

## Produção do Conhecimento a partir da Hermenêutica Jurídica Production of Knowledge from the Legal Hermeneutics

Giovane Moraes Porto<sup>1</sup>

### Resumo:

No intuito de analisar como se dá a produção de conhecimento e a produção de uma “verdade”, principalmente no âmbito jurídico, a presente pesquisa visa fazer uma análise, a partir da arque-genealogia do saber em Michel Foucault, sobre as principais concepções da hermenêutica. Assim, o objetivo desta pesquisa é estabelecer no que consiste a hermenêutica e quais as consequências dessa produção do saber feita pelo ser humano. 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 operadores do direito para a importância do debate sobre a produção, a invenção, de uma verdade por meio do discurso racional para se verificar a relação poder-saber exercido por meio de discursos estratégicos que visam, por meio da produção do saber, a construção de uma sociedade dócil e útil.

**Palavras-chave:** Hermenêutica. Conhecimento. Michel Foucault. Giro Linguístico. Poder-saber.

### Abstract:

The purpose of analyze how is the production of knowledge and the production of a "truth", mainly in the legal field, the present study aims to analyze, from the arch-genealogy of knowledge in Michel Foucault, on the main concepts of hermeneutics. So the goal of this research is to provide what is hermeneutics and which ones consequences of such knowledge production made by humans. The methodology used is hypothetical-deductive based on literature research, especially regarding the theoretical constructions of the philosopher Michel Foucault. It is expected bring attention of law professionals about the importance of the debate on the production, invention of a truth through rational discourse to verify the relationship power-knowledge exercised through strategic discourses aimed, through the production of namely the construction of a docile and useful society.

**Keywords:** Hermeneutics. Knowledge. Michel Foucault. Linguistic turn. Power-knowledge.



---

<sup>1</sup>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: giovanemoraesporto@hotmail.com

## **Introdução:**

O tema foi escolhido, porque um dos grandes obstáculos da ciência jurídica é a busca por métodos de produção de conhecimento que garantam uma racionalidade ao sistema jurídico e legitimem cada decisão judicial, a fim de manter a aceitação dos jurisdicionados sobre as “verdades” produzidas pelo conhecimento jurídico.

Assim, em um primeiro momento, este estudo examinará no que consiste a hermenêutica, qual o seu conceito, sua natureza. Após, serão verificadas as principais concepções da hermenêutica e suas consequências para a forma jurídica. Tendo como principal referencial a arqueologia das estruturas jurisdicionais do teórico Michel Foucault.

Ao final, será possível visualizar como se dá de fato a produção do conhecimento e a relação que se estabelece entre os sujeitos na hora de atribuição de significado a um objeto, com base na hermenêutica.

No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas de trazer informações que instiguem o debate, notadamente, sobre a produção do conhecimento na área jurídica e a relação poder-saber que deriva de discursos estratégicos. A metodologia utilizada foi de caráter hipotético-dedutivo utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

### **1. Hermenêutica e Teoria do Conhecimento**

Muito se tem debatido – durante toda a história da filosofia, da teoria do conhecimento – o que é o “conhecimento” e como se dá a sua produção. Atualmente entendemos que o conhecimento serve para compreendermos o mundo e a nós mesmos. Conhecer é uma relação que os sujeitos estabelecem com os objetos. Portanto, analisar-se-á como se dá a justificação do sentido dos objetos cognoscíveis na história da hermenêutica.

O termo “hermenêutica” deriva do mito grego que predica sobre o Hermes, um semideus “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 conhecimento<sup>2</sup>, uma vez que por meio da hermenêutica é que se constrói 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

---

<sup>2</sup> 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.”

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 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, a fundamentação 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).

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 hermeneuta 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.

## 2. Concepções da Hermenêutica

No presente tópico analisar-se-á as principais concepções da hermenêutica – concepção naturalista ou essencialista, concepção convencionalista e o giro linguístico – para verificar como se justifica o sentido dos objetos cognoscíveis – na área jurídica: dos fatos e dos textos (enunciados) normativos – na história do pensamento ocidental, afim de analisar a relação entre a construção do saber dos juristas e das teorias do conhecimento.

Por que o pensar dos juristas seria diferente do pensar do filósofo? Por que o jurista teria um diferente “acesso” à “realidade” ? Vejam-se, por exemplo, algumas questões absolutamente intrigantes: se, no campo da filosofia, já não se acredita em essências, qual é a razão de os juristas continuarem a acreditar na “busca da verdade real”? Ou: se a filosofia da consciência foi contestada e superada pelas diversas correntes linguísticas, por que razão no campo jurídico se continua a apostar na “consciência de si do pensamento pensante”? (STRECK, 2013, p. 10).

O conhecimento jurídico deve estar relacionado com as construções da filosofia, deve acompanhar o desenvolvimento das concepções da filosofia da linguagem, da teoria do

conhecimento e da hermenêutica. O direito e a filosofia devem se relacionar a fim de constatar o verdadeiro funcionamento dos institutos.

Desde o início, houve um compromisso da filosofia com a verdade; a filosofia sempre procurou esse olhar que desvendasse o que as coisas são. Talvez a obra que melhor simbolize essa procura angustiante seja *Crátilo*, escrito por Platão no ano de 388 a.C. Esse diálogo pode ser considerado a primeira obra de filosofia da linguagem da história da humanidade. (STRECK, 2013, p. 11).

A “verdade” sempre foi objeto de estudo da filosofia, tentando compreender a relação entre homem e objeto, como o homem compreende, conhece, os objetos. As duas concepções mais debatidas são a do naturalismo ou essencialismo e do convencionalismo, estas duas concepções já estavam presentes na obra *Crátilo* de Platão, ou seja, desde a Grécia antiga este debate já existia.

Platão, pela boca de Sócrates, contrapõe dialeticamente duas teses: o naturalismo, pela qual cada coisa tem nome por natureza (o *logos* está na *physis*), tese defendida no diálogo por Crátilo, e o convencionalismo, posição sofisticada defendida por Hermógenes, pela qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, é dizer, não há qualquer ligação das palavras e as coisas. (STRECK, 2013, p. 11).

A concepção naturalista – ou essencialista – entende que o mundo é interpretado, é conhecido, pelo paradigma da essência. O objeto seria detentor de uma essência, o sujeito cognoscente para compreendê-lo apenas extrairia esta essência, uma relação de entre sujeito-objeto. Por natureza o objeto já seria possuidor de um significado, portanto todos os intérpretes se interpretassem o objeto de maneira “correta” chegariam ao mesmo significado, conheceriam a substância do objeto.

Ao passo que a concepção convencionalista entende que o mundo é conhecido, interpretado, pelo paradigma da consciência, o sujeito cognoscente para compreendê-lo atribuiria de forma solipsista o significado ao objeto, permanecendo a relação sujeito-objeto. O significado está na consciência do intérprete que apenas teria de impor este significado ao objeto, que seria uma tábula rasa, não possuiria um significado por natureza, necessita de um sujeito solipsista para conferir um significado. Nesta concepção, para o significado ser válido, não precisa de uma linguagem intersubjetiva, um intérprete já é o suficiente para conferir o significado. Não precisa da aceitação pelos demais.

Ao enfoque essencialista da língua opõe-se uma concepção convencionalista, em geral defendida hoje pela chamada filosofia analítica (cf. Ayer, 1978). A língua é vista como

um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens. Dado este arbítrio, o que deve ser levado em conta é o *uso* (social ou técnico) dos conceitos, que podem variar de comunidade para comunidade. (FERRAZ JR. 2001, p. 36).

A partir do paradigma da essência o texto (enunciado) normativo, que é um dos objetos da ciência dogmática do direito, possuiria um significado intrínseco a sua existência, ou seja, desde a sua criação o texto normativo já seria possuidor de um significado e os aplicadores do direito diante de um caso concreto apenas teria de aplicá-lo.

O paradigma da essência foi superado na modernidade pelo arquétipo da consciência. Na modernidade o conhecimento se daria pela razão inerente ao sujeito que atribuía um significado ao objeto analisado, seria subjetivo à como o mundo se apresenta a cada um. O sentido não esta mais no objeto, mas na consciência de quem o analisa. Nesta corrente o Juiz é senhor do sentido da lei, pois ele, por meio da decisão, quem atribuiria significa à lei.

Já a ruptura com a filosofia da consciência – esse é o “nome” do paradigma da subjetividade – dá-se no século XX, a partir do que passou a ser denominado giro linguístico. Esse giro “liberta” a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência. (STRECK, 2013, p. 14).

Com o giro linguístico (*linguist turn*), formulado por Wittgenstein e Heidegger, aqui analisado a partir de Lênio Streck (2013, p. 14), o objeto só adquire sentido por meio da linguagem exercida entre os sujeitos, passa a se ter, portanto, não mais uma relação entre sujeito-objeto, mas sim entre sujeito-sujeito. Esta concepção, além da relação entre hermenêutica e teoria do conhecimento, atrai a relação entre a hermenêutica e a filosofia da linguagem, pois por meio da linguagem é que se produzirá o saber sobre o objeto.

[...] no *linguist turn*, a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante). (STRECK, 2013, p. 14).

Sob o amparo da concepção do paradigma linguístico o texto normativo é um mero aglomerado de símbolos. Só na interpretação/aplicação ao caso concreto é que o aplicador do direito lhe atribui um significado, o produto desta interpretação do texto normativo e dos fatos do caso concreto gera a norma jurídica, a partir da norma jurídica deriva-se a norma de decisão que é a proferida pelo magistrado.

*Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. (ÁVILA, 2005, p. 30).*

Uma norma de decisão só será válida se derivar de um intenso debate contraditório entre as partes e justificação racional da decisão por parte do magistrado, de modo que se um juiz decidir apenas de acordo com a sua consciência essa decisão é inválida.

### **3. Hermenêutica e Filosofia da Linguagem**

O ato de julgar nunca poderá ser um ato de vontade, pois a partir do *linguist turn* a justificação do sentido não está mais no objeto, ou seja, o objeto não é detentor de uma essência natural em que o interprete apenas extrairia esta essência do objeto para compreendê-lo (Paradigma da essência), nem a consciência é detentora desta essência que seria atribuído ao objeto analisado, de modo subjetivo e relativo à consciência de cada ser (paradigma da consciência), mas a linguagem, que em um processo é exercido pelas partes, é que atribuirão uma justificação ao sentido do objeto em análise.

De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. (ÁVILA, 2005, p. 31).

O significado do texto é revivido e renovado sempre, sem cessar seu sentido. Por isso que o texto pode permanecer o mesmo por anos, mas seu significado, sua interpretação, pode mudar como aconteceu com o termo “mulher honesta” que vigorou de 1942 a 2005 no Código Penal, o termo permaneceu o mesmo, mas com as transformações da sociedade seu significado foi sofrendo mudanças.

Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do



término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. (ÁVILA, 2005, p.32).

Os elementos fáticos do processo, que são anteriores ao conhecimento, só poderiam possuir algum sentido após o debate entre as partes, de maneira que a interpretação dos fatos assim como do texto normativo nunca podem ser matérias exclusivas do magistrado. Qual a finalidade das partes, do contraditório, se ao final estará tudo nas mãos do poder discricionário do juiz?

Sendo assim, estabelecido um quadro mais problemático, descortina-se a formatação do processo civil à luz de um forte contraditório, de um contraditório que assegure às partes o direito de efetivamente influir na construção da decisão judicial, de um contraditório que alcance também a figura do juiz, estabelecendo o dever de debate sobre os temas que darão suporte à construção da decisão judicial. (ROCHA, 2015, p. 298).

As Normas de textura aberta, principalmente os princípios, só acrescentam poder ao subjetivismo do juiz, pois, possuem uma moldura semântica ampla. Atualmente no Direito Constitucional os princípios são utilizados como “álibis persuasivos”. Portanto deve haver limites a esta discricionariedade e a possibilidade de se delimitar, restringir, o quadro semântico (quadro interpretativo).

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 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.

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 exposto, 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 dão 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).

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).

Quanto à 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 à 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 amplos.

[...] 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 “álibis 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 insigne 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 de forma argumentativa o entendimento anterior.

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).

#### **4. Limites à Discricionariedade Judicial**

O julgador não pode decidir do jeito que quiser que forma totalmente livre (arbitrariedade), mas que ele tem que decidir dentro dos limites do sistema jurídico (discricionariedade), expõem, também, sobre a necessidade de justificação das decisões judiciais, como forma de atribuir racionalidade no julgamento e legitimá-lo, diminuindo o caráter subjetivo da decisão, mas esta discricionariedade possui três importantes limites: a moldura semântica do texto, os fatos e a experiência jurídica, as decisões anteriores do judiciário sobre casos semelhantes.

A interpretação do texto (enunciado) normativo, não é ilimitada, não se pode falar qualquer coisa sobre qualquer coisa. O texto possui uma limitação semântica para a interpretação, o que Hans Kelsen chama de “moldura semântica”, esta moldura não é fixa, imutável, ela pode sofrer variações de acordo com o uso destes textos por parte da sociedade. O problema dos textos de cláusulas abertas e os princípios é que estas molduras semânticas são muito amplas, cabendo diversas atribuições de sentido que podem ser até mesmo antagônicas.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. (KELSEN, 1991, p. 366).

A atribuição de sentido ao texto normativo deve ser uniforme, deve ter uma atribuição do poder judiciário e não deixar a cargo de cada juiz em cada decisão, sob pena de ferir a isonomia,

a segurança jurídica, a coerência do direito, a integralidade do direito e a previsibilidade das decisões judiciais (BARBOZA, 2014, p. 194).

Outra característica do giro linguístico é a de que, a atribuição de significado dentro do quadro semântico deve provir do intersubjetivismo (relação sujeito-sujeito) e não apenas da vontade de um sujeito solipsista (relação sujeito-objeto) como propõe a concepção convencionalista. Um limite importante na hora de se atribuir significado ao texto normativo no caso em concreto são os dados da realidade, os fatos peculiares àquele caso.

Os dados da realidade na revelação da norma jurídica: a norma produzida não apenas a partir do texto normativo, mas também a partir dos elementos do caso ao qual será aplicada (GRAU, 2009, p. 97). Não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos (HESSE, 1998, p. 62). (ROCHA, 2015, p. 293).

A experiência jurídica pode ser vista como um importante limitador para a decisão judicial, sendo, dentre os três, o mais importante, pois na hora de se julgador um caso concreto não pode desconsiderar ou contrariar as decisões anteriores proferidas em casos semelhantes. Portanto ao se atribuir significado ao texto normativo, esta atribuição não pode ser diferente das atribuições feita anteriormente a casos semelhantes. A atribuição só pode ser diferente se superar a atribuição anterior.

[...] os juízes em cada nova decisão, incorporam o material normativo agregado pelas decisões anteriores, como que fazendo uma síntese compreensiva do conhecimento acumulado pelo tribunal nos julgamentos anteriores, sem ter que, necessariamente, aceitar o que os juízes anteriores tenham predeterminado, mas sabendo que sua tarefa de julgar passa pela reconstrução dos princípios que justificaram os precedentes judiciais. (BUSTAMANTE, 2012).

Portanto, verificamos que a hermenêutica é o meio necessário para legitimar a teoria do direito contemporâneo – o positivismo pós-hartiano – e que dentre as concepções da hermenêutica a que prevalece atualmente é a concepção formulado por Wittgeinstein e Heidegger, a do giro linguístico, demonstramos como que se dá a produção do significado dos objetos cognoscíveis, no caso do direito, como que se dá a produção de significado dos textos normativos. Concluímos que a atribuição de sentido, no âmbito jurídico, se dá por meio da interpretação/aplicação, por meio de uma decisão judicial racionalmente justificada por meio de um discurso-argumentativo (linguagem).

Ocorre que esta uniformização de sentido decorrente do intersubjetivismo, pretendida pelo *linguist turn*, pode configurar uma imposição de sentido, uma violência simbólica ao texto normativo, uma relação de poder-saber.

A uniformização do sentido tem a ver com um *fator normativo de poder, o poder de violência simbólica* (cf. Bourdieu e Passeron, 1970:18). Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. (FERRAZ JR. 2001, p. 272).

Por mais que haja mais de um significado possível, ao impor um significado a fim de uniformizar o entendimento, os demais significados são desconsiderados, colocados à margem, excluídos da ordem do discurso, há uma relação de poder na imposição de significado aos textos normativos.

E, de outro lado, somos igualmente submetidos à verdade, no sentido de que a verdade é norma; é discurso verdadeiro que, ao menos em parte, decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder. Afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros; que trazem consigo efeitos específicos de poder. Portanto: regras de direito, mecanismos de poder, efeitos de verdade. Ou ainda: regras de poder e poder dos discursos verdadeiros. (FOUCAULT, 1999, p. 29).

Apesar de todas as mudanças de paradigmas decorrentes do giro linguístico, a violência sobre o objeto, a relação entre direito, mecanismo de poder e verdade permanecem, uma vez que permanece a legitimação da forma jurídica. A produção de conhecimento é uma imposição, uma invenção do homem, e por meio desta invenção estabelece a maneira “normal” de viver, de agir.

Desse modo, a moderna sociedade capitalista deixa progressivamente de se reger por uma ordenação estritamente legal, para se transformar numa sociedade de *vigilância e regulamentação*, em que a norma ultrapassa em importância conferida à estrita legalidade jurídica clássica. Surge assim, a partir do século XIX, um tipo de configuração de poder – complementação entre disciplina e regulamento –, cuja tarefa se especificará, cada vez mais, em termos de ajustamento à norma, pelo agenciamento de ‘mecanismos contínuos, reguladores e corretivos’. (GIACÓIA JR, 2004, p. 11).

Portanto, mesmo com o desenvolvimento das concepções da hermenêutica, a utilização do poder disciplinar pela forma jurídica permanece, pois alguém sempre terá que decidir sobre o significado, sobre a produção do saber, a relação de luta, de guerra, de discursos estratégicos prevalece. A imposição de um significado como o “correto”, como o “verdadeiro” só faz com que

o indivíduo se ajuste à norma, seja respeitando a norma ou sendo corrigido pelas disciplinas por ter desrespeitado a norma.

A sociedade contemporânea é uma sociedade de vigilância e regulamentação, pois determina a norma, determina o “normal”, estabelece como cada um deve agir e vigia a conduta singular a fim de corrigir as “anormalidades”, ou seja, o “normal” ou o “anormal” não é natural, mas uma invenção social, invenção que possui força, possui um dever de obediência, com base em uma racionalidade, em uma justificação intersubjetiva por meio da linguagem.

Independente da concepção utilizada para produzir o conhecimento, o conhecimento sempre será antinatural, sempre será uma violência sobre o objeto e uma imposição por meio de uma relação de poder-saber, e quando este conhecimento é utilizado para legitimar a forma jurídica – que necessita de um conhecimento legitimador para exercer o dever de obediência – estará legitimando os mecanismos disciplinares e a dominação sobre os sujeitos de direito.

### Considerações Finais

O estudo acerca da hermenêutica é de extrema relevância para a teoria jurídica, uma vez que é por meio dela que irá ocorrer a produção do conhecimento e a imputação deste conhecimento em uma norma, imputação esta que só será legítima se estiver de acordo com a concepção hermenêutica.

Três teorias principais estabelecem como que o indivíduo conhece um objeto, a teoria da concepção essencialista ou naturalista, a teoria convencionalista e o giro linguístico (*linguist turn*). A concepção essencialista afirma que o objeto possui uma essência por si mesmo, ou seja, pelo mero fato de existir ele será possuidor de um significado, cabendo apenas ao hermenêuta fazer a extração correta desta essência. A teoria convencionalista que afirma que o significado está na consciência do intérprete, bastando apenas que arbitrariamente atribua o significado ao objeto cognoscível.

Prevalece atualmente a teoria do giro linguístico (*linguist turn*), onde a atribuição de significado se dá de forma dialética e intersubjetiva. Deve se dar de forma racional, por meio do discurso-argumentativo, que atribuem o significado, produzindo um conhecimento ao chegarem a um consenso pela autoridade do argumento e não por um argumento de autoridade.

Ocorre que, a produção do conhecimento se dará por meio de uma relação de poder-saber. Por meio de um discurso estratégico exerce uma relação de poder sobre os demais indivíduos, com um caráter pedagógico de disciplina-los e fazê-los com que ajam conforme seus interesses subjetivos. Por exemplo, por meio do discurso as ciências humanas conseguem ditar para toda uma sociedade o comportamento adequado para cada indivíduo, como devem se comportar.

O conhecimento sempre será contranatural, sempre será uma violência ao objeto, sempre será um mecanismo de dominação, pois o conhecimento legitima a presença da forma jurídica e a utilização de mecanismos disciplinares como forma de produção de um corpo social dócil e útil.

### Referências Bibliográficas

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. 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.

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. *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.

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



GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *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.

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 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.

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.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 4<sup>a</sup> 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.

