

O MO(VI)MENTO DA LEGITIMAÇÃO DA FORMA JURÍDICA

Fernando Rodrigues de Almeida¹

Giovane Moraes Porto²

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar o movimento jurídico-político, em determinado espaço-temporal institucionalizado, para legitimação da forma jurídica e suas consequências no Estado Democrático de Direito. Tendo como principal referencial a arqueologia das estruturas jurisdicionais do teórico Michel Foucault, o objetivo desta pesquisa é desconstruir a crença na ideia de que o discurso racional utilizado para legitimar uma decisão judicial garante a concretização da justiça e dos interesses da sociedade como um todo, e demonstrar que este discurso racional é uma relação de poder-saber que apenas mascara a relação de dominação pelo poder disciplinar. Verificar-se-á como a violência é exercida por meio da forma jurídica que utiliza-se, com base na teoria da soberania, o poder disciplinar para normalizar os indivíduos. A metodologia utilizada será de caráter hipotético-dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica, principalmente no que concerne nas construções teóricas do filósofo Michel Foucault. É esperado chamar atenção dos juristas para o fato de que legitimando a forma jurídica, está legitimando as relações de dominação, o poder sobre os corpos e sobre a vida e a morte dos sujeitos de direito, e que os discursos racionais utilizados apenas mascaram este poder com o fim de tornar a sociedade um corpo social dócil e útil.

PALAVRAS-CHAVE

Legitimação; Forma jurídica; Hermenêutica; Estado Democrático de Direito.

¹ Fernando Rodrigues de Almeida - Mestrando em Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Sob orientação do Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Junior. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares de Marília –, UNIVEM. Integrante do grupo de pesquisa BIOÉTICA/UNIVEM e monitor do grupo de pesquisa Rede Internacional de Estudos Schmittianos (RIES/UNIVEM). Contato: fernandordealmeida@gmail.com

² Giovane Moraes Porto - Graduando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista PIBIC/CNPq. Sob orientação do Prof. Dr. Nelson Finotti Silva. Integrante e monitor do grupo de pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP), vinculado ao CNPq-UNIVEM. Contato: e-mail: giovane Moraesporto@hotmail.com

Introdução

A pesquisa irá analisar um dos grandes obstáculos da ciência jurídica contemporânea que é a busca por razões que venham a legitimar o direito, ou seja, fundamentar e justificar a forma jurídica, para que haja a maior aceitação dos jurisdicionados e eficiência no controle social. Tendo como principal referencial a arqueologia das estruturas jurisdicionais do teórico Michel Foucault.

Assim, em um primeiro momento, este estudo examinará o mo(vi)mento da legitimação da forma jurídica na construção das ciências humanas na estrutura jurídico-política ocidental e como se dá atualmente esta legitimação por meio da hermenêutica. Pretende-se desconstruir a crença supersticiosa na legitimidade da forma jurídica e na eficiência da ordem, a fim de demonstrar a real finalidade da forma jurídica, qual seja, a de produzir um corpos social dócil e útil a fim de garantir o *status quo*.

Durante toda a história da humanidade ocidental se fez necessária a legitimação, por meio das ciências humanas, da forma-direito, ou do conceito foucaultiano de “forma jurídica” para que houvesse o controle de comportamento dos indivíduos que estivessem na condição de sujeitos de direitos de uma determinada localidade, com o escopo de tornar possível a vida em sociedade de forma pacífica e segura, e decidir sobre os conflitos de interesses entre os indivíduos.

Em cada era do conhecimento sobre instituições jurídicas a legitimidade foi justificada de uma maneira diferente, mas todas buscavam o controle sobre o corpo do indivíduo, por meio de uma relação de dominação, de disciplina, de sujeição, para que obrigassem os indivíduos a agirem de uma determinada maneira e caso não agissem, o soberano podia utilizar da violência institucionalizada para fazer valer seus pressupostos de validade caso não cumprissem o que o Estado regulamentou, seja de forma abstrata (lei, súmulas, portarias, etc.) ou de forma concreta (decisão judicial) há a consequência do descumprimento, que é uma forma de sanção legitimada, prevista pela forma jurídica.

A racionalidade é utilizada para legitimar a forma jurídica no Estado Democrático de Direito é uma imposição de uma ideologia – seja dentro ou fora da forma jurídica –, para legitimar uma decisão judicial, para determinar quais os padrões que deverão ser seguidos pela sociedade, sempre será um ato de violência, de dominação. A imposição de uma conduta a ser seguida, sempre será heteronomia, portanto uma violência, mesmo que legitimada por uma racionalidade.

Busca-se demonstrar que independente do discurso racional – do argumento das ciências humanas – utilizado para legitimar o Direito a consequência será sempre

a mesma, a de que se estará legitimando as relações de dominações sobre os sujeitos de direitos, seja em uma monarquia absolutista ou em uma democracia liberal.

No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas de trazer informações que instiguem o debate, notadamente, sobre a legitimação da forma jurídica e suas consequências. A metodologia utilizada foi de caráter hipotético-dedutivo utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

I. Forma jurídica como movimento institucional da racionalidade

Durante toda a história da humanidade ocidental se fez necessária a legitimação, por meio das ciências humanas³, da forma-direito, no léxico foucaultiano: “forma jurídica”. Isto para haver o controle de comportamento dos indivíduos que estivessem na condição de sujeitos de direitos de uma determinada localidade, com o escopo de tornar possível a vida em sociedade de forma pacífica e segura, e decidir sobre os conflitos de interesses entre os indivíduos.

O papel essencial da teoria do direito, desde a Idade Média, é o de fixar a legitimidade do poder: o problema maior, central, em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o problema da soberania. Dizer que o problema da soberania é o problema central do direito nas sociedades ocidentais significa que o discurso e a técnica do direito tiveram essencialmente como função dissolver, no interior do poder, o fato da dominação, para fazer que aparecessem no lugar dessa dominação, que se queria reduzir ou mascarar, duas coisas: de um lado, os direitos legítimos da soberania, do outro, a obrigação legal da obediência. (FOUCAULT, 1999, p. 31).

Em cada época a legitimidade foi justificada de uma maneira diferente, mas todas buscavam o controle sobre o corpo, sobre a conduta, o comportamento, do indivíduo, por meio de uma relação de dominação, de disciplina, de sujeição, para que obrigassem os indivíduos a agirem de uma determinada maneira e caso não agissem, o soberano podia utilizar da violência institucionalizada para fazer valer

³ Ciências Humanas aqui são observadas em moldes foucaultianos, ou seja, o homem (pesquisador, sujeito cognoscente) utiliza outro homem (objeto cognoscente) para determinar como este deve se comportar, o pesquisador faz isto por meio de um discurso estratégico que constrói uma verdade e impõe um padrão a ser seguido. “As ciências humanas não são uma análise do que o homem é por natureza; são antes uma análise que se estende entre o que o homem é em sua positividade (ser que vive, trabalha, fala) e o que permite a esse mesmo saber (ou buscar saber) o que é a vida, em que consistem a essência do trabalho e suas leis, e de que modo ele pode falar” (FOUCAULT, 1999, p. 488).

suas prescrições normativas caso não cumprissem o que o Estado regulamentou – seja de forma abstrata (lei, súmulas, portarias, etc.) ou de forma concreta (decisão judicial) – há a consequência do descumprimento, que é uma forma de sanção legitimada, prevista pela forma jurídica.

A coerção que pode ser exercida de forma legítima ao indivíduo que não cumpre com o comando previsto na forma jurídica pode ser verificada na distinção que Kelsen faz entre um bando de salteadores e o direito:

não existe qualquer diferença entre a descrição de um comando de um salteador de estradas e a descrição do comando de um órgão jurídico. A diferença apenas ganha expressão quando se descreve, não o sentido subjetivo, mas o sentido objetivo do comando que um indivíduo endereça ao outro [...]. Quer dizer: interpretamos o comando de um, mas não o comando do outro, como uma norma objetivamente válida. E, então, num dos casos, vemos na conexão existente entre o não acatamento do comando e um ato de coerção uma simples “ameaça”, isto é, a afirmação de que *será* executado um mal, ao passo que, no outro, interpretamos essa conexão no sentido de que *deve ser* executado um mal. Assim, neste último caso, interpretamos a execução efetiva do mal como a aplicação ou a execução de uma norma objetivamente válida que estatui o ato de coerção. (KELSEN, 1991, p. 48-49)

Portanto, se o indivíduo não agir conforme o determinado pela forma jurídica, poderá o Estado utilizar de coerções intencionais para sancionar este indivíduo e fazer com que haja de acordo com o prescrito. Sendo assim, a única diferença entre a violência exercida por um bando de salteadores e a exercida pelo direito é que esta está prevista e autorizada pelo ordenamento jurídico, o que legitima o uso da violência.

No presente capítulo analisaremos a legitimação da forma jurídica em cinco períodos históricos: Antiguidade greco-romana; Idade Média; Renascimento; Positivismo e; “Pós-positivismo”.

Na Antiguidade greco-romana as ciências humanas, justificavam a necessidade de uma forma jurídica com base em um caráter metafísico da natureza, “na Antiguidade Clássica, o direito (*jus*) era um fenômeno de ordem sagrada, imanente à vida e à tradição romana, conhecido mediante um saber de natureza ética, a prudência” (FERRAZ JR. 2001, p. 71). Para a antiguidade a vida em sociedade era algo natural, e a forma-direito deveria se pautar na ética, na prudência, o que justificava a presença do Estado era a natureza social do homem e a necessidade de

garantir a ética nas relações sociais.

Por sua vez, na Idade Média a legitimação se dava com base em um caráter divino, “com traços dogmáticos; em analogia com as verdades bíblicas, o direito tem origem divina e como tal deve ser recebido, aceito e interpretado pela exegese jurídica” (FERRAZ JR. 2001, p. 72). Portanto, permanece o caráter metafísico de justificar a forma-direito, mantém o caráter sagrado, mas passa de uma justificação com base na natureza para a justificação com base em uma entidade divina, com forte influência dos dogmas da igreja que impunham um modo de agir, de se conduzir, determinava o que era normal e o que não, não sendo normal poderia utilizar de mecanismos disciplinares para adestrar o indivíduo a fim que fazer com que aja de acordo com prescrito.

Já no Renascimento, com base nos filósofos iluministas e contratualistas como Locke, Hobbes e Rousseau, era a razão que legitimava a forma jurídica, há um processo de dessacralização da forma jurídica, mas ainda mantém o caráter metafísico. As regras da convivência neste período só serão legítimas se construídas de forma racional e preferencialmente supranacional, capaz de operar em todas as circunstâncias. (FERRAZ JR. 2001, p. 72).

O positivismo⁴, escola do Direito do início do século XIX, rompe com a legitimação metafísica dos três períodos anteriores (Antiguidade greco-romana; Idade Média e; Renascimento), pois o que irá legitimar as regras de convivência será a autoridade formal, continuando a noção de contrato social dos filósofos iluministas, mas o que legitima agora é o fato de a forma-direito ser posto pela entidade que possuía tal competência, por exemplo, uma lei promulgada pelo legislativo só será legítima, se houver uma norma anterior que atribua poder ao legislativo para promulgar lei, neste momento legalidade e legitimidade se confundem.

O fundamento de validade de uma norma apenas poder a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, em confronto com uma norma que é, em relação a ela a norma inferior (KELSEN, 1991, p. 205)

A norma imposta pela autoridade é um poder essencialmente normalizador, pois regula a conduta do indivíduo por meio de um juízo de valor. Determina o que

⁴ Há diversas espécies de positivismo, o que não serão objetos de estudo nesta pesquisa, pois nosso intuito é demonstrar como se dá a legitimação da forma jurídica no positivismo, seja ele exegético, kelseniano, hartiano, contniano, etc.

é “normal”, introduz no indivíduo regras comportamentais a serem seguidas e caso não haja conforme o prescrito a “anormalidade” deve ser controlada por meio de técnicas disciplinares.

Por consequência, admite-se a existência de duas espécies de pontos de vistas científicos: o ponto de vista explicativo e o ponto de vista normativo. [...]. No primeiro caso, todos os factos são valorizados da mesma maneira; no segundo caso, são submetidos intencionalmente a uma apreciação valorativa, quer fazendo-se abstracção daquilo que contradiz as regras fixadas, quer contrapondo-se, expressamente, o comportamento normal, que confirma as regras, ao comportamento contrário às normas (PASUKANIS, 1972, p. 29)

Atualmente, se fala em “pós-positivismo”. O termo “pós-positivismo” tem sido muito criticado pela doutrina, e entendemos que de forma adequada, pois não há uma superação do positivismo, algo depois, além, do positivismo, mas um novo jeito de compreender a teoria jurídica, uma nova vertente do positivismo, pois o positivismo não deixa de existir, há apenas uma nova maneira de interpretá-lo, de atribuir significado a ele. O que pode se falar é em um “positivismo pós-hartiano”, formulado principalmente por Ronald Dworkin e Robert Alexy, mas não uma superação, pois ainda se interpreta textos (enunciados) normativos, preposições postas por quem tem competência para tal tarefa. Portanto, passaremos a chamar de positivismo pós-hartiano.

No Positivismo pós-hartiano⁵ não mais se tem que legitimar apenas a forma jurídica abstrata, mas também cada decisão proferida pelo Poder Judiciário. Retoma a questão da racionalidade do Renascimento e da interação/interdependência entre Direito e Moral, pois uma decisão jurídica só será legítima se for devidamente justificada de forma racional, por meio das construções teóricas do saber predominantes na Hermenêutica e na Teoria da Argumentação.

A forma de se legitimar as decisões no novo paradigma que Alexy descreve como “Constitucionalismo discursivo”, não é

⁵ Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p. 165) afirma que no positivismo pós-hartiano “o Direito é uma ordem normativa institucionalizada (MacCormick) que se constitui sob a forma de uma prática social (Hart) de natureza construtivista (Rawls, Habermas, Dworkin, Alexy), interpretativa, argumentativa (Dworkin) e não manifestamente injusta (Radbruch, Alexy, MacCormick), pressupondo-se uma teoria procedimental da justiça (Habermas) capaz de tornar definitivamente sedimentado o conhecimento moral necessário para satisfazer as exigências epistemológicas da ideia de ‘extrema injustiça’”.

apenas através da fonte ou da autoridade que a prolatou, mas também por meio de uma justificação racional – e, portanto, *correta* em sentido jurídico-moral – da própria decisão e dos juízos de valor e escolhas éticas que se realizam junto a ela (BUSTAMANTE, 2012, p. 38)

Portanto, neste novo paradigma, a hermenêutica adquire fundamental importância, pois será o meio necessário para legitimar a decisão judicial, para legitimar a imposição de conduta. O saber construído pela hermenêutica servirá de base para fazer valer as imposições da forma jurídica a fim de realizar as relações de dominação. A aposta do positivismo pós hartiano é na justificação racional, na teoria do conhecimento, não altera a essência da forma jurídica, uma vez que o discurso racional apenas irá mascarar estes mecanismos de poder disciplinar.

II- A ALTERNATIVA HERMENÊUTICA COMO REPETIÇÃO DE DOMINAÇÃO

O termo “hermenêutica” deriva do mito grego que predica sobre o Hermes, um semi-deus “a quem era atribuído o dom de interpretar a vontade divina” (BETIOLI, 2000, p. 329).

Devido a este dom fazia a comunicação, a mediação, entre os deuses e os mortais. Por isso – pelo fato de Hermes *interpretar* a vontade divina –, a hermenêutica é utilizada como sinônimo de interpretação.

A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a idéia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido. (STRECK, 2008, p. 128)

Contudo, a concepção de hermenêutica como sendo mera interpretação é muito superficial. Na área jurídica este entendimento é ampliado pela maioria dos

autores. Por exemplo, para Betioli (2000, p. 330), “a Hermenêutica Jurídica vem a ser a teoria científica da arte de interpretar, aplicar e integrar o direito”.

A diferença entre a hermenêutica e a interpretação firma-se no conceito de que aquela possui um caráter mais teórico, enquanto que esta possui um caráter mais prático (BETIOLI, 2000, p. 330).

Utilizando-se dos termos hartianos (HART, 2007), a hermenêutica está na perspectiva do observador que, no conhecimento, se localiza como o sujeito externo, ao passo que a interpretação está na perspectiva do participante que, por sua vez, se localiza no conhecimento como o sujeito interno.

A hermenêutica pode servir para interpretar e compreender qualquer objeto o qual seja passível à elaboração de um juízo lógico, por isto ela está diretamente relacionada com a teoria do conhecimento⁶, uma vez que por meio da hermenêutica é que se constroí e se compreende o saber sobre o objeto cognoscível. “Sempre que se tem um ato de conhecimento, é inafastável a presença de três elementos necessários: o *eu* que conhece, a *atividade* que o eu cognoscente desenvolve e o *objeto* a que se dirige a atividade desenvolvida pelo eu” (FALCÃO, 1997, p. 13). Sendo assim, verificamos que a hermenêutica não é um termo exclusivo da ciência jurídica, mas inerente a toda construção do saber.

A Hermenêutica, bem como a atividade interpretativa, por ela pesquisada, desvendada e orientada, apresenta [...] profundas vinculações com a teoria do conhecimento. Aquela sem esta não conseguirá sequer ultrapassar os umbrais do saber confiável, estacionando apenas no pátio dos meros palpites apedêuticos ou só pretensamente filosófico (FALCÃO, 1997, p. 87)

Portanto, sem a teoria do conhecimento a hermenêutica não seria capaz de produzir, construir, um conhecimento confiável, legítimo, capaz de pertencer a “ordem do discurso”. Um saber construído sem a legitimação da teoria do

⁶ Por teoria do conhecimento, por se tratar de uma crítica a partir de Michel Foucault, pode-se considerar o ponto de vista kantiano, em relação a possibilidade do conhecimento pelo sujeito a partir de sua experiência, ou seja, as faculdades humanas que possibilitam a experiência com base na razão, que significa o alcance da experiência por meio da sensibilidade e do entendimento, nas palavras de Kant (2001, p.65) “Não resta dúvida de que todo o nosso conhecimento começa pela experiência; efetivamente, que outra coisa poderia despertar e pôr em ação a nossa capacidade de conhecer senão os objetos que afetam os sentidos e que, por um lado, originam por si mesmos as representações e, por outro lado, põem em movimento a nossa faculdade intelectual e levam-na a compará-las, ligá-las ou separá-las, transformando assim a matéria bruta das impressões sensíveis num conhecimento que se denomina experiência? Assim, na ordem do tempo, nenhum conhecimento precede em nós a experiência e é com esta que todo o conhecimento tem o seu início.”

conhecimento é descartado do plano científico e desconsiderado, atribuindo, até mesmo, a qualidade de falso saber, “não nos encontramos no verdadeiro senão obedecendo às regras de uma ‘polícia’ discursiva que devemos reativar em cada um de nossos discursos” (FOUCAULT, 1999, p. 35)

O conhecimento produzido pela hermenêutica deve ser justificado com base na teoria do conhecimento para poder produzir um discurso qualificado como verdadeiro. A teoria do conhecimento exerce um controle sobre a produção do discurso, se o discurso não satisfizer certas exigências ele será desqualificado e excluído. A regulamentação do discurso, as regras do discurso, o caráter científico, excluem tudo o que não está dentro deste quadro que delimita a ordem que o discurso deve respeitar.

a Hermenêutica [...] não pode fugir aos seus compromissos perante o saber gnosiológico, devendo ir buscar na teoria do conhecimento os subsídios necessários a que organize a interpretação e, ao mesmo tempo, lhe forneça o instrumental conducente à veracidade, que se não confunde com imobilismo exegético, com indiferença às circunstâncias, com a idolatria da experiência ou com o maniqueísmo do intelecto. (FALCÃO, 1997, p. 93)

Independente da teoria do conhecimento que embasa o saber produzido pela hermenêutica, este deve ser legitimado para estar de acordo com a “ordem do discurso” e ter a aceitação deste saber como verdadeiro. A relação entre o eu que conhece e o objeto que é conhecido não é uma relação de racionalidade, mas uma relação de guerra, de lutas, de batalhas de poder, a relação é uma relação de poder-saber, ou seja, aponderamento do poder pelo saber.

E assim como entre instinto e conhecimento encontramos não uma continuidade, mas uma relação de luta, de dominação, de subserviência, de compensação etc., da mesma forma, entre o conhecimento e as coisas que o conhecimento tem a conhecer não pode haver nenhuma relação de continuidade natural. Só pode haver uma relação de violência, de dominação, de poder e de força, de violação. O conhecimento só pode ser uma violação das coisas a conhecer e não percepção, reconhecimento, identificação delas ou com elas. (FOUCAULT, 2003, p. 18)

É importante categorizar o conhecimento como objeto de utilização por meio da interpretação, nesse sentido “o conhecimento, no fundo, não faz parte da

natureza humana. É a luta, o combate, o resultado do combate e conseqüentemente o risco e o acaso que vão dar lugar ao conhecimento. O conhecimento não é instintivo, é contra-instintivo, assim como ele não é natural, é contra-natural” (FOUCAULT, 2013, p17).

De fato, tal sistematização do conhecimento, tomaria a experiência kantiniana separadamente com as condições que dão origem ao conhecimento (KANT, 2009, p. 13). Isso significa dizer que o conhecimento derivado da experiência se separaria nos sentidos, em parte pela produção das representações em si mesmas e em outra no movimento cognitivo, não na forma uma descrita na razão pura. Tal movimento cognitivo teria expressões idealistas que produzirão a consciência enquanto a representação dos objetos se daria pelos conceitos sociais pré-construídos e convencionados pelos sujeitos detentores do conhecimento.

A hermenêutica jurídica é o meio responsável por fazer a comunicação do sistema jurídico com a sociedade, ou, em termos habermasianos (HABERMAS, 1997) , fazer o fluxo entre o sistema do Direito e o Mundo da Vida. O ordenamento jurídico não se aplica sozinho à sociedade, necessita do hermenêuta para fazer esta mediação – assim como Hermes fazia a mediação entre os homens e os deuses – e isto se dá por meio da produção de saber exercido por meio da hermenêutica, que só será válida para a forma jurídica se estiver conforme a “ordem do discurso”.

Não há exercício do poder sem uma certa economia dos discursos de verdade que funcionam nesse poder, a partir e através dele. Somos submetidos pelo poder à produção da verdade e só podemos exercer o poder mediante a produção da verdade. Isso é verdadeiro em toda sociedade, mas acho que na nossa essa relação entre poder, direito e verdade se organiza de um modo muito particular. (FOUCAULT, 1999, p. 28-29)

Portanto, poder-se-á conceituar hermenêutica como a ciência acerca da interpretação e compreensão do objeto cognoscível, a fim de construir um conhecimento por meio de um discurso de verdade que atribui significado por meio de uma relação de poder-saber.

Ora, se quisermos saber o que é conhecimento, não é preciso nos aproximarmos da forma de vida, de existência, de ascetismo, própria ao filósofo. Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de

poder. E é somente nessas relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer uns sobre os outros, relações de poder – que compreendemos em que consiste o conhecimento (FOUCAULT, 2003, p. 23)

O conhecimento é uma invenção do homem para dominar o outro, para controlar, para utilizar o outro a fim de concretizar suas vontades. Quem possui o saber, quem impõe o discurso racional, quem justifica racionalmente uma decisão, possui o poder de dominação. A história do conhecimento está diretamente relacionada com a história das relações de poder.

Não há, portanto, no conhecimento uma adequação ao objeto, uma relação de assimilação, mas, ao contrário, uma relação de distância e dominação; não há no conhecimento algo como felicidade e amor, mas ódio e hostilidade; não há unificação, mas sistema precário de poder. (FOUCAULT, 2003, p. 22).

No ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de justificar as decisões judiciais é um imperativo constitucional, previsto no artigo 93, IX da CRFB de 1988, e o novo Código de Processo Civil (lei 13.105/2015) em seu artigo 489 reafirma este imperativo e estabelece os elementos necessários para que uma decisão seja considerada como devidamente fundamentada.

A justificação das decisões judiciais encerra um imperativo constitucional, de modo que a referência ainda que rápida às principais constituições do segundo pós-guerra bem demonstra tal assertiva (Constituição da Itália, art. 111; Constituição da Espanha, art. 120.3; e Constituição de Portugal, art. 205). Na Alemanha, não obstante a ausência de texto expreso, a exigência de fundamentação é extraída do art. 103.1, mais claramente do direito que qualquer cidadão tem de ser ouvido em juízo. (ROCHA, 2015, p. 288)

Sendo assim, o controle da atividade judicial e sua legitimação se dá por meio da fundamentação, portanto o juiz não mais pode justificar suas decisões exclusivamente em sua autoridade, como era no positivismo, é necessária uma fundamentação racional. O que passa a justificar a decisão é a *ratio* e não mais a *auctoritas*. Este imperativo constitucional tem como finalidade evitar decisões arbitrárias e ter maior aceitação por parte da sociedade, a fim de que realizem a imposição feita na decisão.

Através das teorias da argumentação jurídica, a filosofia jurídica penetra no coração do discurso jurídico para tornar explícita a referência às razões morais que os juízes sempre invocaram para justificar suas decisões. Elas deixam claro que a validade de uma regra jurídica não pode se reduzir à sua autoridade e, mais, permitem reconciliar *reason* e *fiat* [Fuller 1946], *ratio* e *auctoritas* [Bergholtz 1990], ou *facticidade* e *validade* [Habermas 2005-a] em todo e qualquer ordenamento jurídico: uma boa teoria jurídica será aquela que se volte para os fundamentos, para as razões que justificam uma decisão jurídica como *correta*, que são em grande parte razões de natureza moral (BUSTAMANTE, 2012, p. 186)

O positivismo pós-hartiano aposta na construção do saber, na teoria do conhecimento, na produção de conhecimento decorrente das teorias da argumentação jurídica, da hermenêutica, das razões morais. Mas, estão apenas legitimando a forma jurídica e escondendo os mecanismos de dominação por trás desta *ratio*. A questão não é em “como”, “por que” ou “quem” da a decisão, mas o fato de ter uma decisão, uma imposição de vontade, uma determinação de como agir, o jurisdicionado pode até se sentir mais seguro, mas a dominação ainda existirá.

Em um Estado Democrático de Direito, para o positivismo pós-hartiano, a decisão judicial não pode ficar a mercê da vontade do magistrado, de sua consciência por mera arbitragem como era feito na Roma antiga em que as partes se submetiam a decisão autoritária do *Judex*, que não necessitava de fundamentação, pois se isto ocorrer não haverá a aceitação desta decisão por parte da sociedade e conseqüentemente sua imposição de conduta não será respeitada, ou seja, “em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que ‘a convicção pessoal do juiz’ seja o ‘critério’ para resolver as indeterminações da lei, enfim, ‘os casos difíceis’”. (STRECK, 2013, p. 58).

Portanto, a fundamentação racional é uma necessidade da soberania, da classe dominante, para fazer com que os indivíduos sujeitos às imposições da forma jurídica ajam de acordo com o prescrito e não se rebelem contra esta dominação exercida por meio das disciplinas, mantém os indivíduos dóceis e úteis.

A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma “aptidão”, uma “capacidade” que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. (FOUCAULT, 2009 p. 133-134)

O sujeito de direito é uma ficção jurídica, uma construção, um produto, da forma jurídica, o sujeito de direito está subordinado, aprisionado, aos mecanismos de dominação utilizados pela forma jurídica para disciplinar os indivíduos. Ao atribuir a um indivíduo o caráter de “sujeito”, de “pessoa” ele terá o dever de obediência frente ao ordenamento jurídico, terá de agir de acordo com o permitido pelo ordenamento e se agir de forma diversa poderá sofrer sanções a fim de que seja corrigido, adestrado, moldado.

A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica (*juristische Person*). (KELSEN, 1991, p. 187)

O fato jurídico, portanto, é aquele regulamentado pelo ordenamento e a qual o indivíduo tem o dever de obediência de agir conforme, sob pena de sofrer sanções para que não pratique novamente ato contrário ao direito, contrário aos interesses da classe dominante.

Quanto a fundamentação das decisões jurídicas que imputam os mecanismos de disciplinas aos indivíduos que agiram de modo diverso ao imposto pela forma-direito. Por muitas vezes o julgador utiliza de “álibis persuasivos” devido a textura aberta da linguagem para justificar suas decisões. Estes mecanismos permitem justificar entendimentos completamente opostos com base no mesmo texto normativo e o próprio ordenamento jurídico permite esta prática devido aos textos normativos que possuem molduras semânticas ou quadros interpretativos, muito amplo.

essa perspectiva é perceptível pela utilização descriteriosa dos princípios, transformados em “álibis persuasivos”, fortalecendo-se, uma vez mais, o protagonismo judicial (nas suas diversas roupagens, como o decisionismo, o ativismo, etc.). O uso da ponderação é também nesse ramo do direito outro sintoma de uma espécie de “constitucionalismo da efetividade”, pelo qual o mesmo “princípio” é utilizado para sustentação de teses antitéticas. (STRECK, 2013, p. 51)

Utilizando-se dos “álibis persuasivos” o julgador pode fundamentar

praticamente qualquer coisa, a fundamentação é secundária, primeiro ele decide, depois ele busca um “princípio” para fundamentar, ou seja, é um caráter finalístico, e esta prática implica em uma ampla discricionariedade na hora de decidir.

Porém, não podemos confundir arbitrariedade com discricionariedade, desde o positivismo o julgador já podia decidir de forma discricionária, não precisava justificar sua decisão, o mero fato de sua autoridade já justificava sua decisão, mas o julgador tinha que atribuir um sentido ao texto normativo dentro do quadro semântico, esta atribuição, porém, era arbitrária, pois se considerava um mero ato de escolha que o julgador tinha liberdade para realizar.

No positivismo pós-hartiano, o julgador pode decidir de forma discricionária, ou seja, dentro dos limites previstos pela forma-direito e pelos fatos do caso concreto (dados da realidade). “Colocam-se, portanto, dois limitadores: (i) o texto da norma; e (ii) a interpretação dos fatos (dados da realidade) na revelação da norma jurídica”. (ROCHA, 2015, p. 292).

Contudo a discricionariedade que possui o julgador é muito ampla, devido, ao que dissemos anteriormente, a textura aberta da linguagem que permite atribuições distintas, e até mesmo opostas, sobre um mesmo texto, um mesmo aglomerado de signos, portanto o que chamar-se-á de “álisis persuasivos”. Mas, a atribuição de sentido dentro do quadro semântico não é mais um mero ato de escolha, conforme já sustentava Kelsen no famoso capítulo VIII de sua insígne obra Teoria Pura do Direito, o julgador deve justificar racionalmente sua atribuição de sentido, e com a técnica dos precedentes judiciais o julgador além de justificar sua atribuição de sentido, se houver uma decisão anterior contrária em um caso semelhante, deve ainda superar argumentativamente o entendimento anterior.

No ordenamento brasileiro podemos constatar esta permissão de uma decisão subjetiva e discricionária nos moldes do Positivismo pelo “livre convencimento motivado” e pela “livre apreciação da prova pelo magistrado” (STRECK, 2013). Esta decisão solipsista e discricionária se dá, principalmente, quando o julgador aplica de forma direta os princípios constitucionais, pois geralmente possuem um quadro interpretativo muito amplo, por exemplo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o que seria “dignidade da pessoa humana”? Podemos atribuir uma infinidade de significados a este texto.

A normatividade atribuída aos princípios constitucionais exterioriza uma das mais singulares nuances do direito contemporâneo, razão pela qual são eles fartamente utilizados na solução de casos concretos. Vale dizer, embora seja comum visualizá-los como parâmetro de controle da constitucionalidade de leis ou atos

normativos ou quiçá como fundamento à adequada interpretação das regras jurídicas, hoje, independentemente de mediação legislativa ou mesmo quando deficitária a densificação infraconstitucional, ainda é possível invocá-los, princípios constitucionais explícitos ou implícitos, em atenção à determinada pretensão de direito material, perspectiva que naturalmente intensifica a subjetividade do intérprete/aplicador. (ROCHA, 2015, p. 287)

Ainda assim, no positivismo pós-hartiano não apenas a forma-direito abstrata tem que ser justificada, como também cada decisão judicial, pois o direito é um saber argumentativo, se constrói pela fundamentação, pelo diálogo, pelo discurso, não pela vontade de um soberano. Para os positivistas o Direito é posto por uma autoridade, portanto um ato de vontade, mas este direito autoritário não possui uma validade material, a referida validade se daria por meio da esfera pública, pois o dialogo intersubjetivo resulta em um conteúdo válido. O direito é uma “criação” da sociedade, logo só será legítimo se provindo desta.

A formação do direito legítimo [...] se dá com a participação, na formação do direito, de todos os concernidos, ou seja, de todos os cidadãos que podem reivindicar direitos a partir das tematizações feitas dentro da esfera pública política, através do princípio da democracia, do princípio do discurso que sustenta a forma jurídica. (RAMIRO, 2012, p. 112).

Nas decisões judiciais onde o julgador utiliza de álibis persuasivos é como se, ao formular a decisão, todos os códigos, livros doutrinários fossem revogados, prevalecendo a consciência do julgador. O paradigma é o do livro *O Processo* de Kafka (2006).

A normatividade presente no purismo presente na metodologia positivista necessita de vinculação de uma forma de verdade universalizada que estatui o sujeito como uma ordem econômica derivada de uma estrutura ordenamental de um Estado. Há, portanto, um âmbito de poder espacial que legitima uma ordem normativa como imposição técnica que não leva em consideração os fenômenos humanos no plano interno.

O conceito abstrato da norma somente é válido pela estrutura normativa dos sujeitos envolvidos no plano jurídico de determinado território juridicamente válido, por conseguinte, toda a estrutura humana é resultado de uma pressão normativa de disposição de verdade e asseguramento de uma forma jurídica.

A partir disso, podemos, a início da discussão que ainda será citada,

observar a partir de um texto de um primeiro Habermas a influencia da estrutura normativa como função de manutenção de interesses econômicos como fórmula de universalização de *status quo*.

A forma privada da revalorização do capital e a chave de distribuição das compensações sociais, que garantem a lealdade da população, permanecem como tais subtraídas à discussão. Como variável independente, aparece então um progresso quase autónomo da ciência e da técnica, do qual depende de facto a outra variável mais importante do sistema, a saber, o crescimento económico. [...] A legalidade imanente de tal progresso parece produzir as coacções materiais pelas quais se deve pautar uma política que se submete às necessidades funcionais. E quando esta aparência se impõe com eficácia, então, a referência propagandística ao papel da técnica e da ciência pode explicar e legitimar porque “e que, nas sociedades modernas, uma formação democrática da vontade política perdeu as suas funções em relação as questões práticas e <<deve>> ser substituídas por decisões plebicitárias acerca de equipas alternativas de administradores. (HABERMAS, 1968, p. 73)

Conquanto exista a possibilidade de reconhecimento sociológico dos fenômenos humanos de um Estado, a estrutura jurídica, que significa a possibilidade de sanção uniformiza a possibilidade de decisão pelas condutas dos sujeitos envolvidos.

Toda esta construção teórica com a finalidade de legitimar a forma jurídica por meio da racionalidade, considerar uma decisão legítima ou não, apenas mascara a relação de dominação, a violência mítica que mantém o “*status quo*”. Independente do elemento utilizado para legitimar a forma jurídica ela sempre será – voltamos teoricamente a Kant – Heteronomia.

Quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não seja a aptidão das suas máximas para a sua própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objectos, o resultado é então sempre heteronomia. (KANT, 2007, p. 86)

A Heteronomia é um termo formulado por Immanuel Kant, para contrapor à concepção de *autonomia*. “Quando ajo com heteronomia, ajo de acordo com determinações exteriores” (SANDEL, 2012, p. 141). Uma conduta heterônoma nunca será livre, a imposição de conduta feita pela forma jurídica é um imposição,

um poder, uma violência exercida sobre o sujeito.

Quer meu desejo seja biologicamente determinado, quer seja socialmente condicionado, ele não é verdadeiramente livre. Para agir livremente, de acordo com Kant, deve-se agir com autonomia. E agir com autonomia é agir de acordo com a lei que imponho a mim mesmo - e não de acordo com os ditames da natureza ou das convenções sociais. (SANDEL, 2012, p. 141)

Portanto, não há como o indivíduo ser livre se sujeito à forma jurídica, pois ele terá que se conduzir conforme o estabelecido, o imposto, seja por meio da legislação ou pela decisão judicial, legitimado a forma jurídica está legitimando a heteronomia, conseqüentemente, retirando a liberdade do indivíduo. A liberdade social só será possível fora da forma jurídica, pois o homem poderá impor a si mesmo a forma de conduta.

Considerações Finais

A legitimação da forma jurídica no Estado Democrático de Direito se dá por meio da hermenêutica, que constrói um saber acerca do texto normativo, impondo, com base em uma racionalidade, um conhecimento a ser seguido. Esta racionalidade apenas mascara a dominação. Independente da legitimação a forma jurídica sempre será heteronomia, sempre será uma imposição, portanto coercitiva. De uma vontade ditada pelo Soberano.

As ciências humanas produzem a verdade, a verdade não está no mundo da natureza, ela não possui uma origem, não é regida pelo princípio da causalidade, mas, pelo contrário, a verdade está no mundo dos homens, é uma invenção, e regida pelo princípio da imputação. Esta imputação é imposta por uma violência, por meio de discursos estratégicos em uma relação poder-saber.

A transformação do indivíduo em sujeito de direito atribui a ele o dever de obediência para se enquadrar na normalidade criada pelas ciências humanas e agir conforme as prescrições normativas, há uma relação de sujeição - por isso "sujeito" de direito - entre o indivíduo e o Estado, que utiliza-se das técnicas disciplinares para vigiar, sancionar, examinar e controlar os súditos.

A racionalidade pode, *a priori*, parecer benéfica à sociedade por caracterizar uma explicação e por fazer o indivíduo ter algo como verdade. Porém, esta verdade é imposta por meio de uma violência mítica, e tem por finalidade que a sociedade seja um corpo social dócil e aja de acordo com os interesses do soberano que utiliza-

se do da forma jurídica para sujeitar os indivíduos as sanções caso não ajam de acordo com o prescrito normativamente.

Por melhor que seja a intenção das reformas do direito, da superação das teorias jurídicas, enquanto houver a forma jurídica, a noção jurídica de soberania (Estado), as instituições de sequestro, a utilização de mecanismos disciplinares, haverá a dominação, a exploração e a opressão, a escravidão apenas será mascarada. Não há como ser plenamente livre na sociedade civil capitalista contemporânea.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: Da Definição À Aplicação Dos Princípios Jurídicos**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais** - Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional I*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr/jun. 2014-b.

BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura, documentos de barbárie**: escritos escolhidos. tradução de Celeste H. M. Ribeiro de Souza et al., São Paulo: Cultrix/ Editora da Universidade de São Paulo, 1986

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**: lições de propedêutica jurídica. São Paulo: Letras & Letras, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. **Em defesa da sociedade:** curso no College de France (1975-1976). Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **A ordem do discurso.** Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1999-b.

_____. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais – Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. **Microfísica do poder.** São Paulo: Graal, 2013

_____. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 36ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. **Violência e Racionalidade Jurídica:** sobre a potência dos meios. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 108, p. 243-291, jan/jun. 2014.

_____. **Sobre Jurgen Habermas e Michel Foucault.** Trans/Form/Ação, Marília, v. 36, p. 19-32, 2013.

_____. **Foucault.** In: Revista Em Tempo. Revista da área do Direito do UNIVEM. Marília: Letras Jurídicas, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade; tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Técnica e Ciência como Ideologia.** Tradução de Artur Machado Dias. Lisboa: Edições 70, 1968.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito;** tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KAFKA, Franz. **O processo.** Tradução: Marcelo Backes. L&PM, 2006

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** São Paulo: Vozes, 2009.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução: Paulo Quintela. Lisboa/Portugal: Edições 70, LDA, 2007.

_____. **Crítica da Razão Pura.** Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado: revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. Tradução: Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PASUKANIS, Evgeny Bronislavovic. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Coimbra: Perspectiva Jurídica, 1972.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Direito e esfera pública: uma leitura a partir de Habermas**. In *A nova interpretação do Direito*; Luiz Henrique Martins Herrera e Lucas Seixas Baio (org.), 1ed, Birigui: Boreal, 2012.

ROCHA, Mauro Sérgio. **Aplicação direta de princípios constitucionais: justificação das decisões judiciais**. In: Cunha, J. S. Fagundes (Org.). *O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 8 ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista**. Revista Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan/jun. 2008.

_____; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013-b.