

REFERENTES TEÓRICOS PARA UMA JURISPRUDÊNCIA DOUTRINAL CRÍTICA NA FILOSOFIA DOS DIREITOS HUMANOS: ERNST BLOCH E MICHEL FOUCAULT

[THEORETICAL REFERENCES FOR A CRITICAL JURISPRUDENCE ON PHILOSOPHY OF HUMAN RIGHTS: ERNST BLOCH AND MICHEL FOUCAULT]

*Miguel Régio Almeida**

Universidade de Coimbra, Portugal

RESUMO: Procurando fomentar uma jurisprudência doutrinal crítica na Filosofia dos Direitos Humanos, no presente ensaio discutimos alguns contributos de dois referentes maiores do pensamento crítico contemporâneo europeu: Ernst Bloch e Michel Foucault. O filósofo alemão destaca-se pela sua reflexão de vanguarda acerca do potencial emancipatório dos Direitos Humanos, derivada de uma análise de índole marxista heterodoxa sobre o direito natural. Já o filósofo francês foi o grande teorizador da «atitude crítica» contra-hegemónica e das «contra-condutas», perspetivando também neste sentido os Direitos Humanos. Arguimos destarte que ambos podem ser um apoio teórico não só para o revitalizar crítico desta jusfilosofia, mas ainda para a compreensão da tumultuosa (r)evolução dos Direitos Humanos nos últimos decénios.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Estudos Críticos do Direito; Pensamento Crítico Contemporâneo; Epistemologia Contra-Hegemónica; Formação Jurídica.

ABSTRACT: Aiming to shape a critical jurisprudence on Philosophy of Human Rights, in this essay I delve into some contributions from two major referents of contemporary European Critical Thinking: Ernst Bloch and Michel Foucault. The German philosopher stands out apropos his vanguard reflexion on Human Rights emancipatory potential, based on a heterodox Marxist analysis regarding natural law. On the other hand, the French philosopher was the leading theorizer on the counter-hegemonic «critical attitude» and «counter-conducts», also viewing Human Rights through such lenses. Therefore, I argue that they can be both a theoretical support not only to the critical revitalization of this strand of Legal Philosophy, but also to understand the Human Rights tumultuous (r)evolution that occurred these last decades.

KEYWORDS: Human Rights; Critical Legal Studies; Contemporary Critical Thinking; Counter-Hegemonic Epistemology; Legal Education.

1. INTRÓITO

A Filosofia dos Direitos Humanos é uma seara doutrinal ainda em emergência e paulatina consolidação, cujas virtudes e limitações se encontram condicionadas pelas pressuposições teóricas ortodoxas ou heterodoxas

* *Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Foi Professor Assistente no Instituto Superior Bissaya Barreto. Presentemente é Bolseiro de Doutoramento pela Fundação para a Ciência e Tecnologia e investigador-doutorando no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. m@ilto: miguel.regio.almeida@gmail.com*

com que é concebida, como a respetiva literatura académica tem vindo a gradualmente ilustrar. É aqui assaz notória a tensão colocada sobre a ênfase dogmática na autonomia do Direito, relativizando-se a distância que tradicionalmente a jusfilosofia assume face à Política, à crítica ideológica, às ressonâncias dos efeitos sociais, *et caetera*. Por outro lado, consideramos que são as próprias pré-concepções nucleares de «Tempo» – caso se acentue o Passado dos Direitos Humanos¹, como a herança jusnaturalista cristã medieval ou as positivizações das Declarações Americana e Francesa², ou se explore o seu potencial transformador do Presente e construtor do Futuro3x – e de «Espaço» – conforme se conceba esta normatividade reduzida às construções e *forma mentis* europeias ou se aceite a sua radical reconceptualização por via de interlocutores de todo o Mundo⁴ –, ao enformarem a ideia de «Direitos Humanos», que têm vindo a revelar a complexidade e abrangência que este campo jusfilosófico espoleta⁵.

De todo o modo, cogitamos que um dos mais perigosos problemas potenciais daqui advenientes, ao não se assumir determinadas circunscrições e construções teóricas ou ao não se deixar transparentes certas agendas políticas, é o da contínua reprodução da visão hegemónica sobre os Direitos Humanos pelos seus agentes institucionais, reduzindo-os a uma unidimensionalidade eurocêntrica baseada em «tradições inventadas», para chamar à colação Eric Hobsbawm (2000) ou a uma propositadamente abstrata «mitologia moderna», agora para invocar Peter Fitzpatrick (1992a, 2001). Uma visão errónea da História – e da historiografia – destes Direitos tem então como incontornável consequência a construção de uma sua Filosofia igualmente mui tendencial ou limitada, alumando ademais o quão conectadas estão estes dois campos do saber que a tradição académica por regra cultiva apartadas.

Todavia, enquanto que a História dos Direitos Humanos tem já vindo a ser criticamente revista – com especial mérito, consideramos, de Samuel Moyn, como se aludirá infra –, já a sua Filosofia tem vindo a deparar-se com óbices maiores, desde logo por não se encaixar com as premissas dogmáticas subjacentes às perspetivas hegemónicas sobre a Filosofia do Direito e o Direito Internacional (nomeadamente a índole colonialista em que este último se funda⁶). Face a este alerta inicial para uma tão pantanosa casa de partida na Filosofia dos Direitos Humanos, o que nos propomos a fazer neste breve ensaio é apenas fomentar uma abordagem crítica na «jurisprudência doutrinal»⁷ em diálogo com dois interlocutores do Pensamento Crítico contemporâneo, tendo no horizonte os Direitos Humanos. Uma abordagem minoritária e heterodoxa, que, todavia, permite superar muitas das limitações envolventes à ortodoxia purista sobre esta seara. Procuramos assim promover parte do pensamento dos filósofos Ernst Bloch e Michel Foucault, que muito têm a dizer àquela jusfilosofia, apesar de ainda serem autores mormente desconsiderados neste plano. Pretendemos somente expor algumas considerações, tendo em vista um contributo pedagógico e curricular⁸, de benefício metadogmático e intuito heurístico, sobre a atividade e reflexão do *jurisprudente*, do jurista que pode assumir uma posição crítica, eventualmente até contra-hegemónica, de vera resistência intelectual. Se no horizonte mantemos a Filosofia dos Direitos Humanos, tal não invalida, contudo, que as próximas palavras possam ter também validade para a jurisprudência doutrinal de outras áreas.

Importa destarte esmiuçar o que é que se pode entender por «pensamento jurídico crítico», uma aceção que extravasa a seara da Filosofia dos Direitos Humanos. Sabendo de antemão que «críticas» há muitas – as kantianas, a marxista, a jurisprudencialista, *et caetera* –, há que esclarecer que a posição aqui adotada envolve precisamente a noção de «crítica» formulada por Michel Foucault (1984, p. 50), e que urge citar: «[a] crítica do que somos é *simultaneamente a análise histórica dos limites que nos são impostos e uma experimentação com a possibilidade de ir para além deles.*»⁹ Tal caracterização é, no fundo, aquela que move o Movimento, Estudos, Teoria ou Pensamento Crítico(s) do Direito, mais conhecidos pela sua terminologia anglo-saxónica original enquanto *Critical Legal Studies*, a seara «*enfant terrible*» (HUNT, 1990, p. 5) do pensamento jurídico contemporâneo.

2. PENSAMENTOS JURÍDICOS ORTODOXO E CRÍTICO FACE AOS DIREITOS HUMANOS

O busilis cordial com que qualquer estudioso, advogado, juiz ou ativista dos Direitos Humanos se depara é no quão problemático se pode tornar refletir em searas compartimentadas sobre estes Direitos, no seu estádio vigente, pois tal leva a colocar em causa algumas premissas dogmáticas das abordagens mais ortodoxas na Filosofia do Direito. Questiona-se aqui, entre outros *topoi*, o dogma da autonomia (absoluta) do Direito e o princípio sobre a sua relação neutra para com a Política e os posicionamentos ideológicos; reintroduz-se nos discursos jurídico e político o potencial radical do jusnaturalismo; releva-se a construção e os efeitos sociais do Direito e das Relações Internacionais a um nível inconciliável com abstrações teoréticas; desconstrói-se o impacto potenciado pela hierarquização cidadão-plenamente-humano face ao estrangeiro-sub-humanizado, particularmente presente desde a modelação burguesa dos *Droits de l'Homme*; pensa-se já em moldes de pós-soberania com um horizonte mundial; alarga-se a discussão e os apelos jurídicos para a esfera extrajudicial, assistindo-se ao reavivar democrático das ruas e demais espaços públicos; e aceitam-se no palco dos Direitos Humanos, como agentes e sujeitos, organizações civis e instituições fora do circuito profissional jurídico tradicional.

Perante tamanha idiossincrasia, as Escolas de pensamento jusfilosófico partidárias de conceções ortodoxas, arreigadas ao binómio jusnaturalismo/positivismo e à suma autonomia do Direito, avessas à desconstrução ideológica e a análises sobre os contextos e os efeitos do Direito, encontram várias dificuldades em refletir sobre os Direitos Humanos e contribuir para a sua construção e realização, dado que a mobilização dos referentes usuais revela-se inadequada, por vezes chegando a desconsiderar aquele *genus* dado o seu desenquadramento teorético tradicional. Um erro crasso, tendo em conta que os Direitos Humanos são precisamente uma das maiores influências em diversas esferas jurídicas a nível mundial, tanto nos foros internos de diversos países, como nos foros externos.

No caso da jusfilosofia lusa, aquele aludido distanciamento e reservas também não são de todo incomuns, derivados da tradição de uma visão decantada do Direito que mormente não tem em conta os efeitos e o contexto sociopolítico do preceituado jurídico, especialmente face ao foro juspublicista. Luís Cabral de Moncada, por exemplo, cujo pensamento não deixa de espelhar as influências da Metafísica e da Teologia e que se destacou como jus-historiador e jusnaturalista, desconsiderava o Direito Internacional enquanto ramo dogmático, dado que as relações entre Estados não estão dotadas da dimensão ético-moral que pautas as relações jurídicas entre seres humanos. Mesmo após o Evento de 1939-1945, com as transformações do Mundo que depois se operaram – e não desconsiderando o regime político em que Portugal então vivia –, a sua posição não se alterou¹⁰. Não obstante o peso do seu *argumentarium*, a consequência imediata é o afastamento da reflexão jusfilosófica do campo do Direito e das Relações Internacionais, precisamente o manancial problemático de onde se originou o *ius gentium*, conceptualizado na romanidade arcaica como direito natural (o *ius fetiale*)¹¹, sendo este por sua vez o progenitor da Filosofia do Direito.

Deveras, qualquer perspetiva jusfilosófica que tenha uma clara antipatia para com os estudos do Direito que beneficiem de contributos provenientes de disciplinas como a Antropologia, a Sociologia, e a Psicologia Jurídicas, bem como as Relações Internacionais ou a Filosofia Política, acaba por se deixar enredar numa relação acrítica com os problemas político-sociais envolventes, não proporcionando referentes adequados a uma Filosofia própria dos Direitos Humanos, nomeadamente uma que tenha em consideração o vício eurocêntrico e sequente «lado mais negro da Modernidade Ocidental», como desvela Walter Mignolo¹². Não obstante, há que notar que tal Filosofia começa a ter já fundado um seu espaço na literatura académica lusa, especialmente ao nível dos seus precedentes teóricos, tendo conhecido alguns tímidos desenvolvimentos recentemente¹³. Há aliás que relevar o contributo precursor do

jusfilósofo português Mário Reis Marques na teorização de uma terceira via de fundamentação do Direito, assente precisamente nos Direitos Humanos¹⁴, após o esgotamento das teorias jusnaturalistas e positivistas nesse quadro.

Este último contributo torna-se assaz relevante tendo em conta que o jusnaturalismo é precisamente a perspetiva jusfilosófica tradicional em que são cogitados os Direitos Humanos, seja para os dissociar ou associar ao Direito Natural, com diversas limitações analíticas consequentes. Pense-se por exemplo em Leo Strauss¹⁵, John Finnis¹⁶ ou Michel Villey¹⁷, na sempiterna pujante corrente neotomista. Mas apesar da elevação intelectual de tais exposições, estas propostas não oferecem resposta àqueles problemas enunciados. Nem o poderiam fazer, dado que não foram pensadas para o contexto presente dos Direitos Humanos, profundamente reconceptualizados após as lutas anticoloniais e pelos direitos civis das passadas décadas de 1950-70, da dissolução da URSS em 1991, das resistências anticapitalistas vigentes ou dos crescentes apelos à cidadania ativa mundializados pela Primavera Árabe ou pelos Movimentos de Indignação e *Occupy*, a partir de 2010.

Nesta sequência, os Direitos Humanos *qua tale*, como de modo acutilante releva o historiador estadunidense Samuel Moyn, encontram a sua origem prática (*rectius*, uma refundação) no final da década de 1970¹⁸, portanto muitos anos após a problemática fundação da Organização das Nações Unidas, em 1945, a institucionalização da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ou a sua judicialização primeva com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em 1959. De facto, desde os primórdios daquela década de 1940 que os Direitos Humanos foram um notório alvo de instrumentalização ideológica, em particular contra o bloco soviético durante a Guerra “Fria” pela diplomacia estadunidense, não sendo também de desconsiderar o aproveitamento da Igreja Cristã nesses decénios na melhoria da sua posição geopolítica, após o miasma dos clericofascismos. Por outro lado, e como cunhado pela ONG Amnistia Internacional, os Direitos Humanos ficaram mui caracterizados nos últimos decénios pela sua mobilização extrajudicial, próxima de movimentos cívicos e de grupos ativistas que pretendem transformar as sociedades de diversos países por via do apelo àqueles Direitos e das denúncias das suas violações¹⁹. Assim, algo que a tão recente História dos Direitos Humanos tem vindo a alumiar é precisamente o seu potencial e efeitos «revolucionários»²⁰.

Tais factos e características levam a que se encare estes Direitos não só enquanto um foro qualificado (e durante décadas hegemonicamente instrumentalizado), mas como uma indubitável “linguagem de resistência”, cujo “apelo emancipatório” tem encontrado tradução há séculos no Direito Natural e nos revolucionários Direitos do Homem do séc. XVIII. Como já aludido, esta posição não encontra eco na jurisprudência doutrinal maioritária: contudo, e apesar de marginal, colhe assinaláveis confluências académicas a nível mundial, com destaque para o pensamento jurídico crítico, especialmente na corrente influenciada por Costas Douzinas²¹. Sucede, pois, que aquelas limitações *supra* referidas, enfrentadas pelo pensamento jurídico tradicional, não surgem a quem perspetiva o Direito na linha dos *Critical Legal Studies*, reconhecendo antes a ligação íntima com a Política e as influências ideológicas na teorização, construção e operação do Direito. Assim se evidencia o seu complexo «poder simbólico» e se permite ver além do «*habitus*» jurídico, como os estudou Pierre Bourdieu (1986a, 1986b). Sendo certo que tal abordagem fragiliza as fronteiras pré-determinadas da *episteme* académica, a sua virtude recai precisamente na capacidade de análise de problemas e temas reconhecendo as muralhas ideológicas, investigando como foram erigidas e propondo meios de as transformar ou derrubar através do próprio “potencial normativo radical” do Direito. E daí que um *topos* cordial deste Pensamento Crítico seja o reconhecimento e exploração do Direito como «Resistência» (FITZPATRICK, 1992b).

Tal modo de olhar o Direito, conquanto minoritário na jurisprudência doutrinal, não deixa de ver a sua importância reconhecida também pelo pensamento jurídico luso, como o faz o jus-historiador António Manuel Hespanha. Subscrevemos, aliás, a sua

caracterização sumária deste movimento (HESPANHA, 2014, p. 291-292):

o que a Escola Crítica do Direito propõe é mais do que substituir uma opinião doutrinal por outra: é, mais radicalmente, substituir as regras da prática e do discurso jurídicos, admitir que outro tipo de pessoas possa participar no diálogo académico e jurisprudencial dos juristas, utilizar outros tipos de factos como relevantes, falar uma outra linguagem e, sobretudo, admitir que o direito é um saber controverso, cujas escolhas representam também opções de ideologia e de política.

Partindo deste enquadramento geral do pensamento jurídico crítico²², mas almejando ir além, advogamos então encontrar em dois referentes do pensamento europeu candeias que auxiliam a refletir nesta seara, marcos teóricos que alentam um estudo crítico dos Direitos Humanos: o filósofo alemão Ernst Bloch e o filósofo francês Michel Foucault. Cumpre-nos destarte convocar a singularidade e mais-valia de alguns dos seus trabalhos para o pensamento jurídico, com aquele intuito de promoção pedagógica. É que as suas preleções se revelam ainda mais importantes hoje-em-dia do que ao tempo em que foram proferidas, merecendo por consequência uma receção mais profunda nesta seara emergente.

3. ERNST BLOCH E O «DIREITO NATURAL RADICAL»

Ernst Bloch (1885-1977), sendo não obstante uma figura relevante para a Filosofia do Direito, como apontam os jusfilósofos ibéricos Francisco Serra (1997, 1998) e Paulo Ferreira da Cunha (2010, p. 374), encontra-se algo olvidado²³. Apelidado de «marxista talmúdico» e sendo uma figura de proa do «Romantismo Revolucionário», como releva o sociólogo brasileiro Michael Löwy²⁴, Ernst Bloch marcou o pensamento europeu do séc. XX principalmente pela sua exploração temática da Utopia (em *Geist der Utopie*, 1918)²⁵ e do Princípio da Esperança (com *Das Prinzip Hoffnung*, 3. vols., 1954-1959)²⁶. Nas palavras do historiador português Miguel Cardina (2014, p. 98), a obra deste filósofo, ao estar «[p]olarizada em torno da consciência utópica, [...] convida a quebrar a absolutização do presente através da afirmação do futuro como o autêntico horizonte da temporalidade.» A filosofia blochiana é indubitavelmente de uma síntese singular, integrando o «marxismo ocidental», a herança do idealismo alemão e alguns movimentos culturais (*Lebensphilosophie*, *Sturm und Drang*, expressionismo, messianismo, *et caetera*), e sendo caracteristicamente movida por um contínuo «otimismo militante»²⁷. Outra marca a destacar é que, para o pensador alemão, a origem da Filosofia é o «espanto», mais precisamente o derivado do confronto com o sofrimento (BORGES, 1993, p. 408).

Ratione materiae, o que imediatamente aqui releva é o facto de ter sido este o primeiro filósofo a defender e fundamentar um *continuum* entre o Direito Natural e a teorização marxista emancipatória, paradigmaticamente na sua grande obra de 1961, *Naturrecht und menschliche Würde*²⁸. Nas palavras do teólogo português Anselmo Borges (1993, p. 407), nesta obra Ernst Bloch encontra a utopia no mundo do Direito «enquanto eunomia do caminhar erguido», ao passo que o jus-académico grego Costas Douzinas (2010, p. 86) a declara «a leitura marxista mais avançada da História e da Filosofia dos Direitos Humanos». Como nota Francisco Serra, para o filósofo germânico o Direito Natural – a «utopia jurídica»²⁹, como lhe chama – tem um duplo sentido: tanto mostra as insuficiências do Presente, como é expressão dos desejos de uma sociedade futura, na qual «os humilhados e os ofendidos» encontram resposta (BLOCH, 2011, p. 16). Contudo, o Direito Natural – o qual, reconhecida a sua matriz emancipatória, cunhará como «direito natural radical» – conquanto possa ser essa «utopia jurídica», também pode ser a ideologia legitimadora das injustiças do Presente. É que o jusnaturalismo foi ao longo de diversos momentos históricos repetidamente tanto expressão dos anseios de transformação social, como meio de consagração de um

domínio de classe, justificando a opressão numa sociedade dividida (BLOCH, 2011, p. 34-35).

Não obstante, Bloch considera o Homem e a Mulher como «animais utópicos», criadores constantes de antecipações de um mundo melhor. E de facto, anotando repetidos comportamentos de Resistência, advoga que existe um comum «direito natural radical» que perpassa pelas lutas antiescravagistas da Antiguidade, que anima o pensamento monarcômaco de mil e quinhentos e mil e seiscentos, que impele à fundação revolucionária dos *Droits de l'Homme* e que, após os traumas fascista e nazi, de novo estava patente nos incipientes Direitos Humanos, que tanto tinham em comum com o pensamento marxista. «Direito Natural radical» este assim marcado, através do acesso partilhado e equitativo dos Bens Comuns, pela concretização da Solidariedade, corretiva do direito positivado³⁰.

É neste sentido que Costas Douzinas cunha a noção de «Direitos Humanos» como o «Princípio da Esperança pós-moderno», ao qual reconhece uma natureza algo aporética: é que estes Direitos não deixam de estar localizados na fissura entre a ação jurídica da Ordem do Simbólico, que aparta o físico do político, e a operação da Ordem do Imaginário, que inspira um Futuro de redenção, a promessa de uma existência melhor. Daí se poder por exemplo afirmar que os Direitos Humanos não pertencem ou são somente empossados pelos cidadãos de Estados que os tenham reconhecidos no seu corpo legislativo: ao invés, estes Direitos já existem mesmo quando ainda não foram objeto de legislação nacional (Douzinas, 2000, p. 342-344), não sendo a sua titularidade condicionada por fronteiras. Assim, não é só o Passado da Filosofia dos Direitos Humanos que surge interligado com as potencialidades do seu Futuro: é a sua própria conceção espacial, verdadeiramente afim de uma «razão de Humanidade» globalizada, logo não confinada a uma «razão de Estado», delimitada pelos modelos em superação da soberania estadual ou da biopolítica institucionalizada com o “revolucionário” *citoyen bourgeois*. Enfim, Ernst Bloch é um alicerce que potencia a cogitação dos Direitos Humanos na sua vertente utopista, enquanto «*noch nicht*», um “ainda não”, porque não restringidos a um espaço nem ainda concretizados num tempo, aflorando antes como um autêntico horizonte de realização.

4. MICHEL FOUCAULT E O «DIREITO DOS GOVERNADOS»

Por seu lado, Michel Foucault (1926-1984), ainda que mormente associado no foro do Direito ao seu icónico *Surveiller et Punir* (1975)³¹, tem vindo a ser cada vez mais revalorizado no pensamento jurídico contemporâneo³² devido principalmente às publicações póstumas dos últimos cursos no *Collège de France*, relevando aqui o arco temático de 1975 a 1979: *Il faut défendre la société* (1975-1976); *Sécurité, territoire, population* (1977-1978); e *Naissance de la biopolitique* (1978-1979)³³. Desenvolvidas precisamente no período de refundação dos Direitos Humanos, é nestas obras que o filósofo francês esmiúça a formação da «Razão de Estado» e teoriza o desenvolvimento da Biopolítica, ao longo dos últimos cinco séculos, versando sobre um moderno «direito dos governados». Somos destarte de opinião de que estes seus ensinamentos devem acolher repercussão não só no campo da Filosofia dos Direitos Humanos, mas inclusive no cultivo de toda uma jurisprudência doutrinal crítica, de particular inclinação heurística, dados os referentes-chave que o filósofo francês tem aqui teorizados.

Sucedee que esta sua longa investigação académica deriva de um conjunto de experiências pessoais e políticas no despontar da passada década de 1970 (e que importa aqui reconstruir mui sucintamente), as quais levaram a que Michel Foucault se consolidasse como um intelectual de Esquerda *engagé*, esbatendo assim a distância entre o foro académico erudito e a tumultuosa realidade social. Reportamo-nos desde logo à viagem que o filósofo fez aos EUA no Outono de 1970, onde terá ficado chocado com os evidentes fosso económico e discriminação racial desta sociedade³⁴, viagem na

qual teve um contacto directo e mui influente com diversos militantes do *Black Panther Party* e sua literatura³⁵. Em Fevereiro de 1971, Michel Foucault ajudou a fundar o movimento *Groupe d'Information sur les Prisons*, de inspiração maoísta e de agitação panfletária. E no 1.º de Maio desse ano foi preso, juntamente com treze companheiros do *Groupe*, pela distribuição de panfletos nas imediações da parisiense *Prison de la Santé*³⁶. Em Novembro de 1971 decorreu o famoso debate televisivo na Holanda com Noam Chomsky, no qual se evidenciou publicamente o ativismo político dos dois intelectuais e onde ambos versaram sobre isto mesmo³⁷. A transformação pessoal e profissional em Michel Foucault foi notória, afastando-se da sua arqueologia epistemológica de foro mais universitário, doravante vindo a fazer uso dos métodos de recolha do *Groupe d'Information* nas suas pesquisas sobre o Poder e a discutir publicamente as suas opiniões políticas.

A heurística foucaultiana sobre a «Governamentalidade» é então fruto direto desta viragem, investigando sobre a Arte de Governo e o conjunto de disciplinas e instituições para o exercício do Poder pelo Soberano e pelo Estado. É o que precisamente nos importa é o facto de Michel Foucault realçar que, para todos os mecanismos de «conduta»³⁸ desenvolvidos ao longo dos séculos – para o colonialismo evangélico da alma, para o colonialismo capitalista das Américas e para o desenvolvimento da *Raison d'État* – há as correspondentes «contra-condutas», o então apelidado «direito dos governados»³⁹, pois não há Poder sem Resistência a esse mesmo Poder. Não só reconhece a existência correlativa de comportamentos de Resistência aos vários mecanismos de Opressão e Poder, como, num dos seus textos derradeiros (publicado no *Libération*, em 1984), teoriza precisamente sobre o potencial dos Direitos Humanos, assentes na força do ativismo social, relevando como os «cidadãos internacionais» podem e devem agir, sob a égide daqueles Direitos, contra os Governos que abusam do seu Poder. Pertencendo todos os indivíduos a uma «comunidade dos governados», eis que se constitui um direito-maior, novo, de forte pendor ético, o «direito dos governados» contra aqueles abusos, movidos pelo princípio-maior da Solidariedade⁴⁰, espoletado pela indignação na observação do sofrimento humano – e sua correspondente denúncia e superação (Foucault, 2006). É um apelo ao *polites*, à cidadania ativa, à organização da sociedade civil – paradigmaticamente então em ONG como a Amnistia Internacional, a *Terre des Hommes* e a *Médecins du Monde* –, promovendo um papel que incumbe aos sujeitos particulares ter na política internacional: o dever de aí intervir, independentemente dos Estados que os governem, não se bastando com a mera indignação.

Recorde-se ademais que Michel Foucault foi precisamente uma das figuras públicas defensoras dos movimentos de dissidência da URSS, tendo sido também um dos primeiros teorizadores do «direito de intervenção» pelas ONG, o qual veio a ser cooptado pela visão hegemónica dos Direitos Humanos e moldado no vigente «direito de intervenção» da *Responsibility to Protect* do Direito Internacional Humanitário. Note-se ainda que na sua reflexão sobre as contra-condutas hodiernas, associadas aos Direitos Humanos, estas não deixam de se expressar também como uma reação aos então emergentes ordoliberalismo da Escola de Freiburg e anarcoliberalismo da Escola de Chicago: não será por isso excessivo conceber tais contra-condutas como de feição anticapitalista, dada a rejeição das imposições biopolíticas que este modelo económico gera⁴¹.

Ainda nesta sequência, importa enfim realçar uma última nota, de cariz heurístico-epistemológico, sobre as contra-condutas, relacionada precisamente com a noção foucaultiana de «crítica» com que se começou a versar sobre a atitude aqui defendida para o pensamento jurídico. O filósofo francês debruçou-se deveras sobre aquela categoria – desde logo a propósito do conhecido texto kantiano *Was ist Aufklärung* (1784)⁴² –, particularmente aquando de uma conferência apresentada à *Société Française de Philosophie*, em 1978, *ergo* no período de investigação aqui em análise. De acordo com Michel Foucault, a própria «atitude crítica» surge como vera reação àquelas artes de governo formadas na Europa nos séc. XV-XVI, especialmente

as conduzidas pelo poder pastoral. Este modo de pensar criticamente, esta atitude que é em simultâneo moral e política, é assim primeiramente caracterizada como «a arte⁴³ de não ser governado daquele modo e àquele custo», *idem est*, de não estar submisso àqueles modos de governo (Foucault, 2007, p. 45).

Por «não querer ser governado» defende Michel Foucault três significados, intra-conectados. (1) «Não querer ser governado» significava desde logo, neste contexto, rejeitar a doutrina e a autoridade da Igreja e regressar à leitura imediata das Escrituras, recusando a intermediação hermenêutica eclesiástica, procurando a sua mensagem original e autêntica. Pelo que a «crítica» é assim historicamente bíblica. Ademais, a (2) atitude crítica de rejeição do governo impunha contrapor a este a ideia de legitimidade demandada pelo Direito Natural, ou seja, um conjunto de postulados de alcance universal e igualitário, atitude contrastante com a estratificação por ordens sociais da altura. E por fim, (3) «não querer ser governado» implica o facto de não se aceitar algo como verdadeiro simplesmente porque alguém com autoridade o declarou – pelo contrário, algo só é aceitável como verídico se o sujeito reconhecer validade aos fundamentos e razões apresentadas. Ou seja, a «crítica» confronta-se com a mera autoridade (Foucault, 2007, p. 45-47), numa atitude essencialmente socrática perante o saber.

Enfim, atentando nas contra-condutas hodiernas, consideramos que urge de facto estudar a manifestação dos Direitos Humanos como «direito dos governados», o que se vem impondo desde a sua aludida refundação na década de 1970. A grande ilação para a atividade heurística do pensamento jurídico daqui derivada, particularmente atual no Presente, é a da necessidade de não se cair nas tradicionais compartimentações entre o conhecimento que se autoriza, porque endógeno, e o que se rejeita, porque exógeno – deve-se ir além dessas duas opções, conseguindo marcar presença precisamente nas “fronteiras”, à maneira dos antigos *jurisprudentes*. A crítica desenvolve-se sobre os limites, refletindo sobre o particular e concreto por oposição ao que nos é dado como universal e obrigatório, resistindo às construções mitificadas e aos purismos das dissociações teóricas. «Em suma», como escreveu o filósofo, «o importante é transformar a crítica que é conduzida como uma limitação necessária numa crítica prática que toma a forma de uma transgressão possível» (FOUCAULT, 1984, p. 45).

5. REMATE

À laia de conclusão, cumpre-nos advogar que talvez seja precisamente esta «atitude crítica» a mais necessária a uma jurisprudência doutrinal que queira pensar a Filosofia dos Direitos Humanos com seriedade e valorizar contributos contra-hegemónicos, desconstruindo as tradições inventadas que são continuamente reproduzidas e perspetivando tais Direitos por relação com um espaço verdadeiramente global, pós-colonial, vindo a explorar-se o seu potencial de Futuro, não restrito às suas positavações hodiernas neoliberais. Em remate, fica apenas a advertência de que o sopesamento dos contributos do pensamento jurídico crítico, em geral, e de Ernst Bloch e de Michel Foucault, em particular, não deve ser desvalorizado pela popularidade marginal(izada) destes referentes: num mundo pré-apocalíptico no qual inclusive se “privatiza a Esperança”, como aquele em que habitamos, pensar criticamente os Direitos Humanos enquanto horizonte de judícia e linguagem jus-internacional de contra-condutas pode ser mesmo a abordagem mais razoável para este *genus* jurídico, sob pena de que este se desvaneça como o derradeiro (e bloqueano) «sonho [jurídico] de uma vida melhor».

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M. Um olhar crítico sobre o jusnaturalismo subversivo de John Finnis, in

- Aufklärung, 3/1, 2016, p. 225-240.
- ANGHIE, A. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. USA: Cambridge University Press, 2004.
- BARRETO, J.M. Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History. In Barreto, J.M. (ed.) *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*, UK: Cambridge Scholars publishing, 2013, p. 140-171.
- BARRETO, J.M. A Universal History of Infamy. Human Rights, Eurocentrism, and Modernity as Crisis. In Singh, P.; Mayer, B. (ed.). *Critical International Law. Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism*, India: Oxford University Press, 2014, p. 143-166.
- BAXI, U. *Human Rights in a Posthuman World. Critical Essays*. India: Oxford University Press, 2009.
- BAXI, U. *The Future of Human Rights*. India: Oxford University Press, 2012 [2002].
- BLOCH, E. *The Spirit of Utopia*. USA: Stanford University Press, 2000 [1918].
- BLOCH, E. *El Principio Esperanza*. Madrid: Editorial Trotta, 2004 (vol. 1), 2006 (vol. 2), 2007 (vol. 3) [1954-1959].
- BLOCH, E. *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid: Dykinson, 2011 [1961].
- BOERSEMA, D. *Philosophy of Human Rights. Theory and Practice*. USA: Westview Press, 2011.
- BORGES, A. Ernst Bloch: A esperança ateia contra a morte, in *Revista Filosófica de Coimbra*, 4/2, 1993, p. 403-426.
- BOURDIEU, P. La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986(a), p. 3-19.
- BOURDIEU, P. Habitus, code et codification, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986(b), p. 40-44.
- CARDINA, M. A filosofia da esperança de Ernst Bloch. In UNIPOP (org.). *Pensamento Crítico Contemporâneo*, Lisboa: Edições 70, 2014, p. 88-100.
- CARDOSO, M. Frederic Jameson. A ciência dos limites e a arqueologia do futuro. In UNIPOP (org.). *Pensamento Crítico Contemporâneo*, Lisboa: Edições 70, 2014, p. 281-302.
- CHOMSKY, N.; FOUCAULT, M. Human Nature: Justice vs. Power. In Chomsky, N.; Foucault, M. *The Chomsky-Foucault Debate. On Human Nature*, USA: The New Press, 2006, p. 1-67.
- CLAVERO, B. *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- CUNHA, P. F. *Filosofia Política. Da Antiguidade ao Século XXI*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2010.
- DOUZINAS, C. *The End of Human Rights. Critical legal thought at the turn of the century*. UK: Hart Publishing, 2000.
- DOUZINAS, C. *Human Rights and Empire. The political philosophy of cosmopolitanism*. UK: Routledge-Cavendish, 2007.
- DOUZINAS, C. *Adikia: On Communism and Rights*. In Douzinas, C.; Žižek, S. (ed.). *The Idea of Communism*, London: Verso, 2010, pp. 81-100.
- DOUZINAS, C.; GEARTY C. (ed.). *The Cambridge Companion to Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- DOUZINAS, C. *The Meanings of Rights: The Philosophy and Social Theory of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- DOUZINAS, C.; GEAREY, A. *Critical Jurisprudence. The Political Philosophy of Justice*. UK: Hart Publishing, 2005.
- FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. USA: Oxford University Press, 1980.
- FITZPATRICK, P. *The Mythology of Modern Law*. USA: Routledge, 1992(a)
- FITZPATRICK, P. Law as Resistance. In Grigg-Spall, I.; Ireland, P. (ed.). *The Critical Lawyer's Handbook*, UK: Pluto Press, 1992(b), p. 44-48.
- FITZPATRICK, P. *Modernism and the Grounds of Law*. USA: Cambridge University Press, 2001.
- FOUCAULT, M. What Is Enlightenment? In Rabinow, P. (ed.). *The Foucault Reader*, USA:

- Pantheon Books, 1984, p. 32-50.
- FOUCAULT, M. *Society Must Be Defended – Lectures at the Collège de France 1975-1976*. New York: Picador, 2003.
- FOUCAULT, M. *Confronting Governments: Human Rights*. In Chomsky, N.; Foucault, M. *The Chomsky-Foucault Debate. On Human Nature*, USA: The New Press, 2006, p. 211-213 [1984].
- FOUCAULT, M. What is Critique? In Lotringer, S. (ed.). *The Politics of Truth*, USA: Semiotext(e), 2007, p. 41-81.
- FOUCAULT, M. *The Birth of Biopolitics – Lectures at the Collège de France 1978-1979*. UK: Palgrave Macmillan, 2008.
- FOUCAULT, M. *Security, Territory, Population – Lectures at the Collège de France 1977-1978*. UK: Palgrave Macmillan, 2009.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Lisboa: Edições 70, 2018 [1975].
- GAUDÊNCIO, A. S. *Entre o Centro e a Periferia. A perspectivização ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no critical legal studies movement*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- GOLDEN, B. (ed.). *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*, UK: Routledge, 2013.
- GOLDEN, B.; FITZPATRICK, P. (ed.). *Foucault and Law*, UK: Ashgate, 2010.
- GOLDER, B. Foucault's Critical (Yet Ambivalent) Affirmation: Three Figures of Rights, in *Social & Legal Studies*, 20/3, 2011, p. 283-312.
- HAARSCHER, G. *A Filosofia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- HAYDEN, P. *The Philosophy of Human Rights*. USA: Paragon House, 2001.
- HEINER, B. T. Foucault and the Black Panthers, in *City: analysis of urban trends, culture, theory, policy, action*, 11/3, 2007, 313-356.
- HESPANHA, A. M. *O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2014.
- Hobsbawm, E. Introduction: Inventing Traditions. In Hobsbawm, E.; Ranger, T. (ed.). *The Invention of Tradition*, UK: Cambridge University Press, 2000, p. 1-14.
- HOMEM, A. B.; Brandão, C. (org.). *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015.
- HUNT, A. The Critique of Law: What is 'Critical' about Critical Legal Theory? In Fitzpatrick, P.; Hunt, A. (ed.). *Critical Legal Studies*, UK: Basil Blackwell, 1990, p. 5-19.
- IRIYE, A.; et. al. (ed.). *The Human Rights Revolution. An International History*. USA: Oxford University Press, 2012.
- ISHAY, M. R. *The History of Human Rights. From Ancient Times to the Globalization Era*. USA: University of California Press, 2008.
- JUSTO, A. S. «O pensamento jusnaturalista no Direito Romano», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 87, 2011, p. 21-85.
- KANT, I. An Answer to the Question: What Is Enlightenment? In Kleingeld, P. (ed.). *Towards Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History*, USA: Yale University Press, 2006, p. 17-23 [1784].
- KARLSEN, M. P.; Villadsen, K. Foucault, Maoism, Genealogy: The Influence of Political Militancy in Michel Foucault's Thought, in *New Political Science*, 37/1, 2015, p. 91-117.
- LÖWY, M. Romanticism, Marxism and Religion in the "Principle of Hope" of Ernst Bloch, in *Crisis & Critique*, 2/1, 2015, p. 350-355.
- LÖWY, M.; Sayre, R. *Romanticism Against the Tide of Modernity*. USA: Duke University Press, 2001.
- MARQUES, M. R. *Introdução ao Direito – Vol. I*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MIÉVILLE, C. *Between Equal Rights. A Marxist Theory of International Law*. London: Pluto Press, 2006.
- MIGNOLO, W. D. *The Darker Side of Western Modernity. Global Futures, Decolonial Options*. USA: Duke University Press, 2011.
- MONCADA, L. C. Será possível um verdadeiro direito internacional? In *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. II, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004, p. 203-232 [1955].

- MOYN, S. *The Last Utopia. Human Rights in History*. USA: Belknap Press of Harvard University Press, 2012.
- MOYN, S. *Human Rights and the Uses of History*. USA: Verso, 2014.
- MOYN, S. *Christian Human Rights*. USA: University of Pennsylvania Press, 2015.
- MOYN, S. *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*. USA: Belknap Press of Harvard University Press, 2018.
- Mutua, M. *Human Rights. A Political and Cultural Critique*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2002.
- Rocha, J. S. *Michel Foucault e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- SCHMITT, C. *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*. USA: Telos Press, 2006 [1950].
- Serra, F. El pensamiento filosófico-jurídico y político de Ernst Bloch, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14, 1997, p. 827-844.
- SCHMITT, C. *Historia, política y derecho en Ernst Bloch*. Valladolid: Editorial Trotta, 1998.
- STRAUSS, L. *Natural Right and History*. USA: The University of Chicago Press, 1965.
- VILLEY, M. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1983.
- THOMPSON, P.; ŽIŽEK, S. (ed.). *The Privatization of Hope: Ernst Bloch and the Future of Utopia*. USA: Duke University Press, 2013.
- UNGER, R. M. *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task*. USA: Verso, 2015 [1983].
- WASSERSTROM, J. N.; et. al. (ed.). *Human Rights and Revolutions*. USA: Rowman, Littlefield Publishers, 2007.
- WHYTE, J. Human rights: confronting governments? Michel Foucault and the right to intervene. In Stone, M. et al. (ed.). *New Critical Legal Thinking: Law and the Political*, New York: Routledge, 2012, p. 11-31.
- WHYTE, J. Is revolution desirable? Michel Foucault on revolution, neoliberalism and rights, in Golden, B. (ed.), *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*, UK: Routledge, 2013, p. 207-228.

NOTAS

- 1 *V. e.g.* ISHAY, 2008.
- 2 *V. e.g.* HAARSCHER, 1993.
- 3 *V. e.g.* BAXI, 2012, 2009; MOYN, 2018.
- 4 *V. e.g.* MUTUA, 2002; BARRETO, 2013, 2014; CLAVERO, 2014.
- 5 *V. e.g.* HAYDEN, 2001; BOERSEMA, 2011.
- 6 *V. e.g.* SCHMITT, 2006; ANGHIE, 2004; MIÉVILLE, 2006.
- 7 Adota-se aqui a distinção tradicional da Teoria do Direito entre a «jurisprudência judicial», afeta à atividade judicativo-decisória do foro dos tribunais, e a «jurisprudência doutrinal» ou «dogmática», resultante do trabalho académico, da doutrina que incide a montante e a jusante sobre a judícia e as várias dimensões da esfera jurídica. Vamos assim ao encontro do entendimento romano sobre a atividade dos *jurisprudentes* enquanto pensadores “críticos” do Direito, atentos aos efeitos da teoria jurídica sobre a realidade social e política.
- 8 Propósito construtivo aqui espelhado *ab initio* através de uma ênfase sugestiva em referências bibliográficas.
- 9 *Hoc sensu* CÁRDOSO, 2014, p. 290, 300 (nota 24).
- 10 Cf. MONCADA, 2004.
- 11 *V. e.g.* JUSTO, 2011.
- 12 *V. e.g.* MIGNOLO, 2011.
- 13 *V. e.g.* HOMEM, BRANDÃO, 2015.
- 14 Cf. MARQUES, 2007, p. 195-242.
- 15 *V. e.g.* STRAUSS, 1965.
- 16 *V. e.g.* FINNIS, 1980, e, a este propósito, ALMEIDA 2016.
- 17 *V. e.g.* VILLEY, 1983.
- 18 O historiador aponta simbolicamente para o ano de 1977, tendo em conta a atribuição do

- Premio Nobel da Paz à ONG Amnistia Internacional e a eleição de Jimmy Carter como Presidente dos EUA.
- 19 V. MOYN, 2012, 2014, 2015.
- 20 V. e.g. WASSERSTROM et al., 2007; IRIYE et al., 2012.
- 21 V. DOUZINAS, 2000, 2007. Indicativos desta internacionalização, v. e.g. DOUZINAS, GEARTY, 2012, 2014.
- 22 Para uma caracterização abrangente deste movimento académico v. e.g. GAUDÊNCIO, 2013; DOUZINAS, GEAREY, 2005; UNGER, 2015.
- 23 Conquanto em revitalização: v. e.g. THOMPSON, ŽIŽEK, 2013.
- 24 Cf. LÖWY, SAYRE, 2001, p. 169-187; LÖWY, 2015.
- 25 Cf. BLOCH, 2000.
- 26 Cf. BLOCH, 2004-2007.
- 27 SERRA, 1997, p. 827-830; LÖWY, 2015, p. 355.
- 28 Cf. BLOCH, 2011.
- 39 O Direito Natural é para Ernst Bloch uma «utopia jurídica» inter-relacionada com as utopias sociais: há uma vera «herança» no jusnaturalismo, complementar da «herança» das utopias sociais (SERRA, 1997, p. 833).
- 30 Em termos mais esmiuçados, o direito natural «subjeto» radical consiste na reivindicação do brocardo “de cada qual segundo a sua capacidade, a cada qual de acordo com as suas necessidades”, enquanto o direito natural «objeto» radical consiste na Solidariedade. Tais postulados implicam desde logo uma construção diferente do que é o Estado, para que não se caia numa mera apologia moral: identificando o Estado com as pessoas e a vontade popular, tal construção teria que partir “de baixo”, em oposição à do Estado contemporâneo, fruto de uma sociedade de antagonismos e portanto erigido a partir “de cima” (BLOCH, 2001, p. 403-404). O «direito natural radical» enquadra assim o valor da Liberdade na concretização da Solidariedade: mais forte que a simples Moral, reconhece que de acordo com aquele direito natural se poderá corrigir o direito positivo que se desvie do ideal legitimado. Como “princípio ativo” deste Direito Natural radical surge então a Resistência, vera projeção daquela noção de Liberdade emancipatória (BLOCH, 2001, p. 412).
- 31 Cf. FOUCAULT, 2018.
- 32 V. e.g. Golden, Fitzpatrick, 2010; Golden, 2013; Golder, 2011; Rocha, 2011.
- 33 Cf. Foucault, 2003, 2009, 2008 (o ano letivo de 1976-1977 foi sabático).
- 34 É irresistível observar o paralelismo com o «espanto» face ao sofrimento humano que impelia Ernst Bloch.
- 35 Cf. Heiner, 2007.
- 36 Cf. Karlsen, Villadsen, 2015.
- 37 Cf. Chomsky, Foucault, 2006.
- 38 O filósofo releva a extensa significação do termo «conduta», dado que se pode referir à atividade de condução (*conduire*), à condução em si (*la conduction*), ao modo como alguém decide conduzir-se a si próprio (*se conduit*), se deixa ser conduzido (*se laisse conduire*) ou é conduzido (*est conduit*) e ainda se comporta na sequência de uma forma ou ação de condução. Paradigmaticamente, o termo (nos seus vários sentidos) remonta à condução/governo das almas determinada pelo poder pastoral (Foucault, 2009, p. 192-193).
- 39 Em termos mais elaborados, teoriza sobre três formas de contra-conduta: em primeira linha, um horizonte de temporalidade política, de representação sobre a possibilidade da libertação da sociedade do Estado; por consequência, a segunda grande forma de contra-conduta é a do direito à revolta, a afirmação da vontade da sociedade sem as amarras estaduais, rompendo com a obediência à *Raison d'État*; e a derradeira forma de contra-conduta é de índole epistemológica, em que a sociedade se torna detentora do seu próprio conhecimento, das suas necessidades e desejos, deixando assim o Estado de ser o detentor da verdade e de impor os seus desígnios (Foucault, 2009, p. 355-357).
- 40 De novo, a sintonia com as conclusões de Ernst Bloch é evidente.
- 41 *Hoc sensu* Whyte, 2012, 2013.
- 42 Cf. Kant, 2006.
- 43 Enquanto *ars, technè*.