar que, no ensaio dos movimentos de compreensão, devemos reconhecer a dificuldade de entendimento acerca do próprio termo emancipação.

Sem dúvida, este termo pertence à modernidade. Partindo de Descartes e avançando por Kant, Marx, Adorno, Habermas, Ricoeur ou Foucault, a temática da emancipação está presente. Em Marx, a emancipação do sujeito depende das condições econômicas e sociais, o que o faz apostar numa revolução do proletariado como o modo de superação de um estado de sujeição. Adorno, como integrante de uma visão mais pessimista em relação à modernidade, própria da teoria crítica da Escola de Frankfurt<sup>400</sup>, entende que a razão técnica e instrumental é a própria barbárie, e não as condições de pelas quais o homem se organizaria civilizadamente, para uma emancipação. Habermas, por sua vez, conecta a emancipação às condições de interação e comunicação entre os sujeitos, construindo toda uma teoria da ação comunicativa que não prescinde do sujeito moderno<sup>401</sup>.

Mas em Warat encontramos a ideia de uma cultura de emancipação que leva à autonomia do sujeito e a multiplicação de modos de ser. “O princípio da autonomia é o capital de realização de uma cultura da emancipação que se manifesta no trabalho dos homens para conquistar a solidariedade e a autogestão coletiva do poder, da lei, do saber e do desejo. O projeto de uma sociedade que revoluciona a si mesma, radicalizando a democracia [...]”<sup>402</sup>

É pretensão deste trabalho a percepção de subjetividades que possam significar resistências nas tramas de assujeitamento que a modernidade experimentou. E esperamos poder contribuir com a invenção de um *ethos* que resgate, a um só tempo, o cuidado consigo e

---

<sup>400</sup> “O termo Escola de Frankfurt tem sido usado para designar, ao mesmo tempo, um grupo de intelectuais e uma teoria social específica. Refere-se, portanto, à institucionalização dos trabalhos de um grupo de intelectuais marxistas não ortodoxos, que na Alemanha, a partir dos anos 20, procurou enriquecer o marxismo com contribuições de áreas correlatas como a psicanálise, a psicologia social, a estética e a história, desenvolvendo uma “teoria crítica da sociedade”. Esses intelectuais estavam associados ao Instituto de Pesquisa Social vinculado à Universidade de Frankfurt, criado em 1923. Em 1933, devido à Segunda Guerra Mundial o Instituto transferiu-se para Genebra e, em seguida para Nova York, voltando a estabelecer-se em Frankfurt somente em 1950. Seus representantes mais significativos foram Max Horkheimer, Theodor Adorno, Walter Benjamin, Erich Fromm e Herbert Marcuse. Jürgen Habermas pode ser considerado como o herdeiro intelectual da Escola de Frankfurt na atualidade”. DELUIZ, Neise. Formação do sujeito e a questão democrática em Habermas, **Boletim Técnico do Senac** - v. 21, n. 1, jan./abr., 1995.

<sup>401</sup> Cf. DELUIZ, Neise. Formação do sujeito e a questão democrática em Habermas, **Boletim Técnico do Senac**, 1995. Para uma crítica contundente de Habermas, Cf. BORGES, Bento Itamar. **Crítica e teorias da crise**, 2004, especialmente no seu capítulo final.

<sup>402</sup> WARAT, Luis Alberto. Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito. In: **Territórios desconhecidos**, 2004, p. 398-9.

o cuidado com o outro nas esferas de resolução de conflitos jurídicos. A aposta é aquela de buscar construir elos entre os movimentos de compreensão empreendidos pela filosofia hermenêutica contemporânea e o cuidado e estética da existência apresentado por Foucault. É a tentativa de conectar sistemas jurídicos de resolução de conflitos com perspectivas éticas da subjetividade que possam prescindir de um modelo de sujeito pre-definido, como o herói moderno.

Assim, na relação entre subjetividade e hermenêutica contemporânea, a perspectiva da compreensão desenvolvida por Heidegger e Gadamer permitiria um realce sobre o movimento de constituição temporal de cada um de nós, contingente e em movimento, tal qual pensamos a subjetividade a partir de Foucault. Heidegger estabelece a hermenêutica como fenomenologia do *Dasein* e da compreensão existencial. O *Dasein* é o estar-aí, o ser-no-mundo, o homem em sua existência histórica, dinâmica (devir). A compreensão é o movimento básico da existência. Não é simples captar sentido, não é se colocar no lugar do outro para viver o que o outro viveu e entendê-lo, não é uma dimensão nem objetiva nem subjetiva. O mundo é visto, não como um dado exterior, não como universo: o mundo está mais próximo do *nosso* mundo pessoal, escapando a uma conceituação ou conhecimento universal. “O mundo é algo que é sentido, contudo a compreensão tem que dar-se através do mundo [...] o mundo e a compreensão são partes inseparáveis da constituição ontológica da existência do *Dasein*”<sup>403</sup>.

Heidegger consolida uma crítica sobre o sujeito moderno, preso numa certa filosofia da subjetividade, para empreender uma ontologia existencial, que recoloca o ser em movimento, no tempo, no caminho. Se o ser é tempo (numa explicitação sobre as implicações da obra fundamental de Heidegger), ele não pode ser pensado como um *a priori* ou como uma essência.

---

<sup>403</sup> PALMER, R. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1997, p.137.

Neste aspecto, juntamente com as leituras de Nietzsche, é de Heidegger que Foucault se avizinha para lançar sua investida contra o humano construído e naturalizado pelos saberes<sup>404</sup>. As aproximações com Heidegger podem ser sentidas no entrelaçamento, na obra destes dois autores, com a questão do sujeito, da experiência, do acontecimento, da temporalidade. Questões que parecem comungar também com a preocupação em torno da resistência a formas de assujeitamento (em Foucault) ou objetificação (em Heidegger), comungar com a preocupação em construir um *ethos* para a liberdade<sup>405</sup>.

*Dasein*, temporalidade, acontecimento e outras ideias heideggerianas foram inspiração para Gadamer em sua filosofia. É o próprio Heidegger que aponta Gadamer como o autor que constrói, propriamente, uma hermenêutica filosófica. E, ao mesmo tempo, é Gadamer quem explicita a verdadeira retomada na questão do ser construída por Heidegger, a partir de Nietzsche<sup>406</sup>.

A proposta gadameriana<sup>407</sup> é fazer da hermenêutica filosófica a base de toda a constituição da verdade e possibilidade do conhecimento. Para tanto, parte da estética para liberar a questão da verdade dos moldes cientificistas, possibilitando estendê-la às ciências do espírito e, portanto, universalizá-la.

Não sendo proposta a distinção entre compreensão e interpretação, mas, ainda, juntando-as à aplicação, Gadamer estabelece um modo criativo para a desocultação de sentido, que se faz historicamente apoiado na tradição, permitindo uma mediação entre passado e presente, na abertura para novos horizontes. Há ainda um lugar privilegiado para a

---

<sup>404</sup> FIGUEIREDO, Luís Claudio. Foucault e Heidegger. A ética e as formas históricas do habitar (e do não habitar). **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 7(1-2): 139-149, outubro de 1995.

<sup>405</sup> DREYFUS, Hubert L. **Heidegger and Foucault on the Subject, Agency and Practices**. Disponível em: [http://socrates.berkeley.edu/~hdreyfus/html/paper\\_heidandfoucault.html](http://socrates.berkeley.edu/~hdreyfus/html/paper_heidandfoucault.html). Acesso em 25/02/09.

<sup>406</sup> Nietzsche, Heidegger e Foucault colocam-se em ligação pelas palavras do próprio Foucault, ao expressar que os dois primeiros foram os autores com quem “dialogou” em leituras, embora não tenha escrito sobre e eles. Cf. DUARTE, André de Macedo. Foucault à luz de Heidegger: notas sobre o sujeito autônomo e o sujeito constituído. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. L.; e VEIGA-NETO, Alfredo. (orgs.) **Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas**. 2 ed., Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p.50.

<sup>407</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**, Vol. I, tradução de Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante-Schuback., Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

linguagem na hermenêutica gadameriana, cuja herança de Heidegger é sensível: “o ser que pode ser compreendido é linguagem”<sup>408</sup>. Com isso, Gadamer destaca tanto o aspecto universal da hermenêutica quanto a linguagem com experiência do mundo, *medium* da experiência hermenêutica.

A ênfase nos atores e ainda, nos partícipes, na construção de um sentido que é partilhado, co-habitado, é aqui compreendida como uma postura hermenêutica. Com a virada hermenêutica, e recolocada a questão do ser, a questão do intérprete no direito tem que ser pensada a partir deste novo espaço que se abre. O direito que se direciona por uma realização, por uma concreção, dinâmico, não pode ter mais na dogmática senão um ponto de partida, necessário, porém não suficiente. “A construção de um novo saber no campo do direito vê-se intimamente ligada à práxis dos operadores jurídicos, pois somente uma prática (hermenêutica) renovada será capaz de construir um senso comum jurídico emancipatório”<sup>409</sup>.

Ainda situando-se na hermenêutica contemporânea, é possível perceber o esforço de Paul Ricoeur em problematizar a subjetividade para além do padrão posto. Quando Ricoeur<sup>410</sup> constrói seus agradecimentos na obra *O si-mesmo como um outro*, revela textualmente que utiliza o si no exato sentido do título de Foucault em o *Cuidado de si*. O si-mesmo, para Ricoeur, é uma expressão reforçada da subjetividade, indicando uma diferenciação entre *idem* e *ipse*. A ipseidade como identidade-ipse, “não implica nenhuma asserção concernente a um pretense núcleo não-mutante da personalidade”<sup>411</sup>. Ela sugere, complementando a expressão que forma o título da obra *O si-mesmo como um outro*, uma

---

<sup>408</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**, 2002, p.612.

<sup>409</sup> NOLETO, Mauro Almeida. **Subjetividade jurídica**: titularidade de direitos em perspectiva emancipatória, Porto Alegre: Fabris, 1998, p.125.

<sup>410</sup> Aliás, título que ele designa como maravilhoso. Cf. RICOEUR, Paul. **O si-mesmo como um outro**, 1991, p.12.

<sup>411</sup> Idem, p.13.

aproximação radical entre o si e o outro, tornando o si a um só tempo semelhante e considerado como um outro<sup>412</sup>.

A hermenêutica contemporânea tem que lidar com a questão da historicidade do ser, sua singularidade, mas também com a questão da emancipação, sua liberdade. São com estas referências que o sujeito interpreta, que ele constrói o sentido de sua ação: ética.

É possível que a mediação transformadora, somada ao deslocamento da subjetividade empreendida por Foucault – que nos faz pensar em subjetividades múltiplas – permita aflorar práticas mais éticas para o direito, de cuidado, de escuta, de emancipação e liberdade. E se assim for, como o esboço de um direito novo<sup>413</sup>, que talvez tenha sido apenas um devaneio de Foucault, a mediação atenderia a este apelo no sentido de ser um direito antidisciplinar e a um só tempo não apoiado no modelo da soberania. Não haveria um rito, um procedimento próprio e vinculante para que os atores, incluindo o mediador, obrigatoriamente tenham que passar. Não haveria essa disciplina fina, miúda do processo (que foi pensado, precisamente, para ser disciplina). E esta vinculação do processo à lei, a um direito que se de um lado é garantia num Estado democrático de direito, de outro, ignora deliberadamente as subjetividades, faz da parte uma figura secundária, necessariamente representada e assistida por um advogado, sem capacidade, sem autonomia, sem voz, sem desejos.

Por outro lado, não se invocaria a ideia de um direito de soberania, moderno, calcado na razão superior, absoluta, na inerência de uma natureza humana que faz do sujeito um sujeito *a priori*. Esse sujeito, que a mediação supõe, parte e contempla, é um sujeito singular, imanente, submetido antes a desejos, paixões, a um impulso criador, inusitado, que faz de sua subjetividade uma constante metamorfose, um sujeito sem forma, que se forma, se

---

<sup>412</sup> Idem, p.14.

<sup>413</sup>“De fato, soberania e disciplina, legislação, direito da soberania e mecânicas disciplinares são duas peças absolutamente constitutivas dos mecanismos gerais de poder em nossa sociedade. Para dizer a verdade, para lutar contra as disciplinas, ou melhor, contra o poder disciplinar, na busca de um poder não disciplinar, não é na direção do antigo direito da soberania que se deveria ir; seria antes na direção de um direito novo, que seria antidisciplinar, mas que estaria ao mesmo tempo liberto do princípio da soberania”.FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade (1975-1976)**, Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.47.

subjetiva, se movimenta. Sujeito de erros e acertos, um sujeito nem autônomo, nem soberano, mas liberto, emancipado.

É apenas uma pista que lançamos, porque não pretendo retomar aqui a discussão em torno das possibilidades de um direito novo em Foucault<sup>414</sup>. Mas é a aposta, acima de tudo, em torno de uma certa noção de emancipação e liberdade que permita um direito em novos contornos surgir<sup>415</sup>, emancipação e liberdade sempre ligadas à ação dos sujeitos, portanto, imanente e ética. E estes novos contornos não precisam ser novamente tomados por um modelo, mas podem conviver e significar pontos de ruptura na estruturação do poder tanto disciplinar, quanto soberano. É preciso permanecer em Foucault para pensar essa emancipação e esta liberdade, que tem que ser pensada como movimento, ação, poder. Um poder dobra-desdobra. Um poder ainda, resistência. Essa tensão permanente e dinâmica, fluida e inconstante com os outros. Ética.

Alguns exemplos de um novo contorno para o direito podem ser percebidos nas relações de família, de consumo, de reconhecimento de novos sujeitos. No direito de família, o laço de afetividade substituindo o tradicional critério de patrimônio. Seria uma forma de reconhecer que a sensibilidade pode ser mais determinante do que a razão, quando se trata de compartilhar vidas, cuidar e amar. O reconhecimento de contornos sobre novas sexualidades redundando em novos sujeitos, para além da dicotomia homem-mulher. Aqui também o fator determinante parece ser o reconhecimento de um certo direito de constituir a si próprio, de auto-subjetivação.

---

<sup>414</sup> Este debate está em Márcio Fonseca e parece mais ou menos assente que se Foucault dele fala no meio do Curso *Em Defesa da sociedade*, cita-o como uma elucubração, um devaneio, um quiçá. Cf. FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002; CHAVES, João Freitas de Castro. O problema do direito novo em Michel Foucault: entre a resistência e o fora. **Dissertação de mestrado**. Recife: Programa de Pós-graduação em direito da UFPE, 2006.

<sup>415</sup> Warat provavelmente também compartilha desta aposta, quando, pretendendo construir pontes para uma ‘conflitologia’ cita Foucault e ressalta que “a desconstrução do corpo biopolítico (principal contribuição das concepções de soberania e da ideia de um poder soberano) é um passo importante para ir introduzindo-nos nas concepções conflictológicas do Direito e, conseqüentemente, talvez do poder”. WARAT, Luis Alberto. A desconstrução da razão abstrata e o outro pensar: os arquivistas utópicos. In: **Surfando na Pororoca**, 2004, p.308.

## 7.2 Imagens da subjetividade, reinvenção, mediação

De Warat nos chega igualmente sopros de um sujeito diferente para o direito:

Suspeito – deleitando-me com Marilena – que, acabando com a tradição do sujeito, mestre do pensamento, nos encontraremos como homem situado na história, um homem predisposto a viver o saber como um exercício do poder, enfim, rumo à autonomia. Teríamos assim uma outra representação do sujeito, visto agora como um ponto entre cruzamentos de vozes, isto é, o sujeito significando a intertextualidade plena. A abolição do sujeito de conhecimento se produz por sua disseminação entre os discursos, eliminando toda a ordem de distância metalinguística.<sup>416</sup>

E prossegue, propondo a invenção de um outro “humanismo que valoriza o homem como sujeito de prazer e não mais como sujeito de dever (sujeito moral) e como sujeito de um olhar soberano na produção das significações (sujeito de conhecimento)”<sup>417</sup>.

Encontros intertextuais em cena: misturando os textos e falas para ecoar o sentido. É Warat quem propõe falar em uma transmodernidade (para além do apocalíptico discurso da pós-modernidade, que outra coisa não confirma senão o sentido de fim da história imposto pela modernidade) que “fale do novo como o lugar em que cada um de nós pode descobrir-se a si mesmo. Em todo caso, o novo não como território de que se vislumbra a terra prometida, a exterioridade sonhada. É o novo como sensibilidade”<sup>418</sup>.

Nas aventuras de buscar um outro lugar para a subjetividade, o encontro Foucault-Warat permite pensar que todo o sentido do sujeito trazido pelo direito, é apenas a sua versão

---

<sup>416</sup> Neste texto, intitulado *A ciência jurídica e seus dois maridos*, Warat enfrenta a teoria da linguagem de Barthes, além de outros autores como o próprio Foucault, a partir do imaginário de Jorge Amado em *D. Flor e seus dois maridos*. Cf. WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. In: **Territórios desconhecidos**, 2004, p.118. Em outro momento, seria interessante ressaltar a observação do autor quanto às projeções do masculino no direito, preponderantemente, impondo um padrão de racionalidade desequilibrado, sem prazer e sem fantasia. Propõe Warat uma construção “epistemológica a partir do feminino, compreendendo a condição humana em sua complexidade contraditória e histórica. Tentativa de uma busca de sentido (que se dá o nome de verdade) que ajude a pensar uma realidade conflitiva, sem as remissões masculinas a uma essência última” essência a que Platão sucumbiu em sua recusa final ao Eros de suas desventuras amorosas. Cf. WARAT, Luis Alberto. *Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito*. In: **Territórios desconhecidos**, 2004, p.480-1.

<sup>417</sup> WARAT, L. A. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. In: **Territórios desconhecidos**, 2004, p.118.

<sup>418</sup> Idem, p.86.

mais objetiva, mais coisificante, restrita de significações. É possível ir além, transbordar, romper barreiras e inundar a experiência jurídica com outros sentidos, novos referenciais.

E, no encontro destes dois autores, é possível compreender a ideia de subjetividade nômade. O termo não é cunhado por Foucault, mas ele próprio, por certo, inspira ligações. Certa vez teria dito: “não me pergunte quem sou, não me peça para permanecer o mesmo”<sup>419</sup>. É desta necessidade de mutação e de fugir de uma identidade, é deste risco incômodo da mudança, do deslocar, de subjetividades, do não-lugar, que pensamos. É este ser diferente, que não implica antítese (ser/ não ser), mas dissonância.

Para liberar a diferença é preciso um pensamento sem contradição, sem dialética, sem negação: um pensamento que diga sim à divergência; um pensamento afirmativo cujo instrumento é a disjunção; um pensamento do múltiplo – da **multiplicidade dispersa e nômade** que não é limitada nem confinada pelas imposições do mesmo; um pensamento que não obedece ao modelo escolar (que truque a resposta pronta), mas que se dedica a insolúveis problemas; ou seja, a uma multiplicidade de pontos notáveis que se desloca à medida que se distinguem as suas condições e que insiste, subsiste em um jogo de repetições. Longe de ser a imagem ainda incompleta e embaralhada de uma Ideia que, lá de cima, eterna, deteria a resposta, o problema é a própria ideia, ou melhor, a ideia não tem outro modo de ser senão o problemático: pluralidade distinta cuja obscuridade sempre insiste de antemão, e na qual a questão não cessa de se deslocar. Qual é a resposta para a questão? O problema. Como resolver o problema? Deslocando a questão.<sup>420</sup> (grifamos)

Inserida no caldeirão de discussão entre uma modernidade inacabada e uma pós-modernidade, a subjetividade nômade “tem a ver com a simultaneidade de identidades complexas e multidimensionadas. [...] O sujeito nômade é um mito, ou ficção política, que me permite pensar sobre e mover-me através de categorias estabelecidas e níveis de experiência”<sup>421</sup>.

<sup>419</sup> FOUCAULT, M. **A arqueologia do saber**. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves, 7 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.20: “Vários, como eu sem dúvida, escrevem para não ter mais um rosto. Não me pergunte quem sou e não me diga para permanecer o mesmo: é uma moral do estado civil; ela rege nossos papéis. Que ela nos deixe livres quando se trata de escrever”.

<sup>420</sup> FOUCAULT, Michel. *Theatrum Philosophicum* (1970). In: FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. Coleção Ditos e escritos II, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Elisa Monteiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005, p.245-6.

<sup>421</sup> BRAIDOTTI, Rosi. Diferença, diversidade e subjetividade nômade. In: Abrys, **Estudos Feministas**, número 1-2, julho/ dezembro 2002. Disponível em: [http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys1\\_2/rosi1.html](http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys1_2/rosi1.html). Acesso em: 20/05/2007. Defendendo uma perspectiva feminista, não simplória, da relação entre diversidade cultural e gênero, Braidotti discute a propriedade da adjetivação nômade para significar esta outra perspectiva da subjetividade, que privilegia a diferença, que privilegia o movimento de deslocar o olhar histórico e reinventar a

Portanto, é a partir desta metáfora que se pretende visualizar a subjetividade como algo sempre em construção, sempre em mudança, como algo que não pode ser reduzido a um modelo. “O sujeito autônomo não é um ser absoluto, uma mônada, é o resultado de um devir de subjetividades, um múltiplo de sublimações conflitivas e incertas”<sup>422</sup>.

E com isso, o sistema judicial, que parte dos *topoi* de igualdade perante a lei e de decisões uniformes, decisões que devem seguir um padrão, que têm como parâmetro de homogeneização a norma, o ordenamento jurídico, acabam por sufocar e ignorar as nuances de subjetividade que constitui aquilo que somos.

É compreensível, por exemplo, que nos conflitos de família, onde a subjetivação dos partícipes está diretamente em jogo, seus papéis, e onde os conflitos dizem respeito muito mais à vida que ao código, muito mais às pessoas do que às leis e ao próprio Estado, o modelo judicial tenha cada vez menos chance de atingir uma resolução, quando não cria novos conflitos, muito mais acirrados, novas culpas e ressentimentos. Não raras vezes o sistema judicial é usado como vingança, como uma maneira de infligir no outro um sofrimento, uma perda, potencializando os conflitos. Mesmo numa perspectiva otimista, o sistema judicial, por sua própria estruturação e procedimentalização não pode oferecer algo além de uma resolução padrão, nivelando por baixo os conflitos, neutralizando as forças subjetivas que os constituem.

Pensar em outros sistemas de resolução de conflitos que possam agir, paralelamente, alternativamente ou em conjunto com o sistema Judiciário torna-se uma tarefa urgente, tarefa já em curso pela teoria e dogmática jurídica do Brasil e de boa parte do mundo.

---

existência, e não mais a identidade, o mesmo e o progresso. “A renúncia a isto tudo seria uma posição mais confortável, em favor de uma visão descentralizada e multidimensionada do sujeito como entidade dinâmica e mutante, situada em um contexto, em transformação constante. O *nômade* expressa minhas próprias figurações de uma compreensão situada, culturalmente diferenciada do sujeito”. *Idem*.

<sup>422</sup> WARAT, Luis Alberto. Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito. In: **Territórios desconhecidos**, 2004, p.397.

Mas, além de diversificação de procedimentos, de sistemas de resolução, seria desejável potencializar as práticas emancipadoras, democráticas, libertárias, as práticas que liberem a subjetividade de um padrão homogeneizante e que potencializem em nós a responsabilidade por nossas vidas.

### **7.3 Tomando a cena e enunciando as próprias falas e textos. A lei como script, mediação e improviso**

Num movimento até certo ponto desconcertante, confundiram-se os papéis na teatralização da obra. Não se sabe mais quem é plateia, quem é ator. Quem começou esta encenação não sobressai mais. A um só tempo, os sujeitos passivos assistentes do espetáculo, encenam agora a tragicomédia de suas próprias vidas.

A confusão não é, contudo, da ordem do aleatório ou do sem sentido. A confusão pensada, como um carnaval, implica estar a um só tempo livre para fantasiar e ser quem quiser, e neste movimento, ser mais si mesmo. É na radical possibilidade de ser qualquer um que promovo uma dobra em mim mesma. Radicalização que implica o olhar atento para escolher ser de algum modo, em algum momento. E vai além. A confusão carnavalesca não é o abandono das possibilidades de convivência, mas a reinvenção das possibilidades de convivência.

Creio que é um desafio envolvente o de tentar estabelecer relações possíveis entre a democracia e os processos de carnavalização das linguagens. Diria ainda que é precisamente a vontade de negar a mentalidade autoritária (que funda as crenças e as práticas significativas oficiais) que identifica uma cosmovisão carnavalesca. De fato, trata-se de estabelecer, a partir do novo, do inesperado e do que não se encontra hierarquizado ou estereotipado, um *plus* de significações sem castrações ou censuras<sup>423</sup>.

---

<sup>423</sup> WARAT, L. A. A ciência jurídica e seus dois maridos. In: **Territórios desconhecidos**, 2004, p.143.

A carnavalização<sup>424</sup> da vida é também sensibilidade. Conduzidos por uma experimentação de nossos sentidos, implica em abandonar um modo muito racionalizante de se postar, um certo abandono dos lugares do sentido, como diz Warat, para buscar, alucinantemente, uma nova cartografia para a subjetivação.

Por outro lado, é preciso lidar com a diversidade. Importa testar até que ponto é possível conviver com diferenças. Conviver com diferenças não é apenas tolerar diferenças. No ato de tolerar, há um distanciamento insuperável do outro e de mim mesmo. O tolerar é uma forma de resignação diante da impossibilidade da identidade. Pois bem, diferente do tolerar, importa em conviver. Viver junto, viver com, partilhar. Partilhar as diferenças é o desafio da mediação.

Então, a mediação que pensamos não se esforça em neutralizar as diferenças para resolver apenas o que é juridicamente relevante. A tarefa é diferente: em um primeiro momento, é preciso dar vazão às diferenças, extravasar mesmo, dar voz ativa aos sujeitos envolvidos. O conflito, antes de ser preliminarmente domesticado por uma forma normativa padrão, vai aparecendo com todas as cores, com suas nuances, sem disfarces.

Ao mesmo tempo, é preciso tornar visível a carga de responsabilidade sobre o conflito que os próprios sujeitos envolvidos precisam suportar. No sistema judicial, como vimos, há uma transferência de responsabilidade para o Estado, das suas próprias expectativas de resolução, de modo que uma parte que sai vencida constantemente transfere para os atores do sistema o insucesso de sua empreitada. O advogado inábil, o juiz tendencioso, a justiça injusta. Ao mesmo tempo, o efeito na parte vencida também se reveste de graça, como se uma força misteriosa tivesse contribuído para o seu sucesso, seja com o apelo das religiões, seja uma boa dose de sorte, seja a vitória da razão. De qualquer sorte, o conflito não significou um aprendizado, não significou uma tomada de posição e responsabilidade diante de seus atos.

---

<sup>424</sup> “Assim, na sala de aula, a criação lúdica pela linguagem e pela ação dos desejos passa a ser um instrumento de descoberta do real. É a **carnavalização** como busca espiritual (a dimensão primordial do carnaval não está na embriagues dos corpos e do desejo, ela está na procura de um eu sem angústias)”. Idem, 2004, p.94-5.

Em relação ao papel da lei para a mediação, há alguns pontos a aclarar. Desmistificar de saída a mediação como uma fuga à legalidade como referência normativa coletiva. Não se trata tão somente de se furtar ao império da lei. Trata-se mais propriamente de reconhecer uma outra função para lei. Partindo da questão outrora colocada de uma modificação na concepção de formação da lei liberal e generalista para uma outra particular e comunitarista, percebe-se que o processo de formação da lei vai ficando cada vez mais complexo.

Em uma regulação que se torna cada vez mais plural e concorrencial, a legitimidade da lei não decorre mais, de forma exclusiva e inequívoca, de seu caráter geral e universal. Percebida como fruto de compromissos sociais, dialogando cada vez mais com demandas particulares, a lei passa a ser vista não mais como a única forma de regulação, mas, tão somente, como um mercado normativo em busca da necessária legitimidade que lhe assegura aplicação. Se o geral foi necessário para a consolidação do Estado nação, o particular parece ser agora fundamental para que o processo de inclusão social (e, por conseguinte, cidadã) seja aperfeiçoado, para que o todo não seja, tão somente, a soma imperfeita das partes<sup>425</sup>.

Se a mediação reconstrói e dramatiza o conflito, para faticamente produzir uma solução, se o mediador compõe o conflito, buscando potencializar a autonomia e a responsabilidade das partes na condução de suas vidas e atos, a lei aí também funciona como texto, mas não como fala que se repete, mas como script que se encena, sobre o qual se improvisa.

No imaginário jurídico, a jurisdição é o próprio ato de dizer o direito. Mas desde o ritual dos antigos, a ênfase em dizer o direito tem sido aquela de repetir o direito, enunciar mais uma vez a lei e sacralizá-la, confirmando sua autoridade e poder. No movimento que pensamos para a mediação, o dizer o direito importa em tomar a lei como parâmetro, mas para ensaiar sobre ela, improvisar e criar a solução, na condução de nós mesmos.

Neste sentido, estaríamos explorando a um só tempo o nosso potencial libertário, emancipador, sem deixar de construir um referencial comum, socializado de condutas e

---

<sup>425</sup> ALVIM, Joaquim L. de Rezende, e FRAGALE FILHO, Roberto. Contribuição para uma reconstrução analítica do percurso da concepção liberal de formação da lei 'generalista' em direção à concepção da lei 'particularista'. In : MELLO, Marcelo Pereira de (org). **Sociologia e direito**, 2007, p.129.

padrões. E afinal de contas, se a concretização de direitos exige um papel mais atuante inclusive das instituições da justiça, não se estaria extrapolando, nas razões apresentadas, o próprio espaço da liberdade, ocupável na configuração deste Estado e organização social.

Reforçamos assim, a proposta de uma ‘jurisconstrução’ do direito, como nos falou Bolzan e Spengler, para além de uma jurisdição, jurisconstrução que implica em:

- a) em relação ao Estado, busca desincumbi-lo dos contenciosos de massa, restando-lhe uma função simbólica de referencial e como instância de homologação e apelo;
- b) para as empresas, no caso das relações de consumo, aponta para ganhos de custos, imagem e marca;
- c) para as partes, incorporando-as ao procedimento, permite, assim, a sua descentralização, flexibilização e informalização<sup>426</sup>.

Destarte, não se trata aqui de generalizar a mediação, elegendo-a como o sistema de resolução dos tempos atuais. A simpatia por estas formas outras de resolução não significa substituir os sistema atual. A proposta é menos ambiciosa: ela se circunscreve a ressaltar que nas ações que mais envolvam a subjetividade, que digam respeito à necessidade de reforçar ou enunciar *quem* temos sido, nossa *ipseidade*, que a mediação consegue melhor resolver o conflito. Acontece que esta defesa, por mais simples que seja, tem o seu lugar. A atitude consolidada de acessar à justiça apenas pelo meio judicial, a ênfase que a sociedade tem dado aos tribunais em detrimento de uma maior autonomia e liberdade das partes em construir seus espaços de gerenciamento de suas próprias vidas, já justificaria um apelo crítico que busque caminhos diferentes de realização e convivência intersubjetiva.

A desconfiança, no final das contas, é que potencializar a sensibilidade significaria abandonar a racionalidade. E sem racionalidade, abandonamos a segurança tranquilizadora<sup>427</sup>. Mas esta segurança é uma ficção paralizante, que neutraliza o potencial transformador dos conflitos.

Para formas plurais de subjetividade, de sujeitos, necessitamos de formas plurais de resolução de conflitos. Diversificar a complexidade do sistema jurídico para permitir que

<sup>426</sup> MORAIS, José L. Bolzan de. E SPENGLER, Fabiana M. **Mediação e Arbitragem**, 2008, p.122.

<sup>427</sup> WARAT, Luis Alberto. Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito. In: **Territórios desconhecidos**, 2004, p.399.

tantas nuances, subjetividades, diferenças possam se realizar. É um caminho, sem dúvida, perigoso, de risco. Se na modernidade, preponderantemente o movimento da perfeição é pela identidade, se a redução de complexidade impera no ideal positivista da fórmula, aparece como irracional a abertura de novos espaços de resolução de conflitos. Parece que o grande perigo de todas essas ideias é nos encontrarmos à deriva de nós mesmos.

Quanto ao referencial filosófico, o caminho mais fácil ao criticar Foucault é aquele de denunciar seu niilismo<sup>428</sup> como uma atitude dogmática, conservadora ou paralizante. Não há um sujeito universal cuja liberdade e igualdade sejam direitos indisponíveis? Então se abririam as possibilidades novamente de tratamentos desiguais e privações de liberdade sem culpa. Mas esta é uma crítica precipitada e inconsistente. Foucault deixa claro que sua preocupação é ética, antes de tudo, não com uma ética que seja um código moral universal, mas com uma ética que seja respeito, alteridade e emancipação<sup>429</sup>. Foucault estaria em sua última fase, explicitamente, ainda na modernidade, reinventando e sinalizando para práticas que potencializam a crítica, a liberdade e a felicidade<sup>430</sup>.

É possível e preciso pensar em outras maneiras de se constituir a subjetividade. Pensar em outras vias, plurais e nômades, exigindo também um outro paradigma de resolução de conflitos. Neste sentido, olhamos com atenção para a mediação. Há um longo caminho a percorrer na construção tanto de um ator – o mediador, que se coloque diferentemente na condução da mediação, diferente em relação aos outros atores de resolução de conflitos, como o juiz ou o árbitro ou o conciliador, quanto de uma prática – que respeite e ao mesmo tempo vá além na fomentação de subjetividades, quiçá emancipadas. Em última análise, não se perdeu o sonho de reinventar a liberdade.

<sup>428</sup> Cf. a crítica de MERQUIOR, J. G. **Michel Foucault ou o niilismo de cátedra**, 1985. Sobre ser Foucault um pensador conservador, Cf. HABERMAS, J. **O discurso filosófico da modernidade**, 2000, Capítulos IX e X.

<sup>429</sup> Para Foucault, “a liberdade é a condição ontológica da ética. Mas a ética é a forma refletida assumida pela liberdade”, Cf. FOUCAULT, Michel. *A ética do cuidado de si como prática da liberdade* (1984). In: FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**, 2004, p.267.

<sup>430</sup> Neste sentido, alinho-me a Sérgio Rouanet, quando rebate as críticas tanto de Merquior quanto de Habermas, situando Foucault como um herdeiro da modernidade, crítico “[...] da razão cínica, que se põe a serviço do poder”. Cf. ROUANET, Sérgio P. **As razões do iluminismo**, 2005, p.263-4.

## ATO FINAL: OS DESAFIOS DE SONHAR O SONHO DE OUTRO DONO

Olhar para o sujeito e romper com o universal. Investigar até que ponto o sonho suporta ser vivido, explorando a subjetividade em suas potencialidades.

Ao mesmo tempo, tudo parece fazer sentido no reino do direito. Tudo, menos a realidade. As práticas não correspondem aos discursos. Aliás, neste ponto, parece que os discursos se multiplicaram e diversificaram com sofisticação. Aroso Linhares chama a atenção que nos dirigimos “à jurisdição como *intenção de realização* e como *discurso*”<sup>431</sup>. O apanhado de Aroso Linhares sobre as representações dos juízes nos discursos teóricos é exemplar. A percepção de que a multiplicação dos discursos promove o afastamento com a realidade que deseja assumir, e se alimenta de um exercício ou vaidade acadêmica de refutar e recontar à sua maneira discursos já instituídos por outros autores, se coaduna com a denúncia de que parecem estar os discursos suspensos numa instância metanarrativa, significando pouca interferência na realidade.

Não é só uma falta de adequação com a realidade. Aqui, aprendemos com Foucault a perceber os efeitos de poder que as instâncias representativas permitem quando, afastadas do próprio conflito, da vida e da experiência, deixam as relações concretas acontecerem segundo uma lógica própria de forças. As forças que sobressaem nas metanarrativas do direito não são aquelas que disciplinam ou governam as relações concretas, embora continuem a se reproduzir, cada uma em sua esfera. E que fique claro o quão estratégico é que estas duas instâncias permaneçam dissociadas para a manutenção de um *status quo*.

---

<sup>431</sup> LINHARES, J. Manuel Aroso. A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o ‘testemunho’ crítico de um ‘diferendo’? in: **Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias**. Ano 2007-2008, n 12. p.101-120. Disponível em: [http://rhumanidades.ulusofona.pt/arquivo/nr\\_12/revista\\_humanidades\\_tec\\_ensaios.htm](http://rhumanidades.ulusofona.pt/arquivo/nr_12/revista_humanidades_tec_ensaios.htm). Acesso em 22/07/09.

O Estado democrático de direito, da maneira como estruturou seus pilares, firmando-se na imagem de uma democracia representativa completamente dependente da concepção de um sujeito de direitos subjetivos, um sujeito essencialista e universal, obliterou as potencialidades democráticas de diferenciação, de multiplicação de vozes, de invenção de subjetividades que, quanto concretas, são estigmatizadas pela imagem da resistência.

Neste sentido, acatamos as conclusões de Marcio Alves da Fonseca em sua tese sobre *Foucault e o direito*, tanto quando realça a importância deste autor para uma filosofia do direito que se pretende olhar diferentemente para o direito, quando acredita nas potencialidades que este esboço de direito novo<sup>432</sup> pode significar enquanto fomento de atenção especial às práticas jurídicas. O que esperamos restar acentuar nesta tese é a necessidade de olhar para a subjetividade sem as lentes que a reduzem a um mero subjetivismo, formador de uma visão muito particular e contingente de mundo, mero ‘achismo’ ou opinião de seus sujeitos.

Também é preciso rechaçar uma perspectiva solipsista, essencialista de sujeito, tipicamente moderna e que insiste em se instalar no porão de um sistema, o sistema jurídico, como quem guarda uma reserva de natureza, cuja percepção emerge como o fator normal/anormal. O que permite, por exemplo, a construção distorcida de uma ideologia de direitos humanos para seres humanos, é a identificação patológica da violência. O apelo universal do todo, típico das cartas liberais, é fatalmente assimilado como um todo de iguais, para os que igualmente se comportam.

A resistência à norma, como modelo de conduta, ao normal, como práticas de subjetivação e assujeitamento, é simplesmente confundida com qualquer contraordem, junta-se no bojo da desordem.

---

<sup>432</sup> Se quisermos sonhar com um direito novo, tal qual o delírio de Foucault no curso *Em defesa da sociedade*, porque estou convencida que dele Foucault não fala, apenas balbucia, um direito que não seja nem disciplinar, nem soberano, nem a imagem de um direito como lei, nem a imagem de um direito como normalização, mas na miragem de um direito como expressão de práticas refletidas do indivíduo, é com o foco nas instâncias da vida, da experiência que devemos dirigir nosso olhar.

Os desafios da resolução de conflitos e a preservação das diferenças subjetivas, no entanto, vão além de uma dimensão pedagógica. Envolvem a experiência de estranhamento que se coloca de um lado entre as partes envolvidas, cujo conflito já é a expressão maior deste estranhamento e cuja resolução precisa, de outro lado, encontrar os caminhos co-habitáveis.

O encontro, no entanto, não produz um mimetismo entre os diferentes, não os torna subjetivamente iguais. É como se sonhássemos o sonho de outro dono. O sonho não é nosso, mas somos nós quem vivenciamos a experiência do sonho. Este exercício de alteridade, que nos obriga não simplesmente a tolerar, mas, a sermos, ainda que em sonho, o próprio outro, é a imagem de um espaço não idealizado racionalmente para a comunicação, mas sensitivo e imagético, de testar os limites, de encontrar o inusitado, de confundir-se na ficção.

Os sistemas de resolução de conflito, como vistos, podem ser encarados sob a ótica da diversificação de mecanismos de enfrentamento e gerenciamento das disputas, dos conflitos. Estimulando a reflexão e buscando a adequação entre as contingências dos casos, peculiaridades do tempo e maneiras dos sujeitos, não deixam de ter uma instância de aprendizagem que potencializa o momento da resolução como uma experiência de vida. O compreender que envolve viver.

Assim, espero pelo dito que o itinerário deste trabalho não seja igualado a um conjunto de discursos que se instituiu em torno das virtudes dos sistemas alternativos de resolução de conflitos em permitir uma versão muito simplista de uma justiça mais humanizada, mais célere. Na linha da terceira onda de acesso à justiça, a incorporação de procedimentos menos burocratizados e mais céleres renovam e reforçam o próprio poder Judiciário, como o guardião das expectativas de uma sociedade pacífica e ordenada, calcada no mimetismo entre sujeito autônomo e cidadão. O grau máximo da autonomia é exatamente a submissão à tutela do Estado.

Neste foco, um dos apelos é, portanto, pela desadjetivação dos sistemas de resolução de conflitos, que podem ser assim nomeados, simplesmente. A marca não está em serem alternativos, o que só reforça o apelo de importância e normalização do sistema judicial. A marca também não reside em serem extrajudiciais<sup>433</sup>, porque o sistema judicial atual os incorpora na tentativa de somar suas virtudes (a meu ver, incorporação de viabilidade duvidosa). É preciso colocá-los lado a lado, como possibilidades, espaços pensados eticamente para oferecer a conflitos diversos, de atores diversos, também instrumentos diversos de resolução.

Nesta linha, o segundo apelo é para um olhar menos centrado nas potencialidades abstratas do conflito jurídico, que reforça preponderantemente o momento do normativo, a força coesa do sistema e em última análise, do próprio Estado e, ao contrário, um olhar mais focado no próprio conflito, nas implicações para a vida dos sujeitos envolvidos e na dimensão ética e, portanto, prática, onde o normativo pode se realizar. Ainda que sem optar pela via de vincular o normativo a um padrão ético determinado, a ligação entre ética e direito, em última análise, poderia estar presente numa prática que significasse liberdade e preservasse o espaço de subjetividade que constitui aquilo que podemos ser.

Mais uma vez, reforçamos que este agir, a partir do referencial trabalhado, a partir da noção de subjetividade de Foucault e de uma hermenêutica da compreensão, tem uma dimensão política e ética necessária, mais uma vez afirmando a política como o lugar do encontro com o outro, e a ética como a ação refletida da liberdade. Assim, este agir faz das partes não meros figurantes mas atores, impõe aos gestores de conflitos, sejam juízes, conciliadores, mediadores, um comprometimento público com o respeito às subjetividades e

---

<sup>433</sup> Somamos os argumentos enfáticos e contundentes trazidos por NAVARRETE, Antonio María Lorca. *La naturaleza jurídica del arbitraje. Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación. 18 de Enero de 2006.* Disponível em: <[http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/naturaleza\\_arbitraje.php](http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php)>. Acesso em 11/10/09.

igualmente ao espaço de co-habitação. É um agir que se compromete com valores partilhados, mas também, e sobretudo, que nos faz refletir sobre nossa própria condição e existência. A pergunta, lançada por Foucault - *o que estamos ajudando a fazer de nós mesmos?*, funcionaria como um mantra, na experiência e busca de si mesmo.

À espreita desta aposta, é preciso não perder a dúvida de mais uma vez estarmos sendo capturados pelas tramas de poder e, com isso, alimentarmos o jogo com nossas invenções. A capacidade com que o sistema judicial, o Estado e os discursos jurídicos vão incorporando outros sistemas de resolução de conflitos tem suscitado a desconfiança já lançada por Foucault de um modo muito peculiar de funcionamento do biopoder. Na dimensão da positividade, da regulação da vida, das populações, longe de ser um poder repressivo, o biopoder incita e atixa-nos a nos conduzirmos por nossos próprios esforços junto a uma onda de normalidade. Na esteira das ondas neoliberais de autorregulação, o apelo aos sistemas de resolução não estatais rende louros a uma liberdade individualista da esfera privada, que se colocaria como independente dos padrões coletivos. Num paralelo aproximado com as críticas ao ativismo judicial, pelo excesso de poder e autonomia do juiz na condução dos casos, o incremento dos sistemas alternativos de resolução padeceria do mesmo *déficit* democrático, obstando passo a passo, caso a caso, a construção de padrões éticos estabelecidos coletivamente.

Ademais, não se pode perder de vista que “instituições jurídicas podem não proporcionar uma justiça igualitária sob o manto do direito, mas, em uma sociedade por ele governada, esta é sua responsabilidade”<sup>434</sup>. Assim, concordamos com Auerbach quando adverte que a mediação ou a arbitragem não poderão fazer pela justiça o que o sistema judicial, em sua crise, não foi capaz de fazer. Não se trata, portanto, de uma substituição de um sistema pelo outro, sequer de uma redenção de qualquer deles. Os ganhos do Estado de

---

<sup>434</sup> AUERBACH, Jerold. S. Justiça sem direito? In: AZEVEDO, André Gomma, e BARBOSA, Ivan Machado (orgs). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, 2007, p.60.

direito para a construção de democracias, as estabilidades da lei e a possibilidade de acesso a oportunidade e bens iguais são projetos políticos que não podem ser ignorados. No entanto, tais projetos não eliminam as perdas, e nos obrigam a buscar outras cartografias para as noções de subjetividade, de responsabilidade e de autonomia.

Entre as insuficiências de um sistema judicial centralizado cuja diversificação de procedimentos não dá conta da pluralidade contingencial de conflitos e uma hiperdiversificação de procedimentos, mais flexíveis e adaptáveis, se a escolha for necessária, apontamos para a riqueza do aprendizado e da experiência que pode surgir de uma prática mais preocupada com as questões da subjetividade e da responsabilização dos atores envolvidos no conflito, sejam terceiros, sejam as próprias partes.

Por outro lado, tornar o direito o último ambiente ético comum e produzi-lo preponderantemente por uma atividade estatal é esvaziar o potencial emancipador da própria ética, a sua ligação intrínseca com a liberdade e diluir o desejo de fazer do direito um *ethos* comprometido com os sujeitos, contagiados por um co-habitar e partilhar de valores, escancarados na coragem de transformar discursos em ações.

É tomando o foco neste compromisso, enfim, que este ensaio doravante silencia e deseja fazer sentir o que ficou ausente. Se for possível anunciar um fim, na espiral circular desta compreensão, que o seja apenas como o murmúrio de um delírio. Terminar uma tese é delirar. Porque o delírio do fim é o retorno de um novo começo.

## NOS BASTIDORES

### A. Experimentando o mundo de Foucault: engajamento, ruptura e estética da existência

Quando Foucault entrou em meu imaginário, já chegou numa hora de perturbação intelectual, no exato momento em que buscava um projeto de pesquisa, em que escavava problemas. Foucault chegou e catalisou tanto esse *brainstorming* que me vi completamente envolvida nesse projeto. Ao tempo em que pensava nas possibilidades teóricas, tinha inspiração para colocá-lo em prática. Fazer a tese sobre sistemas de resolução de conflitos atçou-me a vontade de advogar, de mediar, de experimentar. Conduzida por Foucault, quis testar a força do engajamento, desse envolvimento ético e político que faz das ideias sempre estratégias de ação nas tramas do poder. Senti a sensação de não ser sempre coerente, de não ter respostas, de não encontrar saídas. Quis provocar, ensaiar, exagerar. Mas mais do que tudo, tentei fazer desse momento, da tese, do doutorado, um acontecimento em minha vida. E talvez por isso tenha buscado, além dos saberes e dos mestres, também os amigos, as pessoas, os lugares e as sensações.

É inevitável que nesta ordem das coisas, tenha me exposto mais do que deveria. E esta tese perderia parte de seu sentido se não fosse escrita em primeira pessoa. Talvez porque se tenha lido Foucault por anos, não se consiga separar muito ideias, ações, vida e obra. A coerência deste autor não sobressalta pela lógica dedutiva de suas ideias que formariam um sistema ordenado de pensamento, começo meio e fim, pela sua racionalidade.

Mas, sobretudo, porque de Foucault a coerência chega pela ruptura, pelo engajamento e pela estética da existência. Pela maneira como se expôs, pela coragem no dizer, em mostrar a cara, em ocupar espaços diversos. Foucault é visto em fotos, rindo, fazendo pose, careta. É lido em livros, profundamente. É folheado em jornais, em artigos,

mais rápido, ferino. Escutado em palestras, cursos, seminários, entrevistas. “Vende como pãozinhos”, mas nega, peremptoriamente, todos os rótulos. Escorregadio, mutante, profundo, contraditório: vivo.

Ao morrer, no entanto, calou-se para sempre. Fim. Não permitiu nenhuma publicação póstuma, nada que estivesse inacabado. Daniel Defert preserva esse desejo, acolhendo o lançamento impresso apenas dos murmúrios que o próprio Foucault publicizou. Foucault agora é só o delírio daqueles que o utilizam como ferramenta. Foucault, por suas ideias, entra no reino da ficção. É como se suas ideias só pudessem ter algum valor de verdade enquanto ele estivesse presente. Não lhe interessava a imortalidade, a não ser como personagem de uma ficção. Que importa quem fale<sup>435</sup>?

Paradoxalmente, para ele filosofia no presente haveria de ser engajamento. Haveria de ser um exercício crítico de pensar além do que se pensa, de romper com o que já se sabe, de ensaiar, sempre, na transitoriedade da ação.

Esta provocação sobre a escrita, este filósofo que se encontra sempre no limite da ficção (ora do lado de fora, ora do lado de dentro), esta impossibilidade de um discurso que seja só representação, sempre versão, nunca realidade, fez-me pensar sobre os limites mesmos metodológicos do trabalho que desenvolvia. Se, a partir de Foucault, com ele, seria possível produzir um saber/conhecimento tradicional? Se as exigências de forma da academia transformariam, de alguma maneira, aquilo que se diz? Quais as implicações entre conteúdo e forma?

Foi preciso então, investigar, paralelamente, a própria escrita. Foi preciso levar a sério a crítica ao cientificismo nos saberes humanos, as relações entre filosofia e ciência, a primeira pessoa, a terceira pessoa, neutralidade e objetividade. E desta reflexão surgiu um

---

<sup>435</sup> Esta é a pergunta lançada por Foucault no ensaio *O que é um autor?* Cf. FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* (1969) In: FOUCAULT, Michel. **Estética**: literatura e pintura, música e cinema, Coleção Ditos e escritos III, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Inês Autran Dourado Barbosa, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006. p.264-298.

ensaio, que vem aqui como confissão de um propósito, parte integrante que é desta tese. No limite do arrependimento, a tentativa de desnudar o projeto, retirar-lhe as defesas e aparecer, simplesmente, na honestidade do pensamento.

## **B. Reflexões sobre a escrita de uma tese: forma, verve, engajamento**

### **B.1 Pensar a escrita em sua verve como uma atitude metodológica**

O que fazem, afinal, os teóricos e filósofos do direito quando escrevem? Que tipo de escrita funciona no campo jurídico quando se produz sobre filosofia ou teoria do direito? Quando este trabalho pretende ser inserido e reconhecido pelo espaço acadêmico, a que requisitos deve atender? Perguntas como estas sugerem uma inserção no campo de reflexão metodológico e ganham no direito certa complexidade, já que há outros problemas superpostos que podem dificultar ainda mais a percepção da função da escrita. Na gama destes outros problemas está a questão de saber se o direito é ou não ciência, que, melhor colocada, pode significar pensar que parte do fenômeno jurídico, do campo jurídico pode ser estudada como ciência. Kelsen pensou na normatividade. Cláudio Souto defende a prioridade da sociologia jurídica.

Ainda na esteira de confusões, os manuais de metodologia científica aplicadas ao direito pouco ajudam: ignoram a força da dogmática e da filosofia como campo de estudo e, às suas revelias, elencam os métodos tradicionais das ciências “duras” ou naturais, ou ainda, das ciências humanas e sociais de forte tradição em pesquisa empírica, como a antropologia ou sociologia. Daí que, diante das alternativas de métodos indutivo ou dedutivo, e das técnicas de pesquisa quantitativa, a construção de textos com suporte apenas bibliográfico sugere que não produzimos algo completo, que somos incapazes de ir além da revisão de

literatura, despistando (diante das alternativas colocadas), sempre que possível, a metodologia usada. Afinal, o que temos feito?

A proposta aqui é, então, indicar a escrita ensaística como adequada a dar forma – forma no sentido pensado por Adorno, como doravante explorado – a este espaço de produção filosófica e teórica do direito. A reflexão metodológica não pretende tomar a perspectiva estrita de uma metodologia científica. É necessário afirmar, desde já, que tanto o ensaio quanto a hermenêutica, de seus espaços, recusam a percepção de uma metodologia como algo que possa ser identificado nas quatro regras do Discurso do Método cartesiano (aliás, um discurso cuja verve é pra lá de ensaística!).

Quatro pontos foram, então, costurados: (i) o problema da metodologia no direito e em especial, na Filosofia do direito; (ii) a questão ‘ensaio’, no sentido de sua abrangência prática e imprecisão conceitual, além do tratamento dado à questão por dois filósofos contemporâneos – Foucault e Adorno; (iii) fragmentos da hermenêutica filosófica e sua condição como compreensão crítica; e (iv) aproximações entre hermenêutica e ensaio, na tentativa de colocar um aporte pouco explorado na compreensão da problemática metodológica para o campo jurídico.

Assim, provocada por uma colocação de Michel Foucault, que relaciona filosofia, crítica e ensaio, e utilizando as ferramentas do texto *Ensaio como forma* de Adorno, investigo as potencialidades desta ideia (que não deve ser nada nova) – a de que produzimos ensaios e, no ensaio, podemos encontrar uma atitude promissora e adequada à defesa de posições, para menos discursos instauradores de verdade e mais discursos propositores de ideias, sintonizando, assim, em nossos tempos, com a pluralidade de ideologias, com a fragmentação e historicidade de *epistemes*, com a transformação de nós mesmos.

## B.2 Demarcando espaços no campo jurídico para enfrentar a questão metodológica

Para que não reste mesmo dúvida, uma primeira delimitação se faz necessária: o foco recai concentradamente nos trabalhos de filosofia e teoria do direito. Não é pretensão reduzir a potencialidade do ensaio em outros espaços. Mas, neste ponto, importa distinguir as perspectivas, até onde seja possível: (i) a crítica, como o campo mais afeito à filosofia e teoria do direito; (ii) a científica, onde o direito se torna um objeto de observação empírica; e (iii) a dogmática, como aquela diretamente ligada à atividade decisional, cujos pontos de partida repousam no direito positivo e cujo conflito exerce uma atração prática<sup>436</sup>.

Aqui, parece que se iniciam os equívocos metodológicos: querer enquadrar num só modelo o resultado das pesquisas e produções da academia. Uma estrutura geral e, mais que tudo, uma postura geral de neutralidade e racionalidade, objetividade, para o trabalho acadêmico, reduzindo-o aos valores de cientificidade. É como se, numa perspectiva de estrangulamento, a academia estivesse reduzida à ciência e o trabalho acadêmico, ao trabalho científico<sup>437</sup>. Mas Bourdieu<sup>438</sup> já alertara para o fato, da perspectiva sociológica de sua análise, que o campo jurídico se sustenta por uma perspectiva complementar entre mundo prático e teórico, juízes e professores, em garantir uma legitimação autossuficiente e

<sup>436</sup> Inclusive em sintonia com as ideias de Cláudio Souto que diferencia três perspectivas de pesquisa – a dogmática, a sociológica e a filosófica, para mostrar que, do ponto de vista da cientificidade, somente a sociologia poderá apresentar os níveis crescentes de rigor que caracterizariam a ciência nos padrões atuais: “1) conceitos, definições e hipóteses; 2) a teoria científica necessária: a) ser congruente, não-contraditória, b) ser informativa (referência não ambígua à realidade), c) indicar como traduzir suas proposições em operações de pesquisa empírica; 3) e, finalmente, em um máximo de rigor, deveriam ser construídas por indução, um pequeno número de proposições mais gerais (axiomas ou postulados), de que seriam dedutíveis proposições menos gerais, os teoremas (axiomatização da teoria científica)”. SOUTO, Cláudio. *Ciência e saberes jurídicos: enfrentando o objeto*. In: SILVA, Arthur Stamford da (Coord). **Sociologia do Direito: na prática da teoria**. Curitiba: Juruá, 2007, p.20.

<sup>437</sup> Não se pode perder de vista que o paradigma científico moderno também passa por uma série de transformações, mesmo em relação às chamadas ciências duras e naturais. Aliás, a relação entre direito e ciência é mostrada por Boaventura como forte na modernidade, isomorfa, permitindo uma simbiose entre o legal e o causal. Mas à medida da crise da modernidade, da crise da ciência, vai-se instalando também uma crise no direito. Cf. SANTOS, Boaventura de S. **A Crítica da razão indolente**, 2002, p.53 e ss.

<sup>438</sup> BOURDIEU, P. *Lês juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*. In: CHAZEL, F. et COMMAILLE, J. **Normes juridiques et regulation sociale**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991.

homológica para o direito e, na crença (que não creem) sobre o universal, serem os guardiões hipócritas da hipocrisia coletiva.

Se a dogmática jurídica não apresenta “hipóteses a serem testadas pela observação controlada da realidade empírica”<sup>439</sup>, sendo mais técnica de persuasão/argumentação na construção de uma realidade normativa com vistas à decisão, a filosofia do direito, por sua vez, não trabalha no nível empírico, salvo para colher informações que inspirem a formulação de ideias e críticas, que permitam sacudir e deslocar o olhar das certezas, transformando-as. Os requisitos elencados e exigidos para a ciência não podem (nem precisam) ser seguidos quer pela dogmática jurídica, quer pela filosofia do direito, ambas com outros espaços de investigação<sup>440</sup>.

Esta questão toma vulto no campo jurídico em função de mais uma peculiaridade: segundo Cláudio Souto, mesmo no campo da Sociologia Jurídica, sequer entramos na modernidade científica. Por um motivo que não pretendo aqui explorar, este não foi o caminho predominantemente desenvolvido pelos teóricos do direito. Boa parte de seus estudos estão concentrados na defesa de ideias, na proposição de teorias que, como sumariamente expostas aqui, não podem ser levadas a sério se não forem vistas como ensaios.

Mas fica a questão metodológica, cara à academia, na configuração de sua própria forma. Para além deste ou daquele gênero textual, seja tese, dissertação, artigo, a metodologia cumpre uma função importante que é aquela de explicitar os caminhos, denunciar o itinerário. Ela evidencia a maneira de agir do investigador e com isso, permite um controle e crítica de suas colocações. A metodologia serve de apoio para que o leitor possa dialogar com o autor e

---

<sup>439</sup> SOUTO, Cláudio. Ciência e saberes jurídicos: enfrentando o objeto. In: SILVA, Arthur Stamford da (Coord). **Sociologia do direito**, 2007, p.19-20

<sup>440</sup> Não pretendo restaurar (e espero não ter caído erroneamente nesta fissura) a dicotomia lançada por Dilthey para resolver o problema metodológico das ciências do espírito, apartando-o metodologicamente das ciências naturais. Não é proposta deste ensaio fundar uma metodologia para a filosofia do direito. A preocupação que nos acompanha é aquela de re-situar a produção filosófica do direito a partir de teorias e ideias já aceitas pelo próprio campo jurídico, como as ideias da filosofia hermenêutica. Se a hermenêutica serve como metateoria para compreender a atividade decisional, porque não pensá-la para rever alguns elementos pouco resolvidos nas nossas atividades acadêmicas?

nisso talvez esteja o sentido de sua exigência. Se o texto literário não tem uma intenção criticável, embora pretenda tocar o leitor, desalojá-lo com sua ficção, proporcionar uma experiência estética, a produção do espaço acadêmico tem o dever de instaurar o debate e, com isso, ser acessível à crítica.

Neste ponto, aparecem as dúvidas sobre a capacidade e, mais do que tudo, sobre a pretensão do ensaio de dar conta destes elementos formais e, numa acepção quase metafórica, procedimentais da pesquisa acadêmica. O que importa reter, por hora, é que se não cairmos no reducionismo positivista de limitar a metodologia e o conhecimento a uma pretensa racionalidade objetificante, no qual só há espaço para uma ciência respaldada em provas empíricas ou demonstrações lógicas, então, é necessário explorar as potencialidades de um espírito crítico que, diante de um saber histórico-cultural, diante da filosofia ou do direito, por exemplo, é capaz de se posicionar ideologicamente e mais, inventivamente.

### **B.3 Mas afinal, o que é um ensaio?**

É preciso reconhecer que a palavra ensaio é ambígua, inclusive por sua utilização em vários domínios do saber. Nas artes cênicas, o ensaio é uma preparação que antecede o ato, transformadora de textos em cenas, de palavras em dramatização. Nas ciências naturais, o ensaio é a verificação das experiências, teste, prova. No espaço das humanidades, que é aquele que mais de perto nos interessa, o ensaio ocupa o lugar de um gênero textual<sup>441</sup>, pouco demarcado, pouco delimitado em regras, muitíssimo usado (embora às vezes não declaradamente), e agora tomando o espaço acadêmico.

---

<sup>441</sup> “O ensaio não é um gênero *literário*, mas é um ‘gênero do intervalo’ entre o ficcional e o não-ficcional, é um gênero da *passagem*” PINTO, Manuel da Costa. **Albert Camus**: um elogio do ensaio. São Paulo: Ateliê Editorial, 1998, p.89.

De híbrido e desacreditado à *pop* e *très chic*<sup>442</sup>, o ensaio, este gênero cujo nascimento parece ser indicado nos escritos de Montaigne<sup>443</sup>, reúne desde o seu nascedouro alguns “ingredientes” característicos, como a erudição, a reflexão pessoal e o informalismo<sup>444</sup>. Por isso, embora sempre tenha encontrado seu espaço de realização, o ensaio, no quadro geral de uma racionalidade formal e abstrata, objetiva e comprovável, sobretudo sistematizável, vai ser desqualificado como uma produção inferior, adjacente, sobretudo se tomada a questão metodológica em oposição ao seu informalismo. Marcado pelo precário e efêmero, pelo subjetivo, pela crítica pontual, o ensaio mais parece um recorte. Não se pode simplificar, contudo, um gênero tão polêmico.

Definir<sup>445</sup> o ensaio, no entanto, seria desde já um paradoxo. Tentar impor uma formatação ou conteúdo próprio uma tola incoerência. O que vemos é um espírito ensaísta em ação que, realçando alguns elementos, põe-se de imediato contra os padrões de uma racionalidade sistematizante, universal, objetiva e neutra. Daí porque o ensaio não pretende ser exaustivo, nem cultivar fontes por suas autoridades. O espírito ensaísta não quer “sentar no ombro de gigantes”, não pode ser um eco.

---

<sup>442</sup> ADORNO, T. W. O ensaio como forma. In: COHN, Gabriel. **Theodor W. Adorno sociología**. São Paulo: Ática, 1986, p. 167; também SANSEVERINO, Antônio M. Vieira. Pequenas notas sobre a escrita do ensaio. In: **História Unisinos**, V.8 nº 10 jul/dez de 2004, p.97.

<sup>443</sup> Nesta obra que simplesmente é intitulada “Ensaaios”, naquele “Da educação das crianças”, Montaigne justifica sua forma, seu espírito ensaísta: “Minhas concepções e meus pensamentos só avançam às apalpadelas, cambaleantes, a escorregar entre tropeços; e por mais longe que vá, não fico satisfeito; [...] E no entanto, deixo os meus pensamentos correrem assim fracos e pequenos, como os concebi, sem rebocar nem tapar os buracos que a comparação me revelou. [...] Exponho aqui meus sentimentos e opiniões, dou-os como conceito e não como os concebem os outros; meu único objetivo é analisar a mim mesmo e o resultado dessa análise pode, amanhã, ser bem diferente do de hoje, se novas experiências me mudarem. Não tenho autoridade para impor minha maneira de ver, nem o desejo, sabendo-me mal-instruído para instruir os outros. MONTAIGNE, M. **Ensaíos**. Volume 1. Trad. De Sergio Milliet, 2 ed. Brasília: Hucitec, 1987,p.211-13.

<sup>444</sup> SALDANHA, Nelson. **Filosofia, povos, ruínas**: páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Calibã, 2002, p.34.

<sup>445</sup> Para um estudo consistente sobre a temática, incluindo a observação da realidade hipênico-literária, Cf. GÓMEZ-MARTÍNEZ, José Luis. **Teoría del ensayo**. 2 ed. México: UNAM, 1992. Disponível em: <http://www.ensayistas.org/critica/ensayo/gomez/indice.htm>. Acesso em: 22/01/2007.

Para chegar a uma construção analítica do conceito de ensaio, Martínez<sup>446</sup> envereda pelo seu campo muito amplo e heterogêneo. Partindo do que considera definições insuficientes e sempre pejorativas, como aquela que entende ensaio como esboço, como material inacabado, carente de sentido, ou como exposição científica não acompanhada de provas explícitas, definição atribuída a Ortega y Gasset, situa o ensaio como discurso na interseção entre a teoria e a literatura. Esta também parece ser a proposta de Nelson Saldanha<sup>447</sup> ao defender que o ensaio é “um gênero que atravessa pelo meio a filosofia e a ciência, lança mão da história e junta-se à literatura. Sempre porém guardando seus caracteres mínimos: seu sentido de anotação crítica, seu informalismo não desprovido de exigências, sua consciência histórica”.

Este movimento de aproximação com a literatura ressalta que há uma busca também estética no ensaio, pelo estilo, por algum perfume de poesia, pela referência à metáfora que convida o leitor a se situar no limite da ficção. Esta preocupação estética<sup>448</sup> do ensaio é mais uma nota de sua liberdade. Não se constrange numa disciplina nem pretende separar ciência e arte. O fato mesmo de sua inserção acadêmica já reflete seu hibridismo. Jogo de palavras, uma atenção especial ao fechamento, inconcluso, quase sempre, no sentido dos ditames metodológicos modernos. “Abrir o debate e não fechá-lo é, quiçá, uma de suas melhores características”.<sup>449</sup>

---

<sup>446</sup> MARTÍNEZ, Gustavo Bueno. *Sobre el concepto de ‘ensayo’*, 1964. Disponível em: <http://www.filosofia.org/aut/gbm/1964ensa.htm>. Acesso em: 19/01/07.

<sup>447</sup> SALDANHA, Nelson. *Filosofia, povos, ruínas*, 2002, p.36.

<sup>448</sup> “Hablar de estética es referirse al tema de la subjetividad en sus aspectos más profundos. Significa ingresar a los temas de la conciencia interior y psicológica y a los temas relacionados con la teoría de los valores. Significa colocar el punto de partida del pensamiento en la vida y ya no en la racionalidad formal y matemática del sujeto pensante como lo planteaban el cartesianismo y la filosofía moderna, pero tampoco puede ya recurrir al formalismo lógico de la escolástica. Se trata de reconocer al sujeto, no como razón, sino como tal, como viviente y sintiente. En suma, se trata de ahondar con más profundidad en la condición del sujeto. El sujeto es creación de sí mismo; el sujeto es expresión y concreción de su propia libertad; el sujeto es, en realidad, una manifestación estética” CARPIO, Augusto Castro. *La filosofía en el ensayo moderno y contemporáneo: el ensayo filosófico*. Disponível em: [http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti\\_filo\\_peru/acastro.pdf](http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_peru/acastro.pdf). Acesso em: 01/09/06, p. 51.

<sup>449</sup> CARPIO, *La filosofía en el ensayo moderno y contemporáneo*, 2006, p.44. No original: “Abrir el debate y no cerrarlo es quizá una de sus mejores características”.

Se ele tem uma forma flexível e adaptável a vários espaços de produção intelectual e artística, se encontra guarida na academia e no jornal, na literatura e em produções técnicas, o que nos interessa de perto é aquilo que tem se expressado como ensaio filosófico<sup>450</sup>. Por isso, é na reflexão de dois filósofos contemporâneos, que representam tradições diferentes, embora em muitos aspectos convergentes, que a noção de ensaio filosófico até aqui tracejada vai ser doravante preenchida.

#### B.4 O ensaio em discussão por Foucault e Adorno

Quando Michel Foucault, na *História da sexualidade II* (1984), reorientou o curso de seu pensamento que havia sido proposto no primeiro volume, oito anos antes, logo na introdução se justificou:

Talvez me digam que esses jogos consigo mesmo têm que permanecer nos bastidores; e que no máximo eles fazem parte desses trabalhos de preparação que desaparecem por si sós a partir do momento em que produzem seus efeitos. Mas o que é filosofar hoje em dia – quero dizer, a atividade filosófica – senão o trabalho crítico do pensamento sobre o próprio pensamento? Se não consistir em tentar saber de que maneira e até onde seria possível pensar diferentemente em vez de legitimar o que já se sabe? Existe sempre algo de irrisório no discurso filosófico quando ele quer, do exterior, fazer a lei para os outros, dizer-lhes onde está a sua verdade e de que maneira encontrá-la, ou quando pretende demonstrar-se por positividade ingênua; mas é seu direito explorar o que pode ser mudado, no seu próprio pensamento, através do exercício de um saber que lhe é estranho<sup>451</sup>.

<sup>450</sup> Temos em mente a manifestação dos textos de Foucault. Não é à toa que *As palavras e as coisas* inicia com a descrição e interpretação de uma obra de arte, o quadro “*Las meninas*” de Velásquez e termina sem terminar, anunciando um rosto de areia na orla do mar. Aliás, *Vigiar e punir* também não tem fim, é interrompido. Entre outros autores que usam a escrita ensaística e nos serviu de referência, temos igualmente a leitura de Adorno (1986) em *O Ensaio como forma* e Nelson Saldanha em sua farta produção.

<sup>451</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade II**, 1984, p.13. No original, FOUCAULT, Michel. ***Histoire de la Sexualité II***, 1984, p.16: « *On me dirá peut-être que ces jeux avec soi-même n'ont qu'à rester en coulisses ; et qu'ils font, au mieux, partie de ces travaux de préparation qui s'effacent d'eux-mêmes lorsqu'ils ont pris leurs effets. Mais qu'est-ce donc que la philosophie aujourd'hui – je veux dire l'activité philosophique – si elle n'est pas le travail critique de la pensée sur elle-même ? Et si elle ne consiste pas, , au lieu de légitimer ce qu'on sait déjà, à entreprendre de savoir comment et jusqu'où il serait possible de penser autrement ? Il y a toujours quelque chose de dérisoire dans le discours philosophique lorsqu'il veut, de l'extérieur, faire la loi aux autres, leur dire où est leur vérité, et comme la trouver, ou lorsqu'il se fait fort d'instruire leur procès en positivité naïve ; mais c'est son droit d'explorer ce qui, dans sa propre pensée, peut être changé par l'exercice qu'il fait d'un savoir qui lui est étranger. ».*

Foucault estava preocupado em esclarecer que havia mudado seu projeto anunciado na *Vontade de Saber*, em 1976, o primeiro volume de uma série de estudos dedicados à sexualidade. O seu leitor, antes de o acusar de contraditório, deveria saber dos riscos de se fazer filosofia e saber que aquele projeto, porque pretendia ser o corpo vivo de uma filosofia, era também uma ascese do autor.

E neste momento ele define sua percepção de ensaio:

O “ensaio” – que é necessário entender como experiência modificadora de si no jogo de verdade, e não como apropriação simplificadora de outrem para fins de comunicação – é o corpo vivo da filosofia, se, pelo menos, ela for ainda hoje o que era outrora, ou seja, uma “ascese”, um exercício de si, no pensamento <sup>452</sup>

Ressaltar a relação entre ascese e ensaio era outro passo importante para afirmar sua própria filosofia, seu compromisso intelectual, e já indicar sua derradeira temática: a coragem da verdade<sup>453</sup>. Mas não é só. O ensaio está em Foucault em sua atitude intelectual. Todas as suas pesquisas parecem redundar em ensaios. Tanto os seus livros, que exigiam um esforço de articulação e documentação mais apurado, quanto os cursos publicados, sem menosprezar a significativa produção de palestras, entrevistas, seminários, toda essa extensa produção guarda a verve ensaística, um autor que se mostra em primeira pessoa, afiado pela crítica. Instaurou uma desconfiança aguda em elementos caros à modernidade: a própria ideia de continuidade histórica e sua relação com o progresso, a crença e o *status* dos saberes, poder e sujeito. Recusou rótulos, filiação a teorias, recusou inclusive o *status* de filósofo. Movendo-se, incomodando e sendo incomodado pelo pensamento, Foucault foi um ensaísta.

A atividade filosófica, enquanto trabalho crítico do pensamento sobre o próprio pensamento, tem no ensaio sua forma de expressão privilegiada. Crítica como vigilância

<sup>452</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade II**, 1984, p.13. No original, FOUCAULT, Michel. *Histoire de la Sexualité II*, 1984, p.16.: « L' « essai » – qu'il faut entendre comme épreuve modificatrice de soi-même dans le jeu de la vérité et non comme appropriation simplificatrice d'autrui à des fins de communication – est le corps vivant de la philosophie, si du moins celle-ci est encore maintenant ce qu'elle était autrefois, c'est-à-dire une « ascèse », un exercice de soi, dans la pensée ».

<sup>453</sup> Uma organização de textos em torno desta temática foi desenvolvida por Frederic Gros. Cf. GROS, Frédéric. (org) **Foucault: a coragem da verdade**. Trad. Marcos Marcionilo – São Paulo: Parábola editorial, 2004.

antidogmática, recuperando o primeiro sentido da própria filosofia, em sua recusa do mito e do dado. Crítica que não pode ser vista desatrelada do engajamento, postura cara a Foucault e outros filósofos contemporâneos. O engajamento reflete a ascese, reflete a clivagem do pensamento sobre si e no ensaio o engajamento é explícito. Um discurso assumido, rajado de marcas autorais, experiências pessoais.

É preciso entender que ascese tem um sentido de imanência em Foucault, daquele trabalho de transformação de si, do pensamento, da subjetividade. Ascese é subjetivação de si, não é transcendência, o que implicaria renunciar a si mesmo. A ascese envolve, então, uma série de técnicas, exercícios pelos quais o sujeito transforma a si mesmo no jogo de verdade, no qual ele se desloca.

A escrita ocupa um lugar privilegiado entre as técnicas ascéticas, já que permite ao sujeito se ver em seu pensamento e a partir disso, refletir e refazer o itinerário de sua existência, se colocar diferentemente no mundo. Com isto, o ensaio enquanto ascese tem uma preocupação estética deliberada, é performativo. Sendo experiência, expõe a autoria em primeiro plano, com suas pré-compreensões e visões de mundo.

Se Foucault vê a filosofia como trabalho crítico e entende que, por isso, o momento atual só comportaria a expressão ensaística, as aproximações com o texto de Adorno ficam evidentes. No primeiro aspecto, a proposta de uma ontologia do presente encampada por Foucault guarda paralelismo com a Teoria Crítica na qual se enquadra Adorno<sup>454</sup>, pois as duas perspectivas “baseiam-se no reconhecimento de um formidável crescimento dos mecanismos utilizados para o controle e a submissão dos sujeitos”<sup>455</sup>

---

<sup>454</sup> Mapeando um campo de convergências entre Foucault e Adorno, Antônio Cavalcanti Maia resgata as influências que os dois pensadores geraram na obra de Axel Honneth, que aproximou os desideratos da teoria crítica e da genealogia, introduzindo Foucault, inclusive, entre as referências da Teoria Crítica. Além disto, Maia vai levantar, junto ao *Discurso filosófico da modernidade* de Habermas, mais elementos para esta aproximação. Cf. MAIA, Antonio Cavalcanti. Foucault e Adorno: mapeando um campo de convergências in: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. L.; e VEIGA-NETO, Alfredo. (orgs.) **Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas**. 2 ed., Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

<sup>455</sup> Idem, p.71.

Na reflexão que elabora sobre a condição mesma da filosofia nos tempos atuais, Adorno ressalta o compromisso em fazer de seu pensamento uma forma de resistência. Provocações de Adorno, o ensaio é definido como negação, como a forma possível do espírito crítico, engajado e ciente do fragmentário, da historicidade. “Em relação ao procedimento científico e à sua fundamentação filosófica como método, o ensaio, de acordo com sua própria ideia, tira todas as consequências da crítica ao sistema”<sup>456</sup>

Herege, não é outra lei intrínseca que Adorno aponta para esta escrita. Em *O ensaio como forma*, o autor radicaliza o movimento ao um só tempo melancólico, sarcástico e transformador, característico da produção da Teoria Crítica. Aquela postura e o conceito sintetizados por Foucault sobre ensaio encontram no texto de Adorno um eco estridente, detalhista e com a sensação de representarem um desdobrar adorniano da síntese foucaultiana, e vice versa. Rompendo com as certezas, “o ensaio se torna verdadeiro em seu avanço, que o empurra para além de si mesmo, e não na obsessão por ‘fundamentos’ como quem cava em busca de tesouros”<sup>457</sup>. Articular conceitos, concatenar ideias, nada que precise render honras à sistematização cartesiana. Criar um mosaico: fragmentos que juntos encontram sentido.

Mas, ao largo destes elementos representarem facilidades, como se a disposição fosse assim aleatória, Adorno<sup>458</sup> lembra que o ensaio é tanto mais aberto do que agrada o pensamento tradicional, por negar a sistematicidade e buscar sua coesão interna, mas ao mesmo tempo lhe é mais fechado porque, ao trabalhar na forma de exposição e ciente da não-identidade entre esta e o objeto, tem que enfrentar uma responsabilidade maior pela construção de sentido.

Sobre a descontinuidade e a relatividade, Adorno é enfático, ao colocar essas duas características como inerentes à forma do ensaio. Do lado da relativização, “ele precisa

---

<sup>456</sup> ADORNO, T. W. O ensaio como forma. In: COHN, Gabriel. **Theodor W. Adorno sociologia.**, 1986, p.173.

<sup>457</sup> Idem, p.177.

<sup>458</sup> Idem, p.181.

compor-se de tal modo como se, a todo momento, pudesse interromper-se”<sup>459</sup>. Pela descontinuidade, “seu assunto é sempre um conflito suspenso”<sup>460</sup>.

O espírito ensaísta que, como propõe Adorno, “uma vez emancipado, é móvel” guarda relação com a liberdade e a felicidade. Não se deixando captar em uma estrutura estabelecida numa busca desmesurada por solidez e consistência, como a ciência acaba por empreender na modernidade e que acaba rechaçando a ideia de felicidade, o ensaio aproxima-se da retórica, garantindo satisfação pela liberdade frente ao objeto e recupera algo da sofística<sup>461</sup>.

Assim, o que fica perceptível na proposta de Adorno, bem como na “confissão” de Foucault é que o ensaio é uma atitude, uma verve orientada para a crítica, para a perspectiva de um sujeito, de um autor que lança mão de suas impressões e desafia o conhecimento dado, mas que não faz sentido desconectado deste conhecimento. É para superá-lo, transformá-lo incessantemente, às vezes aos bocados ou pontualmente, que o ensaio se manifesta como consciência histórica e emancipação. Sem a possibilidade do ensaísta e do leitor saírem impunemente desta criação.

## **B.5 Tramas entre ensaio e hermenêutica**

Se o ensaio desafia a questão metodológica negando seu *status* moderno, mas sem perder a seriedade e a responsabilidade pelo conhecimento, este gênero abre um canal de intersecção com a hermenêutica filosófica. Tanto na perspectiva da hermenêutica de Gadamer, que discute a relação entre verdade e método e lança a questão da compreensão, quanto na perspectiva de uma crítica da ideologia de Ricoeur, as convergências entre ensaio e

---

<sup>459</sup> ADORNO, T. W. O ensaio como forma. In: COHN, Gabriel. **Theodor W. Adorno sociología.**, 1986, p.180.

<sup>460</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>461</sup> Idem, p.184.

hermenêutica permitem um aporte consistente na problemática metodológica do campo jurídico, sobretudo dos trabalhos acadêmicos teóricos<sup>462</sup>, como é o foco deste ensaio. Então, as próximas linhas devem pontuar elementos hermenêuticos criando tais elos.

Quando Gadamer colocou o problema da vivência, nenhum outro gênero textual pareceu atender tão bem quanto a ideia de biografia. “A biografia é o proto-tipo da hermenêutica, na medida em que cada época interpreta a si mesma literariamente”<sup>463</sup>. Mas, tentando responder à pergunta sobre se cada época tem seu gênero adequado, Bento Borges anuncia que o nosso momento só suportaria sua própria crítica dentro das dimensões do ensaio. E assim ele se junta aos leitores de Adorno ou Foucault que, conforme exposto, entendem a atualidade do ensaio como o exercício do pensamento reflexivo, como crítica, ascese, resistência. Mas a aproximação da hermenêutica com a questão da biografia tem um sentido: levar-nos, agora, ao questionamento da autoria.

Tanto o ensaísmo quanto a hermenêutica colocam em evidência a questão da autoria. Ela está presente em sua escrita, entremeada em suas linhas. Em momento algum o ensaísta pretende se neutralizar sob um conteúdo pretensamente universal, verdadeiro ou objetivo. A autoria está presente, em forma de experiência, em forma de sensibilidade, ou até mesmo como escusa. Mas essa autoria não pede adesão pela autoridade, ela está lá, demonstrando que o ensaio é também posicionamento, é escolha, é a defesa de um ponto de

---

<sup>462</sup> Esta é a proposta de Gustavo Just, ao apresentar uma “interpretação das teorias da interpretação”. O autor identifica a contradição da teoria do direito em reconhecer resolutamente a “virada interpretativa” sem aderir completamente ao paradigma epistemológico hermenêutico. Contradição que ele não pretende levar adiante ao propor que toda teorização sobre o direito apresente a estrutura da compreensão. JUST, Gustavo. *Interpréter les théories de l'interprétation.*, 2005, p.19.

<sup>463</sup> BORGES, Bento Itamar. **Hermenêutica e desconstrutivismo**: biografias e fragmentos. Disponível em: <http://www.dialetica-brasil.org/Borges.htm>. Acesso em: 24/08/06, p.9. E assevera: “A literatura miúda pode auxiliar na compreensão de grandes obras e, eventualmente, na reconstrução de ‘grandes vidas’. [...] Sem nos restringirmos aqui às biografias de filósofos, consideramos o gênero não como fonte secundária de pesquisa, mas como *locus* de autêntica filosofia.” Idem, p.1.

vista<sup>464</sup>. A autoria aparece estilisticamente na oralidade do texto, sendo o ensaio uma “produção escrita que tenta preservar a mobilidade e o movimento próprios da oralidade”<sup>465</sup>.

A questão da autoria não está resolvida, porque é preciso pensar no que é ser autor, antes, e no que é ser autor de ensaio, depois, além das implicações hermenêuticas. Provocado por uma frase de Beckett – “que importa quem fala?”, Foucault<sup>466</sup> se pergunta pelo autor para reconhecer nessa indiferença um princípio ético fundamental da escrita contemporânea, que a domina como prática. Uma indiferença que, de um lado, avança em desaparecer com o autor no sentido de que a escrita basta em si mesma, liberta que foi do tema da expressão, não representando simplesmente uma interioridade (dobra) mas uma exterioridade, um desdobrar do sujeito; e do outro, paradoxalmente, remete a uma função que continua a ocupar certos lugares – o que Foucault chama de função autor. Uma função construída em dependência com a noção de obra. Só se é autor se tiver, ao mesmo tempo, uma obra e só há obra de um autor<sup>467</sup>. A função autor responderia pela possibilidade de se fazer o controle do dito pela construção de uma obra. Mas se o momento é de fragmentos, de informações em rede, da proliferação de significados, que importa quem fale? O autor seria uma função em declínio<sup>468</sup>, fadada a desaparecer. No entanto ela resiste, para o controle ideológico da proliferação de sentidos.

Neste ponto, a reflexão pelo autor tem um sentido especial para o próprio ensaio, assim como para a hermenêutica e de resto, para todo o campo jurídico. No ensaio o autor está em evidência, assim como é evidente, para o direito, a necessidade de controle ideológico das

---

<sup>464</sup> O que não quer dizer que o que o ensaísta diga não interesse ao outro. O que não quer dizer que o ensaio não aspire à multidão.

<sup>465</sup> SANSEVERINO, Antônio M. Vieira. Pequenas notas sobre a escrita do ensaio. In: **História Unisinos**, 2004, p.98.

<sup>466</sup> FOUCAULT, Michel. O que é um autor? (1969) In: FOUCAULT, Michel. **Estética: literatura e pintura, música e cinema**, 2006, p.267-8.

<sup>467</sup> Também Ricoeur entende que “a configuração singular da obra e a configuração singular do autor são estritamente correlativas”. RICOEUR, P. **Interpretação e ideologias**. Trad. De Hilton Japiassu. 4 ed., Rio de Janeiro: F. Alves, 1990, p.52.

<sup>468</sup> DORIGATTI, Bruno. **Ascensão e declínio do autor**. Disponível em: <http://www.livrohistoriaeditorial.pro.br/pdf/brunodorigatti.pdf>. Acesso em: 24/08/06.

proliferações discursivas. Então o que sobressai da autoria em relação ao ensaio não é o seu puro subjetivismo, mas a posição ativa de se estar lidando com um campo que é, de um modo ou de outro, ideológico.

E, sendo ideológico, o ensaio discute o que “não se discute”: gosto, opinião, preferências, decisões, filosofia e direito. Por isso também o ensaio é inconcluso<sup>469</sup>. O seu final é sempre um ponto continuando. Mas ele acaba pelo esgotamento do autor, não do pensamento, pelo esgotamento físico do momento. Ele finaliza interrompendo a fala para, nesta ruptura, permitir a escuta, instaurar o debate.

Do lado da hermenêutica, a autoria remete à posição singular de quem está inserido no processo de compreensão. A hermenêutica pode ser alocada no contexto de ampliação da racionalidade, no sentido de um saber compreensivo<sup>470</sup>, condicionado pela posição pivotante que ocupa o autor em relação a um passado que lhe dá chão e um horizonte que o atrai para o salto, pela consciência histórica de ser no mundo, contextualizado, mas não destinado, sempre com a possibilidade de transformação. Ao mesmo tempo, faz questionar novamente em que medida não se está à sorte do tal subjetivismo.

A noção de tradição e consciência histórica pode ajudar a entender que não há uma concepção de sujeito que esteja ou se ponha independente do mundo, remetendo necessariamente a uma tradição<sup>471</sup>. Tentando resolver as aporias colocadas pela dicotomia entre *Aufklärung* e Romantismo, Gadamer colocava seu ponto de partida na esfera histórica e “orientava inevitavelmente a filosofia hermenêutica para a reabilitação do preconceito e para

---

<sup>469</sup> “Ele (o ensaio) não começa com Adão e Eva, mas com aquilo de que quer falar; diz o que lhe ocorre, termina onde ele mesmo acha que acabou e não onde nada mais resta a dizer: assim ele se insere entre os despropósitos” ADORNO, T. W. O ensaio como forma. In: COHN, Gabriel. **Theodor W. Adorno**: sociologia, 1986, p.168.

<sup>470</sup> O paradigma hermenêutico não é o único a enfrentar a questão da compreensão, como felizmente coloca Dascal, ao lado (e complementarmente) ao paradigma pragmático, por exemplo. Aliás, Dascal situa a perspectiva hermenêutica da compreensão na ponta de um *iceberg* que representa a busca de significado, com camadas mais profundas, dentre as quais a pragmática. Cf. DASCAL, Marcelo. Modelos de interpretação In: **Interpretação e compreensão**. São Leopoldo: Ed.Unisinos, 2006, p.232.

<sup>471</sup> “A verdadeira compreensão implica a reconquista dos conceitos de um passado histórico de tal modo que esses contenham também nosso próprio conhecer”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, Petrópolis-RJ: Vozes, 2004, p.488.

a apologia da tradição e da autoridade”<sup>472</sup>. A tradição, portanto, representa para a hermenêutica um movimento de retorno, de olhar para trás, mas não pode esgotar sua dinâmica. Há também o projetar-se de um horizonte, daquilo que se abre como possibilidade de sentido/ação diante do acontecimento. Circularidade e movimento, historicidade e fragmento: recorte de mundo, perspectiva, experiência.

Igualmente a noção de fusão de horizontes reacende a perspectiva tanto da possibilidade de um encontro de sentidos, quanto, ao mesmo tempo, de uma diferenciação de sentidos, não existindo nem um horizonte único, nem uma adesão objetivante ao horizonte do outro, conectando assim com a questão da linguagem, de uma busca recíproca intersubjetiva por entendimento<sup>473</sup>.

Há ainda uma questão cara tanto à hermenêutica quanto ao ensaio, que é a questão da experiência. Ela puxa tanto uma quanto outro para a dimensão do concreto<sup>474</sup>, do enfrentamento de uma questão que se coloca no presente. Uma experiência que confere à compreensão uma autoria, enquanto posição ativa do sujeito que compreende e, ao mesmo tempo, confere igualmente à compreensão a demarcação de seu tempo, de seu momento histórico, de sua posição no mundo. Esta experiência que tem uma estrutura dialética se consoma pela abertura mesma à experiência, e não em um saber concludente. Ela é consciência da finitude humana<sup>475</sup>.

---

<sup>472</sup> RICOEUR, P. **Interpretação e ideologias**. 1990, p.105. Neste tópico, o que Ricoeur vai propor é uma visão mais positiva (do que em Gadamer) da noção de distanciamento (do texto) para que seja possível uma aproximação entre a hermenêutica e a crítica das ideologias (prejudicadas e até antagonizadas na perspectiva de Gadamer). Por outro lado, em sua “Réplica à Hermenêutica e crítica da ideologia”, de 1971, dirigida a Habermas, Gadamer já defendia a hermenêutica filosófica como um saber crítico reflexivo. Cf. GADAMER, **Verdade e Método II**, 2002, p.296.

<sup>473</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, 2004, p.492.

<sup>474</sup> A experiência como um dos elementos deste modo compreensivo, pode aparecer nos ensaios como referências empíricas e históricas vividas ou mencionadas pelo autor. Conforme Saldanha (2002, p.57), “em Ortega, onde tais referências (empíricas e históricas) se acham sempre presentes, o pendor pela metáfora revelava no fundo um modo hermenêutico de pensar: visão do pensar como *quehacer*, como afazer vital, e da filosofia como permanente ensaio”. Aliás, a questão da metáfora daria um outro estudo interessantíssimo para o campo acadêmico do direito.

<sup>475</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, 2004, p.464-7

Também a leitura que Ricoeur faz das tensões e aproximações entre hermenêutica e crítica das ideologias serve para a conexão aqui empreendida entre hermenêutica e ensaísmo. Não que o ensaio possa ser identificado com a teoria crítica, simplesmente, embora a presença de Adorno para o ensaio não seja apenas uma feliz coincidência. Aliás, há quem tenha acusado a proposta de Adorno de padecer de certo anacronismo<sup>476</sup>, pela estreita identificação entre ensaio e Teoria Crítica. Mas para Ricoeur<sup>477</sup>, apesar das diferenças necessárias entre hermenêutica e crítica da ideologia, “é tarefa da reflexão filosófica colocar ao abrigo das oposições enganadoras o interesse pela emancipação das heranças culturais recebidas do passado e o interesse pelas projeções futuras de uma humanidade libertada”, fazendo com que uma e outra se desenvolvam solidariamente.

Assim, ao assumir esta tarefa crítica<sup>478</sup>, a hermenêutica se lança num movimento que lhe exige mais emancipação, mais inventividade, numa atitude de desconfiança, como diria Saldanha<sup>479</sup> em relação aos tons muito analíticos ou afirmativos. E esta atitude de desconfiança é já um engajamento. Neste sentido, no momento atual<sup>480</sup>, parece-me claro que o ensaio tem uma verve hermenêutica. Por mais que pareçam definitivos e profundos e referenciados, o que produzimos enquanto crítica filosófica são ensaios: ensaios de compreensão, ensaios de mundo.

---

<sup>476</sup> É a posição de Manuel Costa Pinto que, em sua dissertação sobre Albert Camus, dedica toda uma primeira parte à poética do ensaio. Cf. PINTO, Manuel da Costa. **Albert Camus**, 1998, p.70-1.

<sup>477</sup> RICOEUR, P. **Interpretação e ideologias**. 1990, p.146.

<sup>478</sup> A reflexão efetuada pela hermenêutica filosófica seria crítica no sentido de que descobriria o objetivismo ingênuo onde se encontra enredada a autocompreensão das ciências históricas, orientadas nas ciências da natureza. Aqui a crítica da ideologia lança mão da reflexão hermenêutica interpretando o caráter de preconceito de toda compreensão como uma crítica da sociedade. [...] Mas a hermenêutica produz reflexão crítica, por exemplo, quando defende a linguagem compreensível contra falsas pretensões da lógica, [...] O que critica não é um procedimento científico como tal, como por exemplo o da pesquisa científica ou o da análise lógica, mas a falta de justeza metodológica dessas aplicações...” GADAMER, **Verdade e Método II**, 2002., p.296-7.

<sup>479</sup> Idem, p.57.

<sup>480</sup> E no bojo da crise da modernidade, reflexos na produção escrita, consolidando “certo padrão ensaístico dentro do trabalho filosófico, fazendo às vezes mais informal mas frequentemente mais denso, [...] e a filosofia, que sempre foi uma hermenêutica, assumiu mais explicitamente esta característica” SALDANHA, Nelson. **Filosofia, povos, ruínas**, 2002, p.59-60.

## B.6 Finalizando

Algumas conexões de sentido aqui lançadas: ensaio – filosofia – teoria – hermenêutica – metodologia – ensaio – estética – fragmento – transgressão – liberdade – ascese – ensaio.

Superando a metodologia positivista e a configuração de fórmulas prontas, não é na objetividade do método que o ensaio se expressa, mas na subjetividade das escolhas discursivas e conexões de sentido que o autor instaura em sua escrita.

A princípio nenhuma novidade em colocar o ensaio em evidência como forma para o pensamento filosófico nos tempos atuais. Tantos textos já o fizeram com mais propriedade. Ninguém menos do que Adorno e Foucault. Para o campo metodológico da filosofia do direito uma ressalva, pois o ensaio ainda é visto superficial e erroneamente como o que ele nega: falta de profundidade, amadorismo (a não ser que se trate de um verdadeiro autor, consagrado como autor/idade, para quem todos os gêneros são permitidos). Não parece perceber o campo jurídico que, exatamente para expressar a complexidade hermenêutica, as aporias argumentativas, a tomada de posição, o ensaio dá a forma possível, se não for um exagero dizer a única.

Na escrita ensaística, a proximidade com o leitor instaura um tom de oralidade, convidativo ao diálogo, à escuta. Neste ritmo, as longas pausas para citação de fontes completas, referências minuciosas, a princípio, tornam-se estranhas. Em sua escrita livre, o ensaísta não quer perder o fôlego, não pretende retirar a atenção do leitor. Nada impede, no entanto, para ser recebido pelo espaço acadêmico, enquanto este ainda estiver preponderantemente organizado em torno destes parâmetros, que o ensaísta releia seu texto e enxerte suas fontes, crie pontes e referências com as exigências acadêmicas. Na busca de adesão, o ensaio que quer ser lido, ouvido e debatido no espaço acadêmico, paga seu preço,

compra sua entrada: formatação segundo os padrões técnicos, cuidado com a escrita – clara, coesa. Preocupação também com o controle de seu *corpus* e explicitação de seu itinerário: o memorial da pesquisa, das referências, ele presta contas, submete-se ao julgamento, controla o tempo e busca se inserir numa linha, dialogar com o orientador, ser reconhecido no programa a que se vincula institucionalmente. O ensaio não perde a forma ou o sentido por estas deferências, o seu potencial transgressor não é simplesmente abandonar critérios e se furtar à responsabilidade do dito. A escrita ensaística é transgressora porque é transformadora. Ela é, como quer Foucault, uma ascese.

Portanto, a reflexão metodológica aqui empreendida tem um propósito: encarar a aproximação do “método” hermenêutico como impulso para uma compreensão mais adequada da escrita filosófica no campo jurídico, com suas limitações e potencialidades. E, dialeticamente, ao explorar o ensaio, reconduzir um despropósito, como diz Adorno, para o campo jurídico e para a própria hermenêutica: o despropósito de uma escrita sempre transgressora, uma ascese que é ruptura, emancipação.

Por isso na relação entre hermenêutica e ensaísmo o movimento dialético permanece, e um novo desafio é colocado pelo ensaio: aquele de fazer da compreensão, ruptura, da historicidade, descontinuidade, enfraquecendo a tradição pela força do acontecimento. O ensaio, em sua escrita transgressora e herege, coloca para a hermenêutica a questão da emancipação.

O ensaio como escrita é, então, uma postura, uma atitude, um *ethos*. E no espaço acadêmico o compromisso, no limite do possível, com as regras do jogo, mas, sobretudo, consigo mesmo.

## CRÉDITOS

### 1. Referências de Michel Foucault

#### 1.1 Originais

FOUCAULT, Michel. *Histoire de la Sexualité I. La Volonté de Savoir*. Paris, Gallimard, 1976.

FOUCAULT, Michel. *Histoire de la Sexualité II. L'Usage des Plaisirs*. Paris, Gallimard, 1984.

FOUCAULT, Michel. *Histoire de la Sexualité III. Le Souci de Soi*. Paris, Gallimard, 1984.

FOUCAULT, Michel. *Dits et Écrits*. 1976-1988. Vol.II. Editado por D. Defert, F. Ewald e J. Lagrange. Paris: Gallimard,2001.

FOUCAULT, Michel. *L'Herméneutique du sujet*. Paris: Gallimard, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Philosophie. Anthologie*. Paris: Gallimard, 2004.

#### 1.2 Traduções

FOUCAULT, Michel. **Doença mental e psicologia**, Trad. Lilian Shalders, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1975.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura**: na idade clássica, Trad. José Teixeira Coelho Neto, 8 ed, São Paulo: Perspectiva, 2005.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**, Trad. Roberto Machado, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 2006.

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

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**, Trad. Luiz Felipe Baeta Neves, 7 ed, Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 2005.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**, Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio, 11 ed, São Paulo: Loyola, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento das prisões**, Trad. Raquel Ramallete. 29 ed., Petrópolis: Vozes, 2004.

FOUCAULT, Michel. (coord.) **Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão**. 2 ed, Trad. Denize Lezan de Almeida, Rio de Janeiro: Graal, 1982.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**, Trad. Maria Tereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque, 5 ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade II: o uso dos prazeres**. Trad. Maria Tereza da Costa Albuquerque e rev. J. A. Guilhon Albuquerque, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade III: o cuidado de si**. Trad. de Maria Tereza da Costa Albuquerque e rev. J. A. Guilhon Albuquerque, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

FOUCAULT, M. **Resumos dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Trad. Andréa Daher, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais (1974-1975)**, Trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade (1975-1976)**, Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito (1981-1982)**. edição estabelecida sob a direção de François Ewaldo e Alessandro Fontana, por Frédéric Gros; Trad. Márcio Alves da Fonseca, Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FOUCAULT, Michel. O que é um autor? (1969) In: FOUCAULT, Michel. **Estética: literatura e pintura, música e cinema**, Coleção Ditos e escritos III, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Inês Autran Dourado Barbosa, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006. p.264-298.

FOUCAULT, Michel. *Theatrum Philosophicum* (1970). In: FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. Coleção Ditos e escritos II, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Elisa Monteiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005, p.230-259.

FOUCAULT, Michel. O que são as Luzes? (1984). In: FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. Coleção Ditos e escritos II, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Elisa Monteiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005, p.335-351.

FOUCAULT, Michel. O retorno da moral (1984). In: FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**, Coleção Ditos e escritos V, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Inês Autran Dourado Barbosa, Elisa Monteiro, Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004. p.252-263.

FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade (1984). In: FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**, Coleção Ditos e escritos V, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Inês Autran Dourado Barbosa, Elisa Monteiro, Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004. p.264-287.

FOUCAULT, Michel. A loucura, a ausência da obra (1964). In: FOUCAULT, Michel. **Problematização do sujeito**: psicologia, psiquiatria e psicanálise. Coleção Ditos e escritos I, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006. p.210-219.

FOUCAULT, M. Manifesto do GIP (1971). In: FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber**. Coleção Ditos e escritos IV, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006, p.1-3.

FOUCAULT, M. Os intelectuais e o poder (1972). In: FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber**. Coleção Ditos e escritos IV, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006. p.37-47.

FOUCAULT, M. *Préface* (Introdução à vida não fascista). Gilles Deleuze e Félix Guattari. **Anti-Oedipus**: Capitalism and Schizophrenia, New York, Viking Press, 1977, p. XI-XIV. In: FOUCAULT, M. Dits et écrits II, Paris: quarto Gallimard, 2001.

FOUCAULT, Michel. A loucura só existe em uma sociedade (1961). In: FOUCAULT, Michel. **Problematização do sujeito**: psicologia, psiquiatria e psicanálise. Coleção Ditos e escritos I, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta, Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006. p.162-164.

FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: **Microfísica do poder**. Org. e Trad. de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p.167-177.

FOUCAULT, Michel. Tecnologias de si, Trad. de André Degenszajn In: VERVE, Revista semestral do nu-sol, **Programa de estudos pós-graduados em Ciências Sociais**, PUC-SP, n.6, São Paulo: o Programa, 2004.

### 1.3 Sobre Michel Foucault

BILLOUET, Pierre. **Foucault**, Trad. de Beatriz Sidou. São Paulo: Estação Liberdade, 2003.

BIRMAN, Joel. **Entre cuidado e saber de si**: sobre Foucault e a psicanálise. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

CHAVES, Ernani. **Foucault e a psicanálise**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CHAVES, João Freitas de Castro. O problema do direito novo em Michel Foucault: entre a resistência e o fora. **Dissertação de mestrado**. Recife: Programa de Pós-graduação em direito da UFPE, 2006.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Trad. de Cláudia Sant'ana Martins. São Paulo, Brasiliense, 1988.

DREYFUS, Hubert L. **Heidegger and Foucault on the Subject, Agency and Practices**. Disponível em: [http://socrates.berkeley.edu/~hdreyfus/html/paper\\_heidandfoucault.html](http://socrates.berkeley.edu/~hdreyfus/html/paper_heidandfoucault.html). Acesso em 25/02/2009.

DUARTE, André de Macedo. Foucault à luz de Heidegger: notas sobre o sujeito autônomo e o sujeito constituído. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. L.; e VEIGA-NETO, Alfredo. (orgs.) **Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas**. 2 ed., Rio de Janeiro: DP&A, 2005. p.50

EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Trad. De Antônio Fernando Caiscais. 2ª ed. Lisboa: Vega, 2000.

FIGUEIREDO, Luís Claudio. Foucault e Heidegger. A ética e as formas históricas do habitar (e do não habitar). **Tempo Social; Rev. Sociol. USP**, S. Paulo, **7**(1-2): 139-149, outubro de 1995.

FIMIANI, Mariapaola. O verdadeiro amor e o cuidado comum com o mundo. In: GROS, Frédéric. (org.). **Foucault: a coragem da verdade**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola editorial, 2004, p.89-128.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e a constituição do sujeito**. São Paulo: Educ, 1995.

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

GROS, Frédéric. (org) **Foucault: a coragem da verdade**. Trad. Marcos Marcionilo – São Paulo: Parábola editorial, 2004.

GROS, A situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, J. Desmascaramento das ciências humanas pela crítica da razão: Foucault. In: **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**, Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 333-372.

HABERMAS, J. Aporias de uma teoria do poder In: **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**, Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.373-410.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Foucault e Adorno: mapeando um campo de convergências in: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. L.; e VEIGA-NETO, Alfredo. (orgs.) **Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas**. 2 ed., Rio de Janeiro: DP&A, 2005. p.63-84.

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

ORTEGA, Francisco. **Amizade e estética da existência em Foucault**. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

RAFFESTIN, Claude. **L'actualité et Michel Foucault**. EspacesTemps.net, Actuel, 08.03.2005. Disponível em : <http://espacestems.net/document1172.html>. Acesso em 30/03/2007.

REVEL, Judith. **Michel Foucault: conceitos essenciais**. Trad. Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani, São Carlos: Claraluz, 2005.

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

## **2 Referências sobre Sistemas de Resolução de Conflitos.**

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 12 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AUERBACH, Jerold. S. Justiça sem direito? In : AZEVEDO, André Gomma, e BARBOSA, Ivan Machado (orgs). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.4, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p.43-61.

ÁVILA, E. Mattos. **Mediação familiar: formação de base**. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.

AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p.151-173.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto alegre: Fabris, 1988.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. Trad. Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho, São Paulo: Ltr, 1996.

CINTRA et al. **Teoria geral do processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Trad. de René Locan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p.161-201.

COSTA, Nilton César Antunes. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. In: **Revista de arbitragem e mediação**. Ano 3. N.8, janeiro-março de 2006, p.119-142.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p.29-99.

FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça no século XXI**: a crise da justiça no Brasil. Disponível em: <[www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/artigo70.pdf](http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/artigo70.pdf)>. Acesso em: 22/09/2009.

FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed., Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem: uma perspectiva brasileira. In: **Revista de arbitragem e mediação**. Ano 3. N.9, abril.junho de 2006, p.277-303.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário, Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

GARAPON, Antoine. *Um nouveau modele de justice: efficacité, acteur stratégique, sécurité. In : Dans la tourmente (1). Aux sources de la crise financière. Revue Esprit*. Novembre 2008, p.98-122.

GARAPON, A. e PAPADOPOULOS, I. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Trad. Regina Vasconcelos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAGALHÃES, José Carlos. A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. In: **Revista de arbitragem e mediação**. Ano 3. N.9, abril.junho de 2006, p.165-172.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Trad. Magda França Lopes. São Paulo: Artmed, 1998.

MORAIS, José L. Bolzan de. E SPENGLER, Fabiana M. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição! 2ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MUSZKAT, Malvina Ester (org). **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência, São Paulo: Summus, 2003.

NADER, Laura. Harmonia Coercitiva. A economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n.26, ano9, outubro de 1994, p. 18-29.

NAVARRETE, Antonio María Lorca. *La naturaleza jurídica del arbitraje. Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación. 18 de Enero de 2006*. Disponível em: <[http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/naturaleza\\_arbitraje.php](http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php)>. Acesso em 11/10/09.

PANTOJA, Fernanda Medina. Mediação incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord). **Teoria geral da mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p.185-240.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Disposições finais. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord). **Teoria geral da mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p.241-286.

RISKIN, Leonard. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.1, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2002, p.13-56.

ROCHA, José Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROMÁN, Amigo. *El sistema arbitral brasileño: la nueva ley de arbitraje (Ley 9.307/1996)*, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, V. 12, n. 2, 2000, p. 271-286.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SLAIKEU, Karl A. **No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

SADEK, Maria Tereza. Corpo e alma da magistratura brasileira. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 13, n. 38, Outubro 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69091998000300011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000300011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 23/09/2009.

STAMFORD, Artur. Conciliação judicial e ação comunicativa: acordo judicial como negociação *versus* consenso. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n.13, 2003, Recife: Edição do Programa de pós-graduação em direito da UFPE, 2003. p.75-109.

STAMFORD, Artur. Da mitologia dogmática da modernidade à prática forense das decisões judiciais, in: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João M. (orgs.) **Direito ao Extremo: coletânea de estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.77-92.

STULBERG, Joseph B. e MONTGOMERY, B. Ruth. Requisitos de planejamento para programas de formação de mediadores. In: AZEVEDO, André Gomma (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol.2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p.109-139.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. In: **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.11-219.

WARAT, Luis Alberto. A desconstrução da razão abstrata e o outro pensar: os arquivistas utópicos. In: **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.269-310.

WARAT, Luis Alberto. *Mediación, derecho, ciudadanía, ética y autonomía em el humanismo de la alteridad*. In: **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.359-393.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. In: MUSZKAT, Malvina Ester (org). **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**, São Paulo: Summus, 2003.

### 3 Outras referências.

ADEODATO, João M. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

ADEODATO, João M. A pretensão de universalização do direito como ambiente ético comum. In: BRANDÃO, Cláudio e ADEODATO, João M. (orgs.) **Direito ao Extremo**: coletânea de estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ADORNO, T. W. O ensaio como forma. In: ADORNO ; COHN, Gabriel. **Theodor W. Adorno sociologia**. São Paulo: Ática, 1986. p.167-87.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos. In: **Teoría de los derechos fundamentales**, Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho** [Trad. Jorge M. Seña], 2 ed, Barcelona: Gedisa, 1997.

ALVIM, Joaquim L. de Rezende, e FRAGALE FILHO, Roberto. Contribuição para uma reconstrução analítica do percurso da concepção liberal de formação da lei ‘generalista’ em direção à concepção da lei ‘particularista’. In : MELLO, Marcelo Pereira de (org). **Sociologia e direito**: explorando as interseções. Niterói: PSGSD – Universidade Federal Fluminense, 2007. p.105-132.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, 2 ed., São Paulo: Landy, 2002.

BALTARD, L. *Architectonographie des prisons*, 1829. Disponível em microfilmagem em: <http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-86596&I=9&M=imageseule>. Acesso em 28/07/2008.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trad. Afonso García Figueiroa. Madri: Trotta, 2003, p. 259-278.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Trad. de Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BORGES, Bento Itamar. **Crítica e teorias da crise**. Porto Alegre: Edipucs, 2004.

BORGES, Bento Itamar. **Hermenêutica e desconstrutivismo**: biografias e fragmentos. Disponível em: <http://www.dialetica-brasil.org/Borges.htm>. Acesso em: 24/08/06.

BORNHEIM, Gerd. E CHAUI, Marilena. O drama Burguês. In: **Ética**. Produção de José Jacinto do Amaral, Coordenação de Adauto Novaes, Direção de Dario Vizeu e Paulo Moreli. São Paulo: Vídeo Cultura e O2, [s/d]. 1 videocassete (92 min), VHS, som, colorido.

BOURDIEU, P. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico, in: **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz, 2 ed, Rio de Janeiro: Brertrand Brasil, 1998.

BOURDIEU, P. *Lês juristes, gardiens de l'hypocrisie colletive*. In: CHAZEL, F. et COMMAILLE, J. *Normes juridiques et regulation sociale*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991.

BRAIDOTTI, Rosi. Diferença, diversidade e subjetividade nômade. In: Abrys, **Estudos Feministas**, número 1-2, julho/ dezembro 2002. Disponível em: [http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys1\\_2/rosl.html](http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys1_2/rosl.html). Acesso em: 20/05/2007.

CAMARGO, Margarida Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARPIO, Augusto Castro. *La filosofía en el ensayo moderno y contemporáneo: el ensayo filosófico*. Disponível em: [http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti\\_filo\\_peru/acastro.pdf](http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/arti_filo_peru/acastro.pdf). Acesso em: 01/09/06.

CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J. M., 1995.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. **Isonomía**, n.16, abril/2002, p. 89-112.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DASCAL, Marcelo. Modelos de interpretação In: **Interpretação e compreensão**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006. p.216-232.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992.

DELUIZ, Neise. Formação do sujeito e a questão democrática em Habermas, **Boletim Técnico do Senac** - v. 21, n. 1, jan./abr., 1995.

DESCARTES, René. **Discurso do Método** [Trad. Enrico Corvisieri]. Disponível em: <http://br.egroups.com/groups/acropolis/>. Acesso em: 03.04.2006.

DORIGATTI, Bruno. **Ascensão e declínio do autor**. Disponível em: <http://www.livrohistoriaeditorial.pro.br/pdf/brunodorigatti.pdf>. Acesso em: 24/08/2006.

DOSSE, F. **História do estruturalismo** (Vol.II), São Paulo: Ensaio, 1994.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo: Landy, 2003.

DURANT, W. **A história da filosofia**. Trad. de Luiz Carlos do Nascimento Silva, 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 25. ed., atual. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Umberto. **Cinco escritos morais** [Trad. Eliana Aguiar], 5 ed., Rio de Janeiro: Record, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Prefácio In: ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

FERRAZ JR, Tércio S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação, 6 ed, São Paulo: Atlas, 2008.

GADAMER, H. G. Réplica à Hermenêutica e crítica da ideologia in: **Verdade e Método II**, Petrópolis: Vozes, 2002. p.292-321.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, Trad. Ênio Paulo Giachini e Márcia Sá Cavalcante-Schuback, Petrópolis-RJ: Vozes, 2004.

GARILLI, Giovanni. *Aspetti della filosofia giuridica, politica e sociale di S. Agostino*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.

GÓMEZ-MARTÍNEZ, José Luis. *Teoría del ensayo*. 2 ed. México: UNAM, 1992. Disponível em: <http://www.ensayistas.org/critica/ensayo/gomez/indice.htm>. Acesso em: 22/01/2007.

GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo (s)**. Trad. Afonso García Figueiroa. Madri: Trotta, 2003, p.49-73.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito** [Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella]. 3 ed, São Paulo: RT, 2003.

JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. Separata. **Revista de Informação legislativa**, ano 42, n.165, Brasília, jan/mar 2005, p.25-32.

JUST, Gustavo. *Interpréter les théories de l’interprétation*. Paris : L’Harmattan, 2005.

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

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito** [Trad. Edson Bini]. 2 ed, São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, E. **Crítica da razão prática** [Trad. Afonso Bertagnoli]. São Paulo: Brasil Editora, 1959.

KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (orgs). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**, Trad. de Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 5 ed, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KOERNER, Andrei. Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos, **Lua Nova** nº 57— 2002, p.87-111.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, Trad. José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978.

LINHARES, J. Manuel Aroso. A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o 'testemunho' crítico de um 'diferendo'? in: **Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias**. Ano 2007-2008, n 12. p.101-120. Disponível em: [http://rhumanidades.ulusofona.pt/arquivo/nr\\_12/revista\\_humanidades\\_tec\\_ensaios.htm](http://rhumanidades.ulusofona.pt/arquivo/nr_12/revista_humanidades_tec_ensaios.htm). Acesso em 22/07/09.

LUHMANN, Niklás. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*, México: Anthropos / Universidad Iberoamericana / CEJA, 1998.

MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. In: BRANDÃO, Cláudio et all (coords.), **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.3-12.

MARTÍNEZ, Gustavo Bueno. *Sobre el concepto de 'ensayo'*, 1964. Disponível em: <http://www.filosofia.org/aut/gbm/1964ensa.htm>. Acesso em: 19/01/07.

MACAREÑO, Aldo. *Ética de la contingencia por medio del derecho reflexivo*. In: SILVA, Arthur Stamford da (Coord). **Sociologia do direito: na prática da teoria**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 203-239.

MONTAIGNE, M. **Ensaio**. Volume 1. Trad. De Sergio Milliet, 2 ed. Brasília: Hucitec, 1987.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOLETO, Mauro Almeida. **Subjetividade jurídica: titularidade de direitos em perspectiva emancipatória**, Porto Alegre: Fabris, 1998.

NOVAES, Adauto (org). **Civilização e Barbárie**, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

NOVAES, Adauto. (org). Cenários. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo de A. **Ética e racionalidade moderna**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 1993.

OLIVEIRA, Manfredo de A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Trad. de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. **Doxa**, 1993, p.169-194.

OST, François. Pour une théorie ludique du droit. **Droit et Société** 20/21, 1992, p.93-103.

PALMER, R. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1997, p.137.

PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado de argumentação**: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PESSOA, Fernando. **Mensagem**. Segunda Parte: Mar Português. X. Mar Português.

PINTO, Manuel da Costa. **Albert Camus**: um elogio do ensaio. São Paulo: Ateliê Editorial, 1998.

PIRES, Cecília M. P. **Ética da necessidade e outros desafios**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2004.

POZZOLO, Susana. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo (s)**. Trad. Afonso García Figueiroa. Madri: Trotta, 2003, p. 187-210.

RÊGO, George Browne. Três perspectivas da problemática direito e ética: Aristóteles, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n.10, Recife: Edição do Programa de pós-graduação em direito da UFPE, p.139-150, 2000.

RICOEUR, P. **Interpretação e ideologias**. Trad. De Hilton Japiassu. 4 ed., Rio de Janeiro: F. Alves, 1990.

RICOEUR, P. **O si-mesmo como um outro**. Trad. Lucy Moreira César, Campinas: Papyrus, 1991.

ROUANET, Sérgio P. **As razões do iluminismo**. 2 ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

RUSSEL, B. **História do pensamento ocidental**. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: ediouro, 2001.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia, povos, ruínas**: páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Calibã, 2002.

SANSEVERINO, Antônio M. Vieira. Pequenas notas sobre a escrita do ensaio. In: **História Unisinos**, V.8 nº 10 jul/dez de 2004, p.97-106.

SANTOS, Boaventura de S. (org) **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de S. **A Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência, V.1 (Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática). 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova** – Revista de Cultura e Política. nº 39, 1997, p. 105-124.

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

SLOTERDIJK, Peter. *Crítica de la razón cínica*. Trad. Miguel Ángel Veja, 3 ed, Madri: Ediciones Siruela, 2006.

SOUTO, Cláudio. Ciência e saberes jurídicos: enfrentando o objeto. In: SILVA, Arthur Stamford da (Coord). **Sociologia do direito**: na prática da teoria. Curitiba: Juruá, 2007, p.19-38.

VERVE, **Revista semestral do NU-SOL** – núcleo de sociabilidade libertária, programa de estudos pós-graduados em ciências sociais, PUC-SP, n.6 (outubro de 2004), São Paulo: o Programa, 2004. ISSN 1676-9090.

VICTER, Ronaldo. **Intersubjetividade**. Disponível em: <http://www.sprj.org.br/boletim/Artigo20.DOC>. Acesso em 21/03/05

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito [Trad. Alcidema Franco Bueno Torres]. São Paulo: Atlas, 1977.

WALDRON, Jeremy. La concepción constitucional de la democracia. In: **Derecho y desacuerdos**. Madri: Marcial Pons, 2005.

WARAT, Luis Alberto. Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito. In: **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares de abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.369-528.

WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. In: **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares de abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.61-186.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno** [Trad. Antonio M. Botelho Hespanha]. 2 ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLKMER. O direito como humanismo social e possibilidade de emancipação: Karl Marx, in: WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. Barueri: Manole: Florianópolis: Boiteux, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Del estado de derecho al estado constitucional. In: **El derecho dúctil**. Trad. Marina Gascón, Madri: Trotta, 1999, p. 21-45.

#### 4. Documentos, sítios da internet.

CONIMA. **Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem**. Disponível em <http://www.conima.org.br/>. Acesso em: 02/01/2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Departamento de Pesquisas Judiciárias**. Disponível em <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em 10/10/2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Institucional**. Disponível em <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em 10/10/2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas e Ações**. Disponível em <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em 10/10/2009.

UNITED STATES. *Alternative Dispute Resolution Act*, 1988. Disponível em [http://www.epa.gov/adr/adra\\_1998.pdf](http://www.epa.gov/adr/adra_1998.pdf). Acesso em: 01/02/2010.