

Universidade Federal Fluminense
Faculdade de Direito

Thais da Silva Rocha

**TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E HERMENÊUTICA:
Da Natureza Humana ao Discurso Jurídico**

Niterói/RJ
2016

Universidade Federal Fluminense
Faculdade de Direito

Thais da Silva Rocha

**TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E HERMENÊUTICA:
Da Natureza Humana ao Discurso Jurídico**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel.

Área de Concentração: Filosofia do Direito

Orientador:
Thiago Rodrigues

Niterói/RJ
2016

FICHA CATALOGRÁFICA:

Thais, Rocha.

Teoria da Argumentação e Hermenêutica: Da Natureza Humana ao Discurso Jurídico / Thais da Silva Rocha – 2016.

46 f.

Orientador: Thiago Rodrigues Pereira.

Monografia – Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Público, 2016.

Bibliografia: f. 45 - 46.

1. Teoria da Argumentação. 2. Hermenêutica. 3. Linguagem. 4. Interpretação. 5. Discurso. 6. Rio de Janeiro (RJ). I. Pereira, Thiago. II. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III. Teoria da Argumentação e Hermenêutica: Da Natureza Humana ao Discurso Jurídico. CDD 000.00000

Universidade Federal Fluminense
Faculdade de Direito

Thais da Silva Rocha

**TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E HERMENÊUTICA:
Da Natureza Humana ao Discurso Jurídico**

BANCA EXAMANINADORA

Prof. Dr. Thiago Rodrigues Pereira

Prof. Dra. Leila de Oliveira Castro

Prof. Dra. Gleyce Anne Cardoso

Niterói/RJ

2016

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos que me apoiaram com votos de confiança e sorrisos de genuíno interesse desde o início deste projeto.

Agradeço a minha família pelo suporte, a meus colegas pelo incentivo e a vida pela inspiração que me proporciona a cada dia.

Registro agradecimento especial ao Professor Sérgio Túlio, perpétuo mestre, pelas oportunidades e ensinamentos que tornaram possível a conclusão deste curso, e ao meu orientador, Professor Thiago Rodrigues, pelo conhecimento e compreensão que me foram prestados ao longo desta jornada.

”Os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo.”

(Ludwig Wittgenstein)

RESUMO

Faz parte da natureza do ser humano interpretar para compreender o sentido das coisas. A especificidade do homem está no fato de que ele pode compreender o mundo por meio de sua razão. O presente trabalho procura, justamente, compreender a forma como o homem compreende o mundo. Não só o jurídico, mas sua realidade e influências sociais. Partindo da ideia de que vivemos em meio a uma pluralidade de interesses pessoais entrelaçados, este breve estudo serve como uma reflexão a respeito da racionalidade que permeia nossa interpretação e a construção de nossas verdades. A partir disso, resta examinar como esses fatores ontológicos afetam nossos discursos e são recepcionados pelo Direito.

Palavras-chave: Teoria da Argumentação, Hermenêutica, Linguagem, Interpretação, Discurso

ABSTRACT

It is the nature of human beings interpret to understand the meaning of things . The specificity of man lies in the fact that he can understand the world through his reason . This paper seeks to precisely understand how the man understands the world . Not only legal , but its reality and social influences . Starting from the idea that we live in the midst of a plurality of intertwined personal interests, this brief study serves as a reflection on the rationality that permeates our interpretation and construction of our truths . From this, it remains to consider how these factors affect our ontological discourse and are greeted by the law.

Keywords: Argumentation Theory, Hermeneutics, Language, Interpretation, Discourse

ÍNDICE

INTRODUÇÃO _____	9
CAPÍTULO 1: HERMENÊUTICA E RACIONALIDADE _____	12
1. Linguagem, pensamento e realidade _____	12
2. Hermenêutica e método _____	17
3. A teoria hermenêutica de Schleiermacher _____	19
4. Entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica _____	21
CAPÍTULO 2: DA INTERPRETAÇÃO À ARGUMENTAÇÃO _____	28
1. Interpretação, conhecimento e verdade _____	28
2. A nova retórica de Perelman _____	30
3. Interpretação e argumentação jurídica: da descoberta à justificação _____	36
4. A lógica e o discurso universal _____	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS _____	44
REFERÊNCIAS _____	45

INTRODUÇÃO

A interpretação é uma atividade humana voltada a atribuir sentido a algo. No fundo tudo pode ser interpretado, pois podemos atribuir um sentido a qualquer coisa. Afinal, a crença de que o sentido é imanente ao objeto é parte do exercício de quase toda atividade de interpretação. Como bem define Heidegger, o homem é um ente que não se limita a por-se frente aos outros entes, ele confere sentido ao ser e, com isso, converte a mera existência em uma existência significativa¹.

Faz parte da natureza humana interpretar para compreender o sentido das coisas. A especificidade do homem se encontra no fato de que ele compreende o mundo, conferindo sentido às coisas. O homem não é apenas ôntico, mas sim ontológico, ou seja, ele não só existe como ser, como também compreende o próprio ser. O discurso que compõem a hermenêutica é justamente o de compreender os modos como o homem compreende o mundo².

Ocorre que o sentido abstrato de um objeto, como, por exemplo, a rede de significados de um conceito jurídico, é relativamente amplo. Ao contrário de seu sentido concreto, quando buscamos o significado desse mesmo conceito em uma situação específica. Por isso a metodologia serve como uma mediação entre o sentido abstrato e o concreto. Assim, dentro do processo de compreensão temos uma complementaridade circular entre a interpretação abstrata e a aplicação concreta.

Nessa toada, quando pensamos nas grandes narrativas jurídicas e suas teorias, nos deparamos com um ideal de unidade e identidade, que se enfraquece ao tratarmos da pluralidade e da diferença que é inerente ao indivíduo. A admissão dessa diferença origina uma brecha entre o coletivo e o individual, que é frequentemente sublimado pela noção de que existe uma espécie de vontade geral, um interesse coletivo que impulsiona para um mesmo caminho.

É certo que não existe uma vontade geral de fato, mas sim uma pluralidade de interesses pessoais entrelaçados. De Hobbes a Habermas, passando por Rousseau e Kant, esse problema é enfrentado a partir do estabelecimento de uma vontade geral amparada em critérios impessoais. Impessoalidade esta que é medida pela racionalidade do homem, o elemento capaz de unificar uma humanidade dividida entre seus valores e desejos.

¹ HEIDEGGER, *Ser e Tempo*, PP. 39 e ss.

² Gadamer dizia que “é tarefa da hermenêutica esclarecer o milagre da compreensão, *Verdade e Método II*, p. 73.

Dessa forma, o discurso filosófico no Direito vem se voltando para a elaboração de discursos fundamentadores, construídos a partir da ideia de que tudo o que é racional é válido

A legitimação do poder é interpretada com a necessidade de se fundamentar a validade de um determinado padrão de organização social, seja ele moral, político ou jurídico. Por isso, a imprescindibilidade da hermenêutica, que rejeita a possibilidade de se fundamentar racionalmente qualquer ordem de poder.

Atualmente, o que percebemos são grandes narrativas de determinados padrões de organização social que são tidos como válidos, que produzem um discurso hermenêutico próprio na tentativa de atribuir algum sentido ao mundo social por elas apanhado. Tal prática é recorrente no campo do Direito e gera uma multiplicidade discursos hermenêuticos inspirados em noções de legitimidade e nas funções dos atores jurídicos de forma auto compreensiva. Reflexo disso é a grande variedade de teorias da argumentação no Direito.

Decerto, ao invés de enfrentarmos a pluralidade das organizações sociais através da fixação de discursos totalizantes, o ideal é buscarmos construir espaços para a coexistência das diferenças, onde possamos compreender as tensões existentes entre as narrativas que nos são apresentadas, mediante processos de autonomia e singularização.

Cada um de nós traz consigo uma variedade de discursos múltiplos. São muitas as ideias, percepções e devires que nos atravessam. A pluralidade faz parte das características humanas e os nossos discursos são o equilíbrio de nossas personas. Pensar que um juiz decide só como juiz, por exemplo, é um engano. Seria misturar o personagem conceitual com o sujeito real, e isso é um erro.

Falar em discursos pretensamente objetivos vai contra nossa razão, uma vez que a razão não se postula de forma neutra aos nossos valores. Isso pode ser um problema para quem quer ter um posicionamento neutro, mas toda teoria crítica é fundada na afirmação de um critério de legitimidade, que não pode deixar de ser valorativo. Não há um lugar neutro quando se fala de uma teoria.

Não adotamos uma teoria por conta da verdade que ela conduz, mas sim pelos seus resultados, pelos seus elementos valorativos que nos atingem e nos estimulam. Como diz Perelman³, aquele que defende uma teoria perante um auditório, carrega consigo o objetivo de persuadir e não de convencer, eis que só podemos convencer as pessoas que já acreditam nos nossos valores, como numa operação tautológica onde se compartilham dos mesmos axiomas. Por isso que a formulação de uma teoria não pode estar associada à imparcialidade.

³ Vide PERELMAN, *A Nova Retórica*.

Aquele que a formula está estritamente vinculado a ela por meio de suas construções narrativas e discursos. Assim, mesmo uma análise filosófica que tome por objeto as teorias hermenêuticas implica necessariamente no esclarecimento de outras posturas teóricas e individuais, para que se tenha a adequada compreensão das teorias e dos imaginários que as inspiram.

CAPÍTULO 1: HERMENÊUTICA E RACIONALIDADE

1. Linguagem, pensamento e realidade

O sentido do mundo não está nas coisas, já diz Platão⁴, pois o empírico não se explica por si mesmo. Talvez essa seja a herança platônica mais indelével. Uma resposta que garante a objetividade do sentido do mundo ao deslocar o sentido das coisas para as idéias, mas que encara ambas como partes do mundo, que passa, então, a ser dividido em mundo físico – empírico – e mundo metafísico – ideal –, instaurando-se um dualismo e uma tensão entre ambos. Esse idealismo que procura o sentido do mundo nas idéias foi muito questionado ao longo da modernidade. Espinoza, Descartes, Hume, muitos foram os pensadores que se colocaram uma posição reflexiva frente à resposta platônica de como vemos o mundo, mas essas ideias ganharam corpo, de fato, nas reflexões kantianas⁵. Kant sabia que o sentido das coisas não podia estar nas próprias coisas, mas recusava a via platônica de afirmar a existência de um sentido objetivo no próprio mundo. Concluiu que se algum sentido havia nas coisas, esse sentido somente poderia ser determinado pelo próprio olhar do homem.

Nessa toada, Kant conseguiu romper com a dicotomia tradicional entre o mundo físico e o mundo metafísico, que ele releu na forma de um conhecimento transcendental, uma vez que transcende o físico, mas não aponta para um mundo das idéias, e sim para uma forma especificamente humana de perceber o mundo. Sem dúvida, essa é uma grande marca do pensamento moderno, e ela assinala o amadurecimento de uma consciência reflexiva que se iniciou desde os estóicos, com Epicteto e Marco Aurélio⁶.

⁴No diálogo denominado *Timeu*, Platão descreve um encontro de Sócrates com o sábio cujo nome, Timeu, deu o título à obra. Sócrates pede então que Timeu lhe descreva aquilo que ele aprendeu durante seus tantos anos de trabalho. Timeu concorda e faz uma descrição de toda a ordem do Universo. Mas no meio do diálogo encontra-se uma passagem que é como que uma conclusão da descrição que Timeu fez a Sócrates: “descobrir o autor e o pai deste Universo é uma tarefa difícil; uma coisa, porém é evidente: (seja quem for que fez o que estamos vendo), ele contemplava um modelo eterno”. Timeu, parece pretender-se que a natureza parece comportar-se como se tivesse sido feita por alguém, sabe-se lá quem, que, ao fazê-la, contemplava um modelo eterno. Mesmo que se discuta a existência deste alguém e deste modelo, permanece todavia o fato de que a natureza parece comportar-se tal como se assim fosse. Este modelo eterno, mesmo abstraindo-se a questão de sua existência, é que é o primeiro princípio da natureza, mais ainda do que a própria ordem do Universo, muito mais ainda do que o suporte material de que ela possa ser feita.

⁵Vide KANT, *Crítica da Razão Pura*.

⁶Para os clássicos latinos e gregos, sobretudo os estóicos, o que é fundamental é a moral. Moral esta no sentido

Vale dizer, entretanto, que essa reflexividade kantiana, apesar de sua abertura para a forma humana de perceber o mundo, não conduz a uma subjetividade dos sentidos. Para Kant, a objetividade da significação é garantida pela objetividade do modo humano de atribuir sentidos.

Assim, a existência de um padrão objetivo de beleza e de justiça é garantida pela existência de uma estrutura definida da Razão, que garante a objetividade dos sentidos. É uma percepção que vai além do “Penso, logo existo” de Descartes em seu “Discurso sobre o Método”. Essa é a questão do Dasein heideggeriano, onde o ente não pode pretender a inocência porque não pode se furtar de pensar ao seu próprio modo, como ser no mundo.

O Dasein é a abertura para o próprio ser, na medida em que apenas o homem atribui sentidos ao mundo, inclusive à sua própria existência. Ou, como diz Nietzsche “o caráter do mundo é o de um caos eterno; não devido à ausência de necessidade, mas devido à ausência de ordem, de beleza e de sabedoria”⁷.

No pensamento de Heidegger, o ente se transforma em ser no momento em que confere sentido às coisas que têm mera existência. Uma existência física pode-se dizer, uma vez que a Realidade humana é um mundo repleto de significação, que transcende o empírico. É por isso que a linguagem tem um espaço privilegiado quando se trata de sentidos. Fora dela as emoções e as sensações, que podem ser observadas ou sentidas sem serem pensadas.

É dentro dos inúmeros discursos que construímos a partir da linguagem que as coisas deixam de ter meramente existência e passam a ter causas, beleza, finalidades, justiça, fundamentos, semelhanças, natureza, ordem, necessidades, contingências e toda uma gama de outros atributos. A Realidade se constrói mediante nossos discursos de linguagem, que tem a função de dar sentido ao mundo.

Diante da nossa infundável capacidade linguística de dar sentido aos signos que inventamos, construímos leis, teorias, lógicas, sinfonias, histórias, e até mesmo mentiras. Vivemos, dessa forma, em um mundo repleto de discursos que lhe conferem sentido, e a hermenêutica é justamente um discurso acerca do modo humano de lidar com essas significações que atribuímos às coisas.

de ser consciente, autônomo, livre e responsável. “Insculpe tua máscara, impõe teu personagem, teu tipo e teu caráter”. Era o que falava Marco Aurélio à Epicteto quando lhe propunha o que veio a ser nosso exame de consciência.

⁷ NIETZSCHE, *A Gaia Ciência*, § 109.

Tudo o que pode ser conhecido é linguagem, como afirma Gadamer. Decerto, existe um mundo fora da linguagem, mas ele é constituído por fatos empíricos, vazios de sentido. Construir uma imagem linguística do mundo é, assim, chegar a Realidade e encontrar os significados do mundo. Quando discutimos acerca dos fatos, estamos sempre tratando das imagens que fazemos do mundo, pois a linguagem não comporta os fatos em si, mas somente os fenômenos.

Nietzsche acentuou a percepção kantiana ao afirmar que em nossa percepção do mundo, não existem fatos, mas apenas interpretações. De acordo com Nietzsche, a interpretação do mundo é sempre um fenômeno de linguagem, uma vez que o processo de interpretação está vinculado à nossa atribuição de sentido ao mundo. Devemos compreender nossa própria linguagem, da forma como a construímos e os seus modos de operação, só assim podemos compreender Realidade.

Os processos reflexivos estão intrinsecamente relacionados à hermenêutica, como um modo de compreender a forma como se compreende o mundo, sem se falar em uma mentalidade cientificista, onde o método é o único caminho para a verdade. Ao contrário, a hermenêutica procura não só explicar o mundo, mas sim interpretá-lo. Gadamer mostrou que o método não é um meio de condução para a Verdade, questionou a metodologia ao dizer que o método é uma máquina de atribuir sentidos e não de encontrar sentidos.

Foi com Gadamer que houve uma virada hermenêutica, quando se passou a se opor à utopia da ciência. Afinal, a ciência busca compreender o mundo a partir de um ponto de vista objetivo e construir uma descrição neutra da realidade, e, de forma diametralmente oposta, a hermenêutica busca estabelecer um pensamento reflexivo que entenda o esforço humano de compreensão como uma tentativa de construir sentidos provisórios, dentro de contextos históricos determinados, sem que se tente buscar uma verdade universal, mas sim, a verdade possível.

O grande problema da ciência são os seus discursos que nunca falam sobre si mesmo, como se estes mesmos discursos não fizessem parte do mundo empírico. A impessoalidade científica se funda justamente na existência de um método que busca seguir padrões predefinidos e impessoais. A ciência se coloca como portadora de uma verdade objetiva a partir de seu isolamento.

Como bem fala Gaston Bachelard para se obter o conhecimento é preciso racionalizar, buscar o mínimo de isolamento e de definição experimental sobre determinado fato. Para ele, isolado um corpo se torna um centro de irradiação para um fenômeno maior, tornando-se um objeto para o conhecimento empírico. O isolamento é um pretexto para o pensamento. Para

Gaston, não há um mundo para ser explorado, mas sim um conhecimento objetivo a ser alcançado⁸.

O cientista é sempre o que observa de fora. Sua perspectiva é sempre a do estrangeiro, que não participa, que guarda distância suficiente do seu objeto para observá-lo de modo imparcial. Kelsen⁹ já acentuava a utilização da ciência como uma espécie de fundamentação onde se busca a verdade e não a validade. Assim, no positivismo científico a verdade não tem lugar. Pode-se dizer que esse posicionamento é ilógico, na medida em que tomam-se enunciados meramente descritivos para alcançar conclusões prescritivas.

Entretanto, esse conhecimento antifilosófico contido no positivismo científico é justificável no plano do direito e dos demais discursos normativos. As reflexões filosóficas sobre a racionalidade gradualmente tornaram claro que era impossível justificar racionalmente um critério de validade normativa. Quando a racionalidade foi reduzida à racionalidade instrumental, tornou-se clara a impossibilidade de pretender a validade universal de sistemas normativos.

Kelsen mostrou claramente que a validade está condicionada à sua aplicação dentro de um sistema. Portanto, afirmar a existência de uma validade objetiva implica sustentar a existência de um sistema universal, que é justamente o postulado básico do jusnaturalismo. Assim, a validade somente poderia ser universalizada na medida em que se considerasse que o mundo inteiro faz parte de um determinado sistema e admitir a historicidade do direito implica admitir a sua contingência, o que é incompatível com o jusnaturalismo.

E foi justamente por isso que Kelsen, na busca de construir um conhecimento científico objetivo, precisou abandonar os conteúdos contingentes das ordens jurídicas, para se concentrar na forma universal dos enunciados normativos, isolando-os de modo a obter um conhecimento científico que não ultrapassasse a fixação dos critérios da lógica da linguagem normativa. Assim, a Teoria Pura do Direito de Kelsen veio na tentativa de separar direito e sociologia, evitando as tentativas de transformar o jurista em um engenheiro social, capaz de estabelecer soluções corretas para as normas, a partir dos conhecimentos sociológicos. O positivismo pode ser entendido como uma tentativa de radicalizar a distinção entre ciência e tradição. Ao romper com o laço entre verdade e validade, o discurso científico se liberta de valores tradicionais e estabelece uma postura cética em relação ao mundo, fundamentado somente na razão.

⁸ Vide BACHELARD, *A Epistemologia*.

⁹ Vide KELSEN, *Teoria pura do Direito*

Ocorre que a dogmática está intrinsecamente vinculada ao Direito. O próprio discurso dos juízes é dogmático. Ele se fundamenta em critérios de tradição em que aquele que julga não pode se desprender dos textos legislativos e dos normativismo legal. É exatamente isso que põe em conflito o discurso científico e o discurso dogmático. No primeiro, temos as pressuposições de fatos e os dilemas da verdade empírica. No outro, temos a pressuposição de valores, que nos remetem às questões de legitimidade e validade.

Assim, enquanto o discurso científico se organiza em torno de uma questão de verdade baseada em fatos objetivos, o discurso dogmático reflete uma questão de validade baseada em valores pretensamente objetivos. Mas, como a validade de um valor nunca pode ser demonstrada com base em fatos empíricos, o discurso dogmático oferece sempre uma opaca mistura de verdade e validade. É como se nos voltássemos de forma regressiva para o conflito entre Copérnico e a Igreja Católica, quando aquele defendia o sistema heliocêntrico.

Esse exemplo ilustra perfeitamente que discurso científico da modernidade nasceu como um discurso contrário à dogmática, eis que ele pôs em questão todos os argumentos fundados na autoridade do falante ou da tradição e rompe com a inquestionabilidade típica dos dogmáticos.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que a ciência inova, ela também se desprende do seu não questionamento na medida em que não se desvincula de seus métodos e de seu isolamento perante o mundo, ou seja, da sua não integração à realidade com objeto de análise.

Em ambos os casos, temos discursos que não olham para si mesmos. E que, portanto, negam a contingência histórica do nosso próprio olhar. O que é inoperante, ainda mais depois de Nietzsche, Heidegger, Freud e tantos outros pensadores nos mostrarem a exuberância do que é olhar para si mesmo e a inviabilidade de um olhar externo ao ser.

Heidegger, em especial, nos esclarece que o preço da verdade é o ocultamento de si, uma vez que a verdade não pertence ao homem, mas ao ser. Chegando nesse ponto, a própria distinção entre ciência e dogmática se torna obscura, na medida em que percebemos que a ciência é uma espécie de dogmática, e o dogma que ela não põe em questão é justamente o do valor da racionalidade, que se prende a ideia de que existe uma perspectiva correta inerente ao valor de razão.

A grande questão é que o conhecimento não pode mais ser considerado como uma elaboração de um discurso rigoroso sobre o mundo. O homem não pode deter a verdade. O que é tido como real e cognoscível não garante a obtenção da verdade, pois a verdade tem uma feição cada vez mais narrativa que não se vincula à teoria, mas também é arqueológica, estando à frente do homem.

Decerto, conseguir coordenar esses elementos praticamente envolve nossa vontade de potência de que fala Nietzsche¹⁰, significa romper com nosso estado natural e superar a si mesmo. É uma tarefa quase que dialético trágica, mas a hermenêutica funciona como o principal meio agregador para se chegar a tanto.

2. Hermenêutica e Método

Tomemos por base a ideia de que a verdade moderna é objetiva e existe independente dos sujeitos. Quando se fala na existência de uma verdade única, somos logo levados a pensar na dicotomia que existe entre essa ideia e as variadas opiniões que os homens têm acerca do mundo. Pois bem, primeiramente, devemos ter em mente que a verdade não se confunde com opinião. Como diz Platão¹¹, devemos sair do nível da *doxa* e ingressar no nível da *episteme*, ou seja, devemos nos desprender de nossas experiências subjetivas e adquirir o conhecimento através de nossas evidências racionais. Assim, a verdade é objetiva, mas ela é perceptível por cada homem, na medida em que pode ser demonstrável racionalmente. O critério de veracidade é a própria evidência racional, eis que a racionalidade é a mesma para todos os homens. O problema da divergência de opiniões é superada pela modernidade quando se fixa que havendo parâmetros objetivos de racionalidade, tudo o que puder ser demonstrado para um indivíduo com base nesses parâmetros deve ser aceito também por todos os outros homens.

A comprovação racional de uma idéia por um homem o dará a certeza absoluta de ter descoberto uma verdade, mesmo que ela contrarie a crença de todas as outras pessoas. Ocorre que mesmo comprovando as ideias com critérios racionais, e apesar da crença de que existe só uma verdade, as pessoas continuaram tendo opiniões diferentes sobre o mundo, e cada uma delas dizia estar baseada em uma evidência racional.

¹⁰ O conceito de vontade de potência trata-se de uma proposição ontológica que sustenta toda sua teoria, inclusive sua genealogia da moral é retirada das relações entre a vontade de potência. Tendo como base o conceito de Schopenhauer de que a vontade é cega e insaciável, sendo uma força que estaria para além dos nossos sentidos, Nietzsche, concluiu que a vontade não está fora do mundo, ela se dá nas relações do indivíduo com o mundo e se mostra como uma efetivação do real. Sendo assim, o mundo seria esta luta constante, sem equilíbrio possível, apenas tensão, que se prova pelo movimento, às vezes delicado, outras vezes violento. “O mundo visto de dentro, o mundo determinado por seu ‘caráter inteligível’ seria justamente vontade de potência, e nada mais”. NIETZSCHE, *Além do Bem e do Mal*, §36

¹¹ PLATÃO, *A República*, Livro VII.

Começasse a questionar, então, se realmente existiria uma racionalidade idêntica para todos os homens. É nesse panorama que Descartes afirma que ‘a diversidade de nossas opiniões não provém do fato de sermos uns mais racionais do que outros, mas somente do fato de conduzirmos nossos pensamentos por vias diferentes e de não levarmos em conta as mesmas coisas. Pois não é suficiente possuir um espírito bom; o mais importante é aplicá-lo bem’¹².

Descartes traz para a discussão, dessa forma, uma questão importante. A racionalidade é, sim, idêntica para todos os homens. O que diferencia uma verdade alcançada de outra é o uso correto ou o uso errado da razão. E o que determina isso é a escolha do método. Afinal, a verdade existe, mas ela não se desvela senão por meio de um uso controlado e metódico da razão, eis que o mundo é muito complexo para ser apreendido imediatamente pela razão humana. E para não fazermos um uso errado dela devemos desenvolver métodos racionais para orientar nossas reflexões.

Dessa forma, a construção de um conhecimento verdadeiro envolve o esforço prévio de desenvolver métodos adequados do uso da razão. Métodos estes que possam guiar as nossas reflexões, de tal modo que elas nos conduzam à verdade e não à ilusão da verdade. A condição humana, contudo, limita nossa capacidade de raciocínio a lidar com informações muito mais restritas, o que nos obriga a reduzir nossas observações a modelos conceituais simplificados.

De acordo com o método cartesiano, primeiramente devemos aceitar como verdade somente o que for evidente pela razão. Em segundo lugar, devemos reduzir os problemas à unidades menores e dividir as dificuldades o quanto for possível para resolvê-las. Em terceiro, faz-se necessário conduzir por ordem os pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir a pouco e pouco, gradualmente, até os conhecimentos dos mais compostos. Por último, fazer sempre enumerações completas e revisões gerais para que se tenha a certeza de nada ter omitido ¹³.

Percebemos, assim, que as evidências subjetivas como critério de verdade poderiam conduzir ao risco da fragmentação do conhecimento em uma multiplicidade de elementos desconexos, baseados nas ilusões e preconceitos de cada pessoa. Por isso a necessidade de garantir a existência de critérios objetivos, para que o exercício da subjetividade pudesse ser harmonizado como o ideal de uma verdade única.

¹² DESCARTES, *Discurso do Método*, p. 31.

¹³ DESCARTES, *Discurso do Método*, p. 44 e ss.

E o elemento que possibilitou a unidade da razão, dentro da multiplicidade dos sujeitos, foi justamente o estabelecimento de uma matriz metodológica que se visse como parâmetro objetivo para aferir a veracidade ou a falsidade de uma teoria.

Considerando que o processo de interpretação se vincula com o ato de decifrar sentidos e buscar compreendê-los e que o sentido das coisas pode ser pensado de diferentes formas, os meios de se pensar a atividade interpretativa também podem ser diversos. Platão, por exemplo, acreditava que era capaz de decifrar os sentidos do mundo a partir de uma postura contemplativa, uma vez que a contemplação do belo conduziria à percepção da beleza e a contemplação da natureza conduziria ao conhecimento das coisas naturais. Da mesma forma, há também quem ache que será capaz de decifrar os sentidos do mundo a partir da construção de métodos precisos, onde tudo existe e funciona de acordo com leis fixas.

Certamente, contemplar o mundo de forma passiva pode nos conduzir à dogmática platônica que Gadamer tanto critica. Afinal, o mundo deve ser investigado. E essa investigação deve ser feita de modo correto, pelas vias de nossa racionalidade, que só pode ser garantida pelos métodos racionais de observação. Na ausência desses métodos, pode-se até alcançar a verdade, mas aquele que a alcançar não saberá ao certo se a atingiu de fato, pois seguir as próprias intuições nunca é garantia do acesso à Verdade.

Assim, a utilização de um método racional de observação não é utilizado para se chegar à verdade, mas sim para que se tenha certeza de que se chegou a verdade. E esse processo de reconhecimento da verdade só pode se dar mediante a refutação das hipóteses de interpretação utilizadas, por meio da aplicação de metodologias objetivas, racionalmente definidas. É essa, aliás, a concepção da ciência moderna, que faz dos métodos determinados a fonte garantidora do conhecimento.

Essa perspectiva da utilização de métodos como garantia da verdade, se originou na filosofia e nas ciências, mas aos poucos se estendeu para a hermenêutica que teve como seu grande sistematizador Schleiermacher, que após um processo de construção de uma metodologia hermenêutica, enfim se chegou à um modelo sistemático universalizante.

3. A teoria hermenêutica de Schleiermacher

Apontado como o fundador do modo contemporâneo de pensar a hermenêutica, Friedrich Schleiermacher, produziu suas principais reflexões no início do século XIX. Seus estudos

estão inseridos tanto na tradição exegética da teologia protestante como nos estudos da filologia clássica do final do século XVIII.

Decerto, Schleiermacher não foi o primeiro a ocupar-se da interpretação, dado que os debates acerca desse tema remontam aos gregos e perpassam principalmente pelo Renascimento, onde se fixaram os três tipos básicos de técnica de interpretação (a teológica, a filosófico-filológica e a jurídica), mas foi a partir de suas reflexões que a hermenêutica tornou-se uma disciplina autônoma e adquiriu seus contornos atuais.

Em sua obra¹⁴ encontramos o antigo ideal exegético de reconstituir o sentido original de um texto, com esteio na sua investigação que procura fundamentar o procedimento a partir de um conceito geral de compreensão. Estabeleceu uma inteligibilidade compreensiva, visando a apreensão das significações intencionais das atividades concretas do homem.

Entretanto, esse modelo de racionalização, retirado dos textos, da mesma forma que estabelece a apreensão do sentido como essência do método das ciências do espírito, delimita o alcance da metodologia das ciências naturais, questionando, acima de tudo o conceito de objetividade científica. Isso se mostra evidente, por exemplo, na sua inseparabilidade entre o sujeito e o objeto, uma vez que a compreensão hermenêutica se dá pela inserção daquele que compreende no horizonte da história e da linguagem.

Schleiermacher propõe-se a substituir os conjuntos de orientações parciais por uma descrição sistemática e completa do processo interpretativo, oferecendo tanto uma descrição correta do modo como a compreensão ocorre quanto uma orientação adequada sobre como os intérpretes se devem conduzir. Em seu trabalho estão presentes questões como a circularidade entre o todo e o particular; a mútua dependência constitutiva entre a parte e a totalidade, que impossibilitam a compreensão pela indução; e por fim a referência a um ponto de vista, ou pré-compreensão, a partir do qual se estabelece todo o conhecimento, que estabelece a prioridade da pergunta sobre a resposta e problematiza a questão do dado empírico puro.

Além disso, combateu a fragmentação da hermenêutica em uma série de disciplinas particulares e reconheceu que ‘a hermenêutica como arte da compreensão não existe como uma área geral, apenas existe como uma pluralidade de hermenêuticas especializadas’¹⁵. Até essa época, desde o Renascimento, como já foi dito, havia apenas uma série de disciplinas hermenêuticas que serviam como técnicas de interpretação aplicáveis aos seus campos determinados, tais como a teologia, a filologia e o direito.

¹⁴ SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica*.

¹⁵ SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica*, pp. 29-30.

Contudo, após converter a fragmentação hermenêutica em uma descrição unificada dos processos de compreensão, Schleiermacher excluiu expressamente a hermenêutica jurídica de seu esboço de hermenêutica geral. Embora reconhecesse a existência de uma disciplina hermenêutica no campo do direito, sustentava que ela tinha um objetivo diverso das hermenêuticas filológica e teleológica, pois ela não lidava com a identificação do sentido correto de um texto, mas com ‘a determinação da extensão da lei, isto é, com a relação dos princípios gerais com o que neles não foi concebido claramente’¹⁶.

Assim, ele entendia que o problema enfrentado pela hermenêutica jurídica era o de oferecer soluções concretas com base em normas que tinham um caráter inafastavelmente genérico. Decerto, existia um estudo dogmático que domina o Direito até hoje, uma vez que os textos jurídicos não são estudados para que sejam compreendidos, mas para que se possa extrair deles uma solução correta.

E Schleiermacher defende a autonomia do sentido do texto, pois o seu objetivo não é revelar a verdade oculta no texto, mas compreender o próprio sentido do texto, independentemente da veracidade ou não do significado deste. Na sua metodologia, seu objetivo não é compreender a verdade revelada no texto, mas entender o sentido do texto como expressão de um indivíduo cuja atividade criadora encerrou em um texto um sentido determinado.

Esse objetivo, contudo, parece inadequado à hermenêutica jurídica, pois a interpretação do direito tem sempre um caráter fortemente dogmático, pois parte do princípio de que a norma oferece solução para o caso analisado e tem como finalidade a tomada de decisões e não o conhecimento do sentido do texto, seja ele qual for. Então, é justamente o caráter inafastavelmente dogmático da hermenêutica jurídica que impediu que Schleiermacher a inserisse no seu projeto de uma hermenêutica geral, que deveria abandonar a postura dogmática tradicional, para concentrar-se em na compreensão do texto.

4. Entre a Hermenêutica Filosófica e a Hermenêutica Jurídica

Até meados do século XX, as discussões da hermenêutica jurídica não se envolveram com as da hermenêutica filosófica. Nesse tempo, a hermenêutica quando voltada para o Direito seguiu seu caminho exclusivamente fundado na tradição e em tópicos de livre conven-

¹⁶ SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica*, PP. 29.

cimento. Reflexo disso foi o desenvolvendo um discurso jurídico que se esteava no positivismo e na capacidade analítica do ser humano.

Subsistia, dessa forma, uma base formalista que fazia uso de alguns argumentos teleológicos, mas que ainda assim era moldada pelo seguimento de sistemas que repercutiam no senso comum dos juristas da época. Decerto era um discurso de fácil adesão, uma vez que persuadia os juristas ao lhes oferecer uma linguagem na qual eles podiam enxergar a própria prática jurídica e falar sobre ela de modo transparente.

Maximiliano se interessou em estudar os processos que conduziam à determinação de sentidos e ao alcance das normas ¹⁷, fazendo um esforço para mapear os debates hermenêuticos de sua época e vislumbrar uma orientação aplicável aos discursos práticos. Afirma ele que ‘o hermeneuta usa, mas não abusa da sua liberdade ampla de interpretar os textos; adapta os mesmos aos fins não previstos, porém compatíveis com os termos das regras positivas’.¹⁸

Ou seja, o hermeneuta tinha como orientação a virtude prática de sua prudência, que o guiava para o uso de sua liberdade de interpretação sem, por isso, abusar dela. Não se tratava exatamente de um método científico pautado pela impessoalidade. O que se percebe é um discurso que se erige pelo discurso dogmático da virtude.

Assim, o apelo da hermenêutica não é para a aplicação de um método predefinido, mas para uma avaliação cuidadosa e prudente do caso concreto, que introduz a prudência como um elemento relevante para a aplicação do direito, pois somente ela é capaz de discernir os momentos em que a literalidade e a sistematicidade deve ser deixada de lado, em nome da garantia de valores sociais de justiça.¹⁹

E essa prudência é uma capacidade que não pode ser tida com um método, que não se reduz a regras objetivas, mas que apela para um certo bom senso, que cada um de nós julga ter. É, provavelmente, em razão disso que as ideias de Maximiliano foram tão bem aceitas entre os operadores do Direito, que são normalmente dotados de um grande senso prático e de uma profunda recusa por teorias abstratas. Isso porque os operadores do Direito têm suas práticas voltadas para a resolução de problemas, suas atividades envolvem a solução de casos, dessa forma, oferecer respostas a questões concretas é quase que um imperativo categórico.

¹⁷ LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 82.

¹⁸ MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 154.

¹⁹ MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 277.

Por isso mesmo, as categorias que organizam o discurso profissional raramente são aquelas das teorias com maior consistência interna, sendo preferidas as teorias que oferecem categorias adequadas para a formulação de um discurso dogmático percebido como eficaz e legítimo.

O que se criou com Maximiliano foi uma falsa ciência. Um arremedo científico que contraria os padrões epistemológicos. E foi justamente contra essas perspectivas que Kelsen levantou as críticas que o inspiraram a elaborar uma teoria jurídica adequada à epistemologia neopositivista²⁰. Porém, embora sua Teoria Pura do Direito seja dotada de coerência teórica, ela não oferece uma fundamentação adequada para o desenvolvimento de um discurso dogmático, motivo pelo qual ela é uma referência teórica importante, mas tem penetração mínima na atividade prática dos juristas.

Entretanto, não se pode negar que Kelsen teve uma participação que contribuiu no campo da hermenêutica jurídica. Ao afirmar que os juízes não são capazes de fazer o que eles dizem fazer²¹, Kelsen realiza uma crítica contumaz ao falso cientificismo do discurso sociológico e à inexistência de objetivismo do discurso legalista, na medida em que diz que é impossível estruturar uma metodologia racional de tomada de decisões jurídicas quando estas sempre implicam posicionamentos de valoração.

Kelsen ergueu a pretensão neopositivista de que não há como fazer da atividade decisória uma ciência, como buscava estabelecer Schleiermacher. Afinal, não se pode criar um método para o tratamento de valores, de tal forma que sobre eles a ciência deve seguir o conselho com que Wittgenstein encerra o seu Tratado Lógico Filosófico: ‘sobre aquilo de que se não pode falar, deve-se calar’.²²

Dessa forma, Kelsen estabeleceu uma grande brecha entre a teoria científica e a prática jurídica. Ao conceber a ideia de que a linguagem dos juristas é criadora de mitos, afirma ele que no Direito a existência de uma resposta correta a ser buscada não passa de uma crença ideológica, com funções políticas claras.

Uma lógica que, certamente, é incompatível com uma mentalidade científica²³, visto que a linguagem da dogmática recorrentemente utiliza-se de entidades que não podem ter sustentação científica alguma.

²⁰ Vide LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*.

²¹ Vide KELSEN, *Teoria Pura do Direito*.

²² WITTGENSTEIN, *Tratado Lógico Filosófico*, 6-54.

²³ KELSEN, *Teoria pura do Direito*.

Em contrapartida, a teoria de Maximiliano tinha grande adesão, pois permitia que os juristas se identificassem com suas propostas e dava amparo aos seus argumentos de que faziam o que eles próprios acreditavam fazer. Era como se fosse possível restaurar os laços entre a teoria e a prática, antes abalados pelo discurso positivista que não se sujeitava aos valores sociais.

Ocorre que essa suposta reconciliação acabou por exigir a atribuição de um caráter científico às teorias dogmáticas. Uma tarefa difícil, uma vez essas teorias não ofereciam uma metodologia interpretativa, mas sim, apenas, uma justaposição tópica de conceitos e regras de interpretação.

Embora a teoria de Maximiliano, por exemplo, tivesse suas linhas gerais estabelecidas de forma clara, sua metodologia era imprecisa no que tange a aplicação de normas, seu conceito de bom senso é muito vago, fundamentado em interesses e necessidades sociais.²⁴

Mesmo sem causar um impacto imediato, essa deficiência metodológica terminou por enfraquecer suas concepções no plano teórico, abrindo brechas que deram azo ao surgimento de críticas elaboradas por perspectivas teoricamente mais consistentes, tal como a Teoria Pura do Direito e as teorias inspiradas pelo positivismo sociológico.

Alguns juristas tentaram, porém, reafirmar que era possível estabelecer um método jurídico que possibilitasse aos juristas extrair do direito positivo uma solução jurídica para cada caso concreto, mediante procedimentos racionais. Nesse sentido, o esforço mais atuante na busca de uma metodologia para a hermenêutica jurídica partiu do jurista italiano Emilio Betti, em sua Teoria da Interpretação Jurídica.

Betti desenvolveu sua teoria na década de 1950, momento em que o discurso hermenêutico se sustentava por critérios vagos, tais como o espírito da lei, interesses sociais, justiça ou adequação da norma às necessidades sociais, quando a finalidade da interpretação se restringia à interpretação do sentido da norma, e não dentro de um sistema comum à todo o Direito, mas sim de uma forma fragmentada para cada disciplina jurídica.

Diante dessa situação, Betti procurou desenvolver uma teoria hermenêutica que englobasse todo o direito, ao superar a sua fragmentação em áreas específicas, e que oferecesse uma metodologia sistemática, que se transpunha à justaposição de regras interpretativas como se via nos tribunais.

Ademais, a fim de romper com vazio das teorias tradicionais e sociológicas, fundou sua teoria em conceitos claros e precisos. Procurou, assim, superar tanto o formalismo das te-

²⁴ PESSÔA, *A Teoria da Argumentação Jurídica em Emilio Betti*, p. 36.

orias tradicionais, quanto o subjetivismo das escolas sociológicas, buscando a harmonização entre o legalismo e as limitações metodológicas da Jurisprudência dos Interesses de Philipp Heck. Uma teoria que se submetia ao positivismo legalista, na tentativa de adaptar o positivismo a algumas ideias de cunho teleológico.

Assim, ao desenvolver sua teoria, Betti se voltou para a filosofia e criou uma concepção do que significa interpretar que basicamente reproduz a teoria tradicional de que os textos são a objetivação do espírito que o elaborou e que, dessa forma, entender um texto é fazer uma reconstrução do pensamento de seu autor.

Afinal ‘a tarefa do sujeito consiste em tornar a conhecer, em reconhecer naquelas objetivações, o pensamento animador, em repensar a concepção ou em evocar a intuição que aí se revela. Aqui, em suma, o conhecer é um reconhecer e um reconstruir o espírito que, através das formas de sua objetivação, fala ao espírito pensante que se sente a esse assemelhado na humanidade comum. É um reconduzir e um reunir aquelas formas na interioridade que as gerou e da qual foram separadas, um interiorizá-las, transpondo-se, todavia, o conteúdo em uma subjetividade diversa daquela originária’.²⁵

A partir disso, percebe-se que Betti parece simplesmente trazer para o direito a teoria hermenêutica de Schleiermacher, fundada na duplicidade entre intérprete e autor. Porém, os interesses de Schleiermacher eram fundamentalmente teológicos e literários, enquanto que Betti tentou enquadrar a hermenêutica jurídica dentro dos quadros de uma hermenêutica geral.

Sendo assim, sabendo que a interpretação jurídica se fundamenta não somente na compreensão do que o legislador quis dizer, como também na necessidade do jurista de decidir casos concretos por meio de normas, Betti vislumbrou o isolamento do Direito frente aos outros ramos do conhecimento, colocando a hermenêutica jurídica como um caso a parte dentro da teoria geral da compreensão.

O que Betti fez foi transformar o problema jurídico em um problema filosófico, da mesma forma como Schleiermacher voltou os problemas filológico e teológico para a filosofia²⁶. Porém, no caso de Betti, ingressar na discussão filosófica propriamente dita e desenvolver uma teoria geral da interpretação onde também se tratasse das peculiaridades do campo jurídico foram alguns efeitos dessa opção metodológica.

²⁵ BETTI, citado por PESSÔA, *A teoria da interpretação jurídica em Emilio Betti*, p. 5

²⁶ PESSÔA, *A teoria da interpretação jurídica em Emilio Betti*, p. 103

Com isso, Betti estabelece a existência de três grupos de atividade hermenêutica: o primeiro grupo é do da interpretação que busca entender o seu objeto sem qualquer preocupação dogmática – é o grupo da cognição, sua função é entender; o segundo grupo exige que se vá além do entendimento, uma vez que teria como finalidade explicar a outros o entendimento alcançado – é o grupo do fazer entender, impulsionado pela reprodução; o terceiro grupo teria como finalidade extrair do entendimento alcançado uma máxima de decisão ou de conduta, uma orientação para uma tomada de decisão na vida prática – aqui se preocupa em regular o agir, tendo uma função normativa.

Dessa forma, vê-se que na construção do primeiro grupo Betti se influencia pelas ideias de Schleiermacher ao dizer que entender é reconstruir o que foi construído e repensar o que foi pensado. No segundo, ele identifica na compreensão o fundamento para as ciências humanas, retomando as teorias historicistas de Dilthey²⁷. A inovação veio com a formulação do terceiro grupo, que era tipicamente ignorado pelas teorias filosóficas da hermenêutica.

Para Betti a interpretação do direito deveria seguir uma ordem que se inicia com o entendimento, passando-se para um momento posterior de correção e adaptação às necessidades sociais, para então se chegar a um momento de aplicação daquilo que se interpreta. Ele foi primeiro em seu tempo a vislumbrar um método para a adaptação da interpretação do Direito ao panorama social. Antes, essa adaptação era concebida de forma completamente sujeita ao arbítrio do julgador.

Nessa toada, Betti estabeleceu quatro regras básicas de interpretação que, aplicadas de forma combinada, deveriam garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção material das decisões²⁸. O primeiro cânone é uma garantia da segurança jurídica contra a manipulação ideológica dos intérpretes: sustenta que a atividade interpretativa envolve a descoberta do sentido da norma e não uma atribuição autônoma de sentido à norma.

Na sequência, em sua segunda regra, reafirma a regra hermenêutica tradicional de que as partes devem ser interpretadas em função do todo e de que o todo deve ser descrito a partir de uma combinação harmônica das partes. A terceira introduz propriamente a idéia de entendimento ao exigir que o intérprete reconstrua, no interior de sua subjetividade, o pensamento original do autor, em uma atitude ao mesmo tempo ética e reflexiva.

²⁷ Dilthey propunha que as ciências do espírito contemplassem uma dimensão crítico filosófica que, embora não se afastando do conhecimento empírico, fosse capaz de extrair da atividade das ciências o conhecimento dos fins para os quais se orientam, o que somente seria possibilitado pelo conhecimento da realidade histórico social: “Pois a força que anima a ciência atual é um insaciável afã de realidade que, depois de ter transformado as

Por fim, sua quarta regra básica traz consigo a ideia de correção, por meio da qual o intérprete deve não apenas entender o sentido original do texto, mas compreender o seu sentido de maneira tal que possa reconstruí-lo de forma que se adapte às novas necessidades sociais, harmonizando, assim, a mensagem original e o sentido atualizado. Para Betti, a interpretação deveria ser capaz de garantir, a um só tempo, os ideais de segurança e de correção.

ciências da natureza, quer agora dominar o mundo histórico social para abarcar, se possível, a totalidade do mundo e adquirir os meios de intervir no curso da sociedade humana". DILTHEY, *Dos Escritos de Hermenêutica*, p. 132.

²⁸ As informações sobre Betti têm como escopo PESSÔA, A Teoria da interpretação jurídica em Emilio Betti, PP. 106 e ss.

CAPÍTULO 2: DA INTERPRETAÇÃO À ARGUMENTAÇÃO

1. Interpretação, conhecimento e verdade

A interpretação leva ao conhecimento e à verdade sobre tudo o que homem pode atribuir um sentido ou um significado. Dessa maneira, inclusive as ciências naturais podem ser interpretadas e conhecidas. A prova da verdade das formulações das ciências naturais vai depender, antes, da interpretação e da compreensão. Um sentido ou significado deverá ser atribuído a um signo relevante qualquer.

Cuida-se de interpretação, compreensão e conhecimento do mundo. Em um sentido menos amplo que esse, mas igualmente amplo, tem-se a interpretação que se ocupa de apenas uma parte do mundo. É a interpretação em sentido amplo, que é um subcaso da interpretação no sentido mais amplo possível. O interesse nesse panorama se concentra no mundo das manifestações dos idiomas dos homens. Ela diz respeito a entender não todas as coisas do mundo, mas apenas as manifestações idiomáticas.

A interpretação jurídica é do tipo idiomática, pois se ocupa dos textos jurídicos. Os textos jurídicos podem ser os textos das fontes do Direito. As normas do sistema jurídico todo de um determinado ordenamento jurídico são textos jurídicos normativos. Mas também são textos jurídicos os textos dos atos e dos negócios jurídicos. Na atividade dos juízes e dos tribunais são produzidos textos jurídicos. Outros participantes do sistema jurídico também produzem textos jurídicos. Também outros textos não originariamente jurídicos interessam para os juízes e tribunais. Interpretar um laudo pericial para determinar a trajetória do projétil no corpo da vítima ou as declarações de uma testemunha sobre o número de disparos desferidos pelo acusado. Esse é um caso de interpretação descritiva, que interessa para o juiz enquanto aplicador do Direito, mas o objeto imediato da compreensão não é diretamente um texto jurídico.

Sabemos que o fenômeno da interpretação do Direito é pensado a partir da hermenêutica jurídica. Ocorre que ao longo da história, diversos fatores influenciaram a expansão da aplicação do Direito na sociedade, como, por exemplo, a aquisição de direitos por parte de pessoas que antes não eram contempladas pelos aparatos legais. Toda essa ampliação das áreas de atuação do Direito foi responsável pela instauração de uma crise de legitimidade, que se manifestou na hermenêutica como uma incapacidade do discurso jurídico de oferecer categorias capazes de adequar o sentido das normas aos valores sociais.

O positivismo sociológico se desenvolveu nesse contexto, num processo em que se

percebeu que o Direito carecia de uma sustentação que transpasse a lei. Adotou-se, dessa forma, uma postura hermenêutica aberta a elementos metajurídicos, utilizando-se de argumentos sociológicos, políticos e morais. Porém, esses elementos que transpassavam o plano jurídico acabaram sendo incorporados ao direito positivo. O que antes era uma forma de suplementação do discurso jurídico, acabou por integrá-lo. Isso se deve, especialmente, à valoração dos princípios constitucionais, que passaram, inclusive a servir de esteio para a argumentação jurídica de forma indiscriminada.

Nessa toada, o desafio hermenêutico deixou de ser a busca por influências sociais e passou a procurar um ponto de encontro onde se pudesse garantir a aplicação das normas constitucionais. Esse panorama deu azo ao surgimento de uma dogmática de princípios constitucionais, de modo que a utilização dos mesmos se tornou uma tradição difícil de ser superada. É recorrente o uso de princípios constitucionais para se justificar qualquer decisão, o que traz um ar de banalização até.

Dessa forma, a partir dessa tentativa de vincular o discurso jurídico às influências sociais, o debate hermenêutico é gerado em torno da elaboração de categorias capazes de orientar uma fusão entre a deontologia e a teleologia, congregando o conjunto de deveres profissionais dos aplicadores do Direito à uma finalidade específica. Esse processo de reformulação sistemática acarretou um reforço do projeto moderno da busca de uma decisão valorativa racional, de modo que a interpretação continua a ser pensada como um processo racional de determinação do sentido da norma.

Entretanto, o senso comum dos juristas ainda é uma questão persistente. Desde os tempos de Maximiliano, os intérpretes ainda buscam a interpretação verdadeira do Direito. O problema nessa busca é que a valorização do historicismo fez com que se admitisse que a verdade muda com o tempo. E, assim, verdade tornou-se móvel e transitória. Em contrapartida, ainda permanece forte a ideia de que a interpretação jurídica deve ser objetiva e impessoal, em todos os momentos de aplicação do Direito.

O que se vê é uma tensão entre a literalidade da lei, a sistematicidade das normas e busca teleológica pela finalidade. Porém, esse embate não vislumbra grandes esforços para ser superado, sendo geralmente resolvido mediante uma articulação que tipicamente privilegia os argumentos gramaticais. Aliás, como diz Perelman o discurso é feito para persuadir e não convencer.

A questão é que essa valorização do historicismo e da teleologia permeou o senso comum dos juristas, fazendo com que ele passasse a instruir a forma como estes se posicionam frente à aplicação da lei. Percebe-se, infelizmente, que a articulação do senso

comum dos juristas ainda organiza o pensamento dogmático e orientando o discurso prático dos aplicadores do Direito.

Ocorre que a construção desse senso comum se fundamenta sobre o pressuposto de que existem sentidos linguísticos a serem desvendados por meio de métodos racionais de interpretação, e que uma interpretação racional do direito pode conduzir a uma aplicação técnica e, desse modo, imparcial, das normas aos casos concretos.

Possibilidade esta que foi posta à prova pelo neopositivismo lógico, eis que evidenciou os limites das linguagens ordinárias e sustentou claramente a impossibilidade de uma escolha valorativa racional. Essa negação da possibilidade de escolher racionalmente entre valores conflitantes marca as fronteiras da hermenêutica jurídica moderna, pois ela resulta de uma aplicação reflexiva das exigências modernas de racionalidade.

Dessa forma, evidencia-se uma divisão no que toca à posição do pensamento hermenêutico jurídico, que se vê entre a historicidade dos critérios que permitem a aferição da validade e a busca pela verdade. Assim, de um lado temos uma historicização que conduz ao abandono da possibilidade de uma crítica externa ao pensamento jurídico e que rompe com a tentativa de racionalizar o Direito mediante uma aproximação entre validade e verdade. E no outro, temos a verdade que muda constantemente em decorrência do tempo, mas que ainda tenta manter seus critérios impessoais.

2. A nova retórica de Perelman

A busca de Perelman por métodos que conduzissem à verdade foi o limite da hermenêutica moderna, e os desenvolvimentos filosóficos derivados desse giro linguístico tornaram muito clara a impossibilidade.

A afirmação de Wittgenstein de que deveríamos nos manter calados sobre toda metafísica²⁹ se estendeu para o direito, especialmente, na forma do ceticismo de Kelsen³⁰ sobre a cientificidade da dogmática e a afirmação de que não existe um método racional capaz de nos conduzir a uma verdade semântica sobre o direito, na medida em que inexistia um critério racional para orientar as escolhas valorativas.

²⁹ WITTGENSTEIN, *Tratado Lógico Filosófico*, 6-54.

³⁰ Vide KELSEN, *Teoria Pura do Direito*.

Dessa forma, a manutenção da objetividade científica exige a exclusão de todo juízo de valor, o que implica a impossibilidade de existir uma metodologia jurídica capaz de proporcionar escolhas valorativas objetivamente válidas. Kelsen diria: não há uma solução correta a se buscar, mas apenas uma decisão a ser tomada, mediante uma escolha discricionária efetuada por uma autoridade constituída. Não se trata de descobrir o sentido correto da norma, porque não existe um sentido correto a ser buscado por via interpretativa. Esse tipo de postura, que Dworkin chama de ceticismo externo³¹, causa um estranhamento muito grande nos juristas, pois o seu discurso prático continua apresentando a sua atividade como uma espécie de busca da interpretação correta.

Assim, estabeleceu-se uma real dúvida acerca da identidade entre o que os juristas efetivamente fazem e o que eles acreditam que fazem. Foi a percepção dessa divergência que moveu os realistas a buscarem uma descrição da atividade jurídica capaz de mostrar o que os juristas realmente fazem ao decidir os processos.

Contudo, esse tipo de perspectiva não gerou uma hermenêutica porque a inspiração empirista do realismo fez com que os autores vinculados a essa corrente desse prioridade à determinação dos modos como a realidade social condicionava a atuação dos juristas, especialmente dos juízes.

Ocorre que a validade não pode ser descrita em termos de uma idéia de justiça material a priori nem com uma categoria formal. Ideias de validade são construções metafísicas erguidas sobre uma falsa interpretação da força vinculante presente na consciência moral. Como todas as outras ciências, o estudo do direito deve ser, em última análise, um estudo de fenômenos sociais, da vida de uma comunidade humana; e a teoria jurídica deve ter como objetivo a interpretação da validade do direito em termos de eficácia social, ou seja, de uma certa correspondência entre a idéia normativa e o fenômeno social.

Nesse sentido, a descrição realista do direito possibilitava apenas uma relação estratégica com os demais juristas, de modo a tentar prever quais seriam as suas jogadas, dentro de uma visão que apresenta o direito como um grande jogo. Porém, a inspiração empirista do realismo buscava explicações causais para as atitudes dos juristas, o que não deu a devida relevância para a percepção, inspirada pela moderna filosofia da linguagem, de que a atuação dentro de um jogo linguístico não se deixa explicar por relações de causalidade, pois ele se conduz dentro de uma lógica argumentativa movida por uma rede de intencionalidades.

³¹ DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 78.

Assim é que, em vez de observar o direito como fato empírico, vários pensadores começaram a estudar o direito buscando compreender como se dão as interações linguísticas por meio das quais o direito opera. Aqui, ainda estamos frente a uma perspectiva externa, que busca renovar a descrição da atividade jurídica, sob inspiração das teorias da linguagem. Portanto, existe aqui uma espécie de realismo, mas não se trata mais de um realismo empírico-sociológico, e sim de um realismo linguístico.

Tentando resolver essa situação, muitos foram os juristas que caminharam para a criação de uma teoria retórica da argumentação. O principal deles foi Chaïm Perelman, que gerou o *Tratado da Argumentação: a nova retórica*, como uma forma de resposta do positivismo de Kelsen. Nessa mesma vertente, Perelman defendeu que não bastava desejar uma concepção mais ampla da razão: ‘cumpria também elaborar uma metodologia que permitisse pô-la em prática, elaborando uma lógica dos juízos de valor que não os fizesse depender do arbítrio de cada um’.³¹

Essa lógica dos juízos de valor não podia ser uma lógica formalizada com o mesmo rigor da lógica matemática, mas deveria oferecer elementos capazes de possibilitar a avaliação objetiva da validade de uma argumentação, que é medida em termos de adesão e não de verdade.

E, na medida em que a modernidade havia deixado de lado a retórica, pois a perspectiva demonstrativa da ciência moderna é construída justamente por uma formalização que busca anular o campo argumentativo, Perelman chama essa volta aos estudos dialéticos de nova retórica.

Decerto, a retórica clássica é um estudo acerca do modo como ‘certas técnicas argumentativas permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento’³² de tal forma que a argumentação retórica é sempre medida em relação a sua capacidade de gerar a adesão de um auditório. Nessa medida, os padrões retóricos sempre foram ligados aos discursos cuja função era a de persuadir.

Porém, há uma série de discursos que não se dirigem expressamente a um auditório, na medida em que eles pretendem conter enunciados objetivamente verdadeiros e que, portanto, não são sustentados por meio de argumentos persuasivos, mas por argumentos demonstrativos. Esse é o caso dos discursos da modernidade que são ligados a algum saber, tais como o filosófico, o científico e o dogmático jurídico.

³¹ PERELMAN, *Lógica Jurídica*, p. 137.

³² PERELMAN, *Tratado da argumentação: nova retórica*, p. 5.

Na modernidade, portanto, existe uma clara diferenciação entre os discursos teórico e retórico que se resolveu com a primazia do primeiro, pois somente ele é capaz de portar a verdade moderna, que é objetiva por ser impessoal. Nesse ponto, a modernidade se distancia da pré modernidade, em que a validade objetiva ainda se fundava em critérios tais como a revelação, a fé, a sabedoria, a autoridade e a tradição.

Por isso mesmo é que a modernidade enxergou a retórica como uma espécie de inimiga da verdade, pois o potencial retórico de uma argumentação nada tem a ver com a verdade impessoal que ela demonstre, mas apenas com a sedução pessoal que ela é capaz de produzir, sejam verdadeiros ou não as suas conclusões. Assim foi que os pensadores modernos consideraram racionais as argumentações demonstrativas, ao passo que as argumentações retóricas eram vistas como fomentadoras de ilusões e enganos.

É nessa toada que se pode dizer que a tentativa de Perelman teve um caráter revolucionário ao reintroduzir a retórica no campo da racionalidade, pois esse giro retórico implicava uma redefinição da própria noção moderna de razão.

Esse ponto era tão relevante que, logo na primeira frase da nova retórica, Perelman disse que a publicação de um tratado consagrado à argumentação constituía uma ruptura com uma concepção da razão e do raciocínio, oriunda de Descartes, que marcou com seu cunho a filosofia ocidental dos últimos três séculos.

Com sua obra, Perelman permitiu que fizéssemos uma releitura retórica dos processos de argumentação demonstrativa, mostrando que muitos deles não passavam de pseudo demonstrações. A longa pesquisa que culminou no tratado da argumentação deixou claro que os procedimentos retóricos não foram afastados discursos modernos, muito embora tais procedimentos deixassem de ser percebidos como elementos de retórica, pois eles foram inseridos em argumentações que pretendiam ser demonstrativas e impessoais.

Como esses discursos partiam de um *topoi*³³ que se considerava objetivamente válido e se desenvolviam segundo procedimentos dedutivos, eles não assumiam sua própria dimensão persuasiva. Assim, o trabalho de Perelman não foi um vasto relato que apontava a onipresença da retórica e sugeria que ela fosse percebida como tal.

³³ De origem Grega, *topoi* significa o ponto comum de partida de uma argumentação. O conceito surge com a tópica na Grécia Antiga, através de Aristóteles. Segundo ele, a tópica pertenceria ao campo da lógica dialética, visto que o raciocínio é dialético quando parte de opiniões geralmente aceitas e estas são aquelas que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas.

Portanto, não se tratou de um projeto de retomada da retórica propriamente dita, mas apenas dos estudos retóricos capazes de nos permitir uma compreensão adequada das práticas argumentativas que nunca deixamos de realizar. Devemos ter em mente que os discursos modernos, apesar de sua estrutura impessoal, devem ser compreendidos como dirigidos a um auditório.

Seguindo as trilhas da retórica tradicional, esse auditório deveria ser identificado com um grupo de pessoas concreto, às quais a argumentação buscava persuadir. Esse caminho tende a levar o discurso jurídico a uma fragmentação extrema, pois identificaria para cada argumentação um auditório específico, que poderia ser um juiz, um tribunal, uma sala de aula, a audiência de uma palestra, e assim por diante.

Porém, esse grau de fragmentação do discurso jurídico em discursos concretos dirigidos a auditórios específicos conduz à impossibilidade de se falar em um discurso jurídico geral, mas apenas a justaposição de discursos particulares, dirigidos a auditórios repletos de idiossincrasias. Se, por um lado, essa conclusão é coerente com a intuição realista de que não existem discursos nem auditórios abstratos, mas apenas discursos e auditórios concretos, por outro lado ela é incompatível com o fato de que nossos discursos muitas vezes não se dirigem a auditórios concretos, mas a um auditório abstrato.

O auditório a que se dirige um jornal, uma revista ou uma peça de publicidade poder normalmente ser determinado com bastante concretude. Porém, o discurso acadêmico, é composto por argumentos abstratos, que têm a pretensão de valer para além dos seus contextos imediatos. Essa pretensão de transcendência do contexto permeia mesmo os discursos que não pretendem conter uma verdade universal, imutável nem necessária. E é justamente essa pretensão que separa a nova retórica da retórica clássica, que era voltada apenas para as técnicas de persuasão de um auditório concreto, e não para a identificação das estruturas que regulam a argumentação perante um auditório abstrato.

Assim, a adesão de um auditório concreto a uma determinada tese é uma questão de fato, a ser medida em termos de eficácia, mas a possibilidade de um auditório abstrato aderir a uma determinada tese é uma questão de direito, a ser medida em termo de aceitabilidade e não de aceitação. Portanto, o valor objetivo de uma argumentação não pode ser medido em termos de sua aceitação por um auditório particular, mas apenas em termos de sua potencial aceitabilidade perante um auditório abstrato.

Perelman percebe que o auditório pode ser composto por vários processos de abstração, sendo um auditório de todos os homens, ou dos homens sábios, ou dos participantes de determinado grupo social ou religioso. E isso ocorre porque cada discurso retórico pretende a

adesão do outro, mas esse outro varia de acordo com as peculiaridades de cada argumentação.

Com isso, cada concepção projeta um auditório abstrato ao qual ela própria se dirige. É nessa passagem dos auditórios concretos para os auditórios abstratos que a nova retórica se distingue da retórica tradicional, pois essa diferenciação é ligada ao problema contemporâneo de descrever retoricamente um discurso que se apresenta como demonstrativo.

Nesse ponto, a saída de Perelman foi conceber a ideia de que o auditório abstrato a que se dirigia o discurso moderno era um auditório vazio, completamente impessoal. Uma das marcas principais do paradigma da modernidade filosófica é que o outro a que ela se dirige não é um auditório concreto, mas o conjunto de todos os indivíduos entendidos como seres racionais. Com isso, teríamos o mais abstrato dos auditórios, pois ele é de certa forma dirigido à própria racionalidade, a tal ponto que os discursos modernos pudessem chegar a não se perceber como práticas retóricas e persuasivas, mas como práticas teóricas e demonstrativas, que são impessoais tanto para quem fala, como para quem ouve.

O problema dos discursos modernos se colocaram não era o da aceitação, mas o da verdade objetiva, e isso se explica pelo fato de que eles se dirigiram inicialmente contra uma tradição que os rejeitava. A verdade objetiva e impessoal foi a saída moderna para poder argumentar consistentemente contra uma tradição teológica fundada em critérios de revelação e de autoridade.

Porém, desde que entendamos que esses discursos são dirigidos ao auditório abstrato que Perelman chamou de auditório universal, esse tipo de argumentação pode ser apreendida como uma prática retórica específica. Assim, por mais que esses discursos não se percebessem como expedientes retóricos, uma teoria retórica pode englobá-los na medida em que os considera como uma peculiar forma de argumentação, dirigida ao auditório universal.

De fato, Perelman não faz essa distinção conceitual entre auditório abstrato e auditório universal, pois ele trata todos os auditórios como abstratos como auditórios, ou seja, como auditórios universais vinculados a certos auditórios particulares que o projetam. Com isso, Perelman pretende afirmar a relevância filosófica e científica da nova retórica, na medida em que a teoria da argumentação passa a oferecer critérios para permitir a percepção e a orientação da prática teórica de produzir verdades pretensamente objetivas.

Dessa forma, a teoria de Perelman não é especificamente jurídica, mas trata-se de uma teoria geral da argumentação, que é aplicável ao plano do direito apenas na medida em que os juristas, como os filósofos e os cientistas, fazem afirmações cuja validade transcende o seu contexto imediato na medida em que integra a estrutura desses discursos o enunciado de verdades impessoais e objetivas.

Perelman propõe uma espécie de universalidade da retórica, oferecendo um discurso que pode interpretar todos os outros, inclusive os dedutivos, como tipos especiais de argumentação retórica. Porém, para poder englobar todos os tipos de argumentação, a retórica não pode se comprometer com a veracidade dos pontos de partida, mas apenas com a adequação entre os *topoi* utilizados no argumento e os *topoi* aceitos pelo auditório.

Nesse sentido, a retórica se aproxima da neutralidade da lógica, embora essa neutralidade se mostre de maneira distinta nessas disciplinas. A lógica formal é neutra na medida em que se liga apenas à estrutura dos argumentos, sendo indiferente o conteúdo da argumentação. Já a retórica tem uma acentuada preocupação material, pois a persuasão depende de uma ligação entre os valores do argumento e os valores do auditório. Assim, aparentemente, o conceito de auditório universal poderia servir como um conceito mediador, que permitisse agregar à retórica um conjunto de tópicos que seriam objetivamente válidos através da lógica, na medida em que ligados a um auditório abstrato universalizado.

Todavia, o que a nova retórica nos oferece é uma descrição de como lidamos com os juízos de valor e não de como deveríamos lidar com eles. Assim, o que Perelman ofereceu foi uma teoria analítica dos discursos jurídicos, evidenciando os seus elementos, suas estruturas, seus modos de organização, e não uma teoria normativa.

3. Interpretação e argumentação jurídica: da descoberta à justificação

Wittgenstein diz que a interpretação das regras baseia-se no fundo tácito de que obedecer a uma regra é uma prática³⁴. Charles Taylor recorre a concepção do referido filósofo para dizer que a interpretação das regras são incorporadas ao nosso corpo sobre a forma de hábitos, disposições e tendências³⁵.

³⁴ Nas Investigações Filosóficas, Wittgenstein analisa a linguagem humana enquanto uso, instituição e prática, elaborando um arcabouço conceitual, tais como jogos de linguagem, forma de vida e, inclusive, seguir uma regra. Nos §143-§242 encontra-se a reflexão de Wittgenstein sobre o conceito de seguir uma regra. No dia a dia estamos familiarizados com a palavra regra, porque, desde muito cedo, nós temos que seguir regras e estamos sujeitos à elas. No entanto, apesar da analogia, as regras a que Wittgenstein se refere concernem às regras gramaticais. A linguagem humana só é possível devido à regularidade da mesma, caso contrário, não existiria linguagem, uma vez que não existiriam critérios usuais. Sendo assim, a linguagem não é uma instituição privada, de um único indivíduo, mas é uma atividade pública, por isso os critérios de uso são públicos, e, assim, podem ser ensinados, compreendidos e praticados pela comunidade linguística.

³⁵ Vide TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self*.

Nesse ponto, devemos ter a noção da natureza social do *habitus*³⁶. Palavra que exprime infinitamente melhor que "hábito" a "*hexis*", o "adquirido" e a "faculdade" de Aristóteles³⁶. Ela não designa os hábitos metafísicos, eis que esses hábitos variam não simplesmente com os indivíduos e seus imitações, mas variam, sobretudo, com as sociedades, as educações, as conveniências e os prestígios.

Seguindo esta ideia, Schleiermacher percebeu que toda interpretação envolve a atribuição de sentido que o intérprete dá ao texto, eis que este é aquele que melhor pode corresponder a materialidade do texto com as situações concretas. Se de um lado temos um texto jurídico normativo que é uma criação do homem, como expressão de uma vontade dirigida à coordenação de interesses tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade, do outro, temos situações da vida muito distintas das pensadas pelo legislador.

Assim, a técnica interpretativa envolve a combinação de elementos subjetivos e objetivos, pela confluência das intenções subjetivas do legislador com os fins e imperativos jurídicos objetivos do texto mesmo. Aliás, quem interpreta um texto jurídico normativo a fim de resolver uma questão prática de seu tempo, traz para hoje uma obra do passado. E por conta dessa referência da hermenêutica jurídica ao historicismo que a verdade pode se tornar aleatória.

Com isso, então, o foco é deslocado não para se determinar o objetivo da interpretação, mas para definir quais são as melhores razões para justificar e fundamentar uma determinada atribuição de sentido, ou seja, qual a melhor técnica. Essas razões são os argumentos interpretativos. Eles foram inicialmente formulados como cânones ou regras fundamentais da interpretação jurídica por Savigny sob a influência da hermenêutica epistemológica metodológica de Schleiermacher, que propôs um catálogo de regras universalmente válidas da interpretação, que são os cânones de interpretação.

Conforme exposto, a hermenêutica de Schleiermacher analisa o processo da compreensão em duas dimensões: interpretação histórica e interpretação psicológica. A compreensão deve recriar a situação histórica e psicológica na qual se encontrava o autor do texto interpretado. O que deve ser compreendido não é apenas a literalidade das palavras e o seu sentido objetivo, mas também a individualidade do autor do texto interpretado.

³⁶ O conceito de *habitus* surgiu com Tomás de Aquino e foi estratificado pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu com o objetivo de pôr fim à antinomia existente entre indivíduo e sociedade dentro da sociologia estruturalista. Relaciona-se à capacidade de uma determinada estrutura social ser incorporada pelos agentes por meio de disposições para sentir, pensar e agir. Estas ações da mesma espécie compõem a *hexis* descrita por

A interpretação gramatical é alcançada a partir do conhecimento da totalidade da língua do texto. Foi seguindo nessa toada que Schleiermacher formulou os cânones de interpretação. Entre os cânones que defende Schleiermacher, ficamos agora com os dois são mais importantes. O primeiro diz que tudo o que necessita de uma maior determinação em um determinado contexto somente pode ser determinado por referência ao campo de linguagem partilhado pelo autor e pelo público inicial. O segundo traz a ideia de que o significado de cada palavra em um determinado passo deve ser determinado por referência a sua coexistência com as palavras que a rodeiam. Assim, a interpretação psicológica é alcançada a partir do conhecimento da totalidade da intenção e dos objetivos do autor.

É dever do intérprete investigar não apenas o texto, mas também o seu autor. Ler um texto é dialogar com o seu autor e encontrar a sua intenção, buscando compreender o seu espírito e decifrando os símbolos a partir das quais ele expressou seu pensamento. Portanto, a partir de um conhecimento histórico e linguístico adequado, o intérprete pode compreender melhor o autor do que este se compreendeu a si mesmo. O intérprete que segue conscientemente a sequência lógica do pensamento do autor terá de trazer para o nível da consciência muitos elementos que ficaram inconscientes para este último. Por isso, compreenderá melhor o autor do que este compreendeu a si próprio.

Além disso, Schleiermacher deu grande atenção ao círculo hermenêutico, que diz que a unidade do todo pode ser compreendida a partir das partes individuais, e as partes individuais podem ser compreendidas a partir da unidade do todo. Com isso, deu início a uma teoria universal da interpretação. Essas formulações levaram Savigny à formulação clássica dos cânones da interpretação jurídica³⁷, configurando o primeiro movimento em direção à metodologia da ciência jurídica. Daí, então, a interpretação gramatical, a interpretação histórica e a interpretação sistemática.

Desde a formulação clássica de Savigny, muitos critérios foram discutidos, muito especialmente sobre a interpretação dos textos normativos constitucionais. Contudo, permanece ainda aberta a questão sobre os meios interpretativos formulados pela metodologia clássica, uma vez que o aspecto literal gramatical não consegue decidir entre os vários significados da linguagem comum e da linguagem jurídica e também entre os próprios significados jurídicos.

Aristóteles como uma disposição prática, permanente e costumeira e automática.

³⁷ Vide SAVIGNY. *Metodologia Jurídica*.

Ademais, o aspecto histórico aparece multiplamente amalgamado com reflexões genéticas e teleológicas. E o aspecto sistemático quase nunca pode optar entre os diferentes pontos de vista da sistemática da forma do texto, do sentido e da matéria. Bem como o aspecto teleológico não é mais do que um conceito que serve para abraçar valorações de todas as ordens e origens, apontando para um campo ilimitado de possibilidades interpretativas.

Nesse sentido, e uma vez assumido que a atribuição de significado ao texto jurídico normativo deve ser justificada, os cânones da hermenêutica clássica devem ser compreendidos como argumentos de interpretação, ou seja, razões linguísticas, históricas, sistemáticas e teleológicas, que associadas às razões práticas gerais, de cunho moral, ético e pragmático, auxiliam na atribuição de sentido de um determinado texto jurídico normativo diante de uma situação concreta.

Se cada um dos argumentos interpretativos não se mostra suficiente para exclusivamente determinar o sentido a ser atribuído a um determinado texto jurídico normativo, então não pode ser formulada uma escala de hierarquia justificada entre eles e eles devem ser reunidos para, conjuntamente, integrar o conjunto de argumentos para determinada atribuição de sentido a uma disposição jurídica.

Esse é o ponto do processo interpretativo. A questão que se coloca é se é possível uma ordem na atividade do intérprete. Decerto, a interpretação das regras baseia-se no fundo tácito de que obedecer a uma regra é uma prática e podemos fazer uma extensão desta ideia de Wittgenstein para a interpretação de normas.

Aliás, como sabemos, uma norma jurídica em sentido estrito consubstancia-se em um comando deôntico de obrigação, permissão ou proibição, semanticamente completo em relação a todos os seus aspectos de aplicabilidade, englobando, assim, seus sujeitos, a conduta prescrita, as circunstâncias de tempo e espaço, e a sanção correspondente.

Então, o que inferimos, é que primeiro existe um momento de descoberta, e depois um momento de justificação. De acordo com Atienza, o contexto de descoberta corresponde a “descobrir ou enunciar uma teoria que, segundo a opinião geral, não é suscetível de uma análise de tipo lógico”³⁸.

Assim, trata-se de tarefa restrita a um processo psicológico desenvolvido pelo intérprete, permeado pela sua pré compreensão do texto.

³⁸ ATIENZA, *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*, p. 21.

Já o contexto de justificação “consiste em justificar ou validar a teoria, isto é, em confrontá-la com os fatos a fim de mostrar sua validade”³⁹. Essa outra atividade abrange necessariamente, mas não somente, a análise racional que busca convencer os outros da validade de suas conclusões. Quando nos debruçamos sobre o campo da argumentação, o contexto da descoberta compreende “o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão”.⁴⁰

Por outro lado, o contexto da justificação seria exatamente o fornecimento das razões para que seja tomada como válida a assertiva, que pode ser uma premissa ou conclusão, obtida pelo processo de descoberta, com fundamento num processo interpretativo. Nesse contexto, entra em jogo desde a pré compreensão do intérprete sobre o texto até a consideração das consequências do resultado da interpretação para o caso concreto.

Com isso, então, o foco talvez não esteja em determinar o objetivo da interpretação, mas em determinar quais são as melhores razões para justificar e fundamentar uma determinada atribuição de sentido. Nisso, então, está a união entre interpretação e argumentação. No procedimento de justificação de uma interpretação jurídica, o intérprete apresenta as razões que estão a favor da interpretação que pretende manter e apresenta contrarrazões em desfavor da interpretação que pretende afastar. Com isso, a interpretação é concebida como uma questão de argumentação. Assim, a justificação do sentido atribuído ao texto jurídico normativo pelo intérprete se desenvolve com a apresentação de argumentos e a concorrente verificação dos mesmos, como num esforço retórico de compreensão do sentido textual, configurando uma constante racionalização no processo de interpretação.

4. A lógica e o discurso universal

Decerto, a argumentação retórica envolve a capacidade de provocar ou aumentar a adesão de um auditório e a retórica clássica é um estudo acerca das técnicas argumentativas que permitem essa adesão⁴¹. Nessa medida, os padrões retóricos sempre foram ligados aos discursos cuja função era a de persuadir.

³⁹ ATIENZA, *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*, p. 21.

⁴⁰ ATIENZA, *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*, p. 22.

⁴¹ PERELMAN, *Tratado da argumentação*, p. 4.

Porém, há uma série de discursos que não se dirigem expressamente a um auditório, na medida em que eles pretendem conter enunciados objetivamente verdadeiros e que, portanto, não são sustentados por meio de argumentos persuasivos, mas por argumentos demonstrativos.

Distanciando-se da validade objetiva que ainda se fundava em critérios como a revelação, a fé, a sabedoria, a autoridade e a tradição, a modernidade enxergou a retórica como uma espécie de inimiga da verdade, pois o potencial retórico de uma argumentação nada tem a ver com a verdade impessoal que ela demonstre, mas apenas com a sedução pessoal que ela é capaz de produzir, sejam verdadeiras ou não as suas conclusões. Nesse ponto, a tentativa de Perelman de reintroduzir a retórica no campo da racionalidade foi inovadora, uma vez que esse giro retórico implicava uma redefinição da própria noção moderna de razão.

Com sua obra, Perelman considera que os discursos partem de um *topoi*, onde os argumentos são considerados objetivamente válidos e se desenvolvem segundo procedimentos dedutivos, sem que assumissem sua própria dimensão persuasiva. Portanto, não se tratou de um projeto de retomada da retórica propriamente dita, mas apenas dos estudos retóricos capazes de nos permitir uma compreensão adequada das práticas argumentativas que nunca deixamos de realizar.

Para Perelman, o grau de fragmentação do discurso jurídico em discursos concretos dirigidos a auditórios específicos conduz à impossibilidade de se falar em um discurso jurídico geral. Certamente, por um lado essa conclusão é coerente com a intuição realista de que não existem discursos nem auditórios abstratos, mas apenas discursos e auditórios concretos.

Entretanto, por outro lado ela é incompatível com o fato de que nossos discursos muitas vezes não se dirigem a auditórios concretos, mas a um auditório abstrato. A separação entre a nova retórica e a retórica clássica está exatamente nessa pretensão de superação de um contexto que permeia os discursos que não pretendem conter uma verdade universal imutável. Esta última era voltada apenas para as técnicas de persuasão de um auditório concreto, e não para a identificação das estruturas que regulam a argumentação perante um auditório abstrato.

Cabe, assim, ressaltar que a adesão de uma determinada tese por um auditório concreto é uma questão de fato, medida em termos de eficácia e aceitação. Por outra via, a possibilidade de um auditório abstrato aderir a uma determinada tese é uma questão de direito, que envolve termos de aceitabilidade e não de aceitação.

Perelman percebe que um auditório abstrato pode ser composto por vários processos

de abstração, sendo um auditório de todos os homens, ou dos homens sábios, ou dos participantes de determinado grupo social ou religioso. E isso ocorre porque cada discurso retórico pretende a adesão do outro, mas esse outro varia de acordo com as peculiaridades de cada argumentação. Assim, o outro de um discurso cristão pode ser diferente do outro de um discurso político ou literário.

Com isso, cada concepção projeta um auditório abstrato ao qual ela própria se dirige. É nessa passagem dos auditórios concretos para os auditórios abstratos que a nova retórica se distingue da retórica tradicional, pois essa diferenciação é ligada ao problema contemporâneo de descrever retoricamente um discurso que se apresenta como demonstrativo.

Nesse ponto, a saída de Perelman foi considerar que o auditório abstrato a que se dirigia o discurso moderno era, na realidade, um auditório vazio e completamente impessoal, uma vez composto por um conjunto de indivíduos entendidos como seres racionais. Este seria o mais abstrato dos auditórios, pois ele é de certa forma dirigido à própria racionalidade.

E foi esse auditório abstrato que Perelman chamou de auditório universal. A argumentação, aqui, não se fundamenta em uma dicotomia retórica e persuasiva, mas sim com uma prática teórica e demonstrativa, impessoal tanto para aquele que fala como para aquele que ouve.

Com isso, a nova retórica e sua teoria da argumentação passam a oferecer critérios para que seja possível perceber e orientar a prática teórica a produzir verdades pretensamente objetivas. Porém, para poder englobar todos os tipos de argumentação, a retórica não pode se comprometer com a veracidade dos pontos de partida, mas apenas com a adequação entre os *topoi* utilizados no argumento e os *topoi* aceitos pelo auditório. Nesse sentido, a retórica se aproxima da neutralidade da lógica formal.

Decerto, a lógica formal é neutra porque se liga apenas à estrutura dos argumentos e o conteúdo da argumentação passa a ser indiferente. Já a retórica tem uma acentuada preocupação material, pois a persuasão depende de uma ligação entre os valores do argumento e os valores do auditório. Assim, aparentemente, o conceito de auditório universal poderia servir como um conceito mediador entre a lógica e a retórica, na medida em que permitisse agregar argumentos objetivamente válidos a um auditório abstrato universalizado.

Entretanto, o que a nova retórica não nos diz é qual seria o mecanismo de controle da racionalidade daquele que discursa. Embora Perelman inicie a Nova Retórica informando sua pretensão em elaborar uma metodologia que permitisse pôr a razão em prática e elaborar uma lógica dos juízos de valor que ultrapassasse o arbítrio de cada um, ao final de sua obra vemos

que tal metodologia não foi criada.

Ele acaba oferecendo uma teoria de análise dos discursos, mais preocupada com uma descrição de como lidamos com os juízos de valor e não com a forma como deveríamos lidar com eles. A ideia que fica é a de que a retórica não pode nos ajudar a fixar esses elementos de uma maneira universalista, especialmente porque o próprio auditório universal não passa de uma abstração construída a partir dos valores dos auditórios concretos. Então, dentro de sua percepção, não existe propriamente um auditório universal, mas sim vários auditórios universais.⁴²

⁴² PERELMAN, *Tratado da argumentação*, p. 38.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Começamos este estudo falando sobre a atividade humana de atribuir sentido as coisas por meio da interpretação. O momento em que o homem consegue converter a mera existência em uma existência significativa, não se limitando somente a pôr-se em frente aos outros, mas conferindo sentido ao ser e, assim compreendendo a si mesmo e a pluralidade que permeia a existência. Afinal, somos ecos de verdades e dúvidas, movidos pela nossa vitalidade. E o mundo é uma prova para testarmos nossas experiências diretas, bem como a visão é um teste para saber se podemos ver além dela.

É diante dessa nossa capacidade infindável de dar sentido aos signos que inventamos que construímos leis, teorias, verdades e inverdades. Vivemos em um mundo repleto de discursos que lhe confere sentido e todos os sentidos do mundo são metafísicos. Portanto, a vida não pode escapar da metafísica sem perder sua significação. Só existe vida significativa do lado de dentro do mundo da vida e, portanto, não podemos abdicar de algum discurso interno. Se abdicarmos de nosso próprio discurso, perderemos a virtude de assumir a responsabilidade por quem somos, como já diz Sartre. Só se pode ser respeitado pelas atitudes que tomamos por nós mesmos. E isso reverbera em nossos discursos.

Assim, a busca da neutralidade científica, especialmente no direito, representa uma espécie de fuga do peso da responsabilidade que todos os juristas tem pela vida do outro. Dworkin está certo, o problema da existência de uma resposta correta nada tem de epistêmico, essa é uma questão ética. Kelsen, talvez, também tenha acertado quando falou que os juristas fazem coisas muito diversas das que eles dizem fazer e que não existe uma verdade valorativa a ser buscada. Porém, é no discurso interno que os juristas conferem sentido a sua própria atividade, e faz parte desse sentido organizar os discursos na busca de uma solução correta.

A conclusão é que ninguém é externo a si mesmo, e por isso a hermenêutica se opõe à mitologia objetivante da ciência, que se mantém sobre uma conturbada diferenciação entre sujeito e objeto. Esse estudo não seria o mesmo não fosse a hermenêutica impedindo a formação de lugares cristalizados e de verdades permanentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2ª ed. Brasília: UnB, 1992.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BACHELARD, Gaston. *Epistemologia*. Lisboa: Edições 70. 2008.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método*. Brasília: UnB, 2008.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. Brasília: UnB, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2007.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*. São Paulo: Loyola, 2004.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Edição Acrópolis. E-book.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1ª versão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2ª ed., 1982.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. São Paulo: Revista Forense, 1999.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Obras Incompletas*. São Paulo: Nova Cultural. 1999.
- PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PLATÃO. *Obras incompletas*. São Paulo: Nova Cultural. 1996.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes. 2004.
- PESSÔA, A *Teoria da interpretação jurídica em Emilio Betti*. São Paulo: Sergio Fabris. 2002.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Metodologia Jurídica*. Buenos Aires: De Palma. 1994.
- SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica: Arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Editora

Vozes. 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas*. 2a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.