

SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI

**JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA E SOCIEDADE NA
VISÃO DE AULIS AARNIO**

Florianópolis - Santa Catarina
1997

SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI

**JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA E SOCIEDADE NA
VISÃO DE AULIS AARNIO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-Graduação em Direito. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

Florianópolis - Santa Catarina
1997

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA E SOCIEDADE NA VISÃO DE AULIS AARNIO

elaborada por

SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

FLORIANÓPOLIS (SC),

BANCA EXAMINADORA:

Rocha

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Presidente.

Jose Alcebiades

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Jr. Membro

Katya Kozicki

Prof.ª Msc. Katya Kozicki

Membro

Professor Orientador:

Rocha

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Curso:

Balthazar

Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar

“(...) Porque eu sou do tamanho do que vejo
E não do tamanho da minha altura...”

Alberto Caeiro

“Sei que nunca terei o que procuro
E que nem sei buscar o que desejo,
mas busco, insciente, no silêncio escuro
E pasmo do que sei que não almejo”.

(Fernando Pessoa)

A Audete e Sílvia, meus pais, cujo exemplo de integridade, bondade e perseverança tem sido fonte de estímulo e de consolo, diante das venturas e desventuras da vida;

A João Alexandre, irmão e amigo.

AGRADECIMENTOS

Para a realização deste trabalho, o apoio e a presença de algumas pessoas foram fundamentais. Agradeço a todos os que colaboraram de algum modo, e especialmente:

As minhas avós, Marina e Ludmila, e a Zaida, Lucy, Loreni, Lenira e Fani, pelo constante incentivo.

A todos os amigos, com quem dividi a angústia da espera e as alegrias do dever cumprido. A Cláudia e Benoni, fiéis companheiros desde o "Pet". Aos colegas de curso, cuja amizade perdura até hoje: Reinaldo, Leilane, Cristiane, Cristiano e Ricardo. E também Cecília, Cláudia Barbosa, Vera, Katya e Letícia.

A Katia Rubio, sempre prestativa, e a Luciano, pela digitação final.

Ao "PET/CAPEs", referência essencial, e ao CNPq, pelo auxílio inicial.

A Dilsa, Rose, Gilvana, Maria Helena, Dona Ivonete e Melissa, sempre atenciosas e solidárias.

Aos Professores Christian Guy Caubet e Índio Jorge Zavarizzi, pelas valiosas lições e oportunidades, confiança, estímulo e seriedade acadêmica, desde os tempos da graduação.

Ao Prof. Luiz Alberto Warat, pelo alargamento dos horizontes e pela invenção no (do) Direito.

Aos Professores Katya Kozicki e José Alcebiades de Oliveira Júnior, pela atenção na análise deste trabalho e pela sagacidade dos questionamentos, que abrem novas possibilidades para prosseguir na pesquisa.

Finalmente, a Leonel Severo Rocha, professor e "tutor" desde os tempos do "Pet", orientador deste trabalho, influência constante, sobretudo pela defesa da democracia e da teoria do Direito, mas, antes de tudo, amigo.

SUMÁRIO

RESUMO

RESUMÉ

INTRODUÇÃO	1
1. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A QUESTÃO METODOLÓGICA ATUAL	6
1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	6
1.2. PANORAMA HISTÓRICO DO DEBATE METODOLÓGICO ATUAL	9
1.2.1. ORIGEM: O DOMÍNIO POSITIVISTA NO SÉCULO XIX	9
1.2.2. Kelsen E A TEORIA PURA DO DIREITO	14
1.2.3. NOVOS HORIZONTES NO PENSAMENTO JURÍDICO METODOLÓGICO	15
1.2.3.1. TEORIA ANALÍTICA DO DIREITO	16
1.2.3.2 LÓGICA JURÍDICA	19
1.2.4. A “VIRAGEM HERMENÊUTICA DA JURISPRUDÊNCIA”	20
1.2.5. TÓPICA E RETÓRICA: A CAMINHO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	22
1.2.5.1 A TÓPICA DE VIEHWEG	23
1.2.5.2. PERELMAN E A NOVA RETÓRICA	25
1.3. A VERSÃO ATUAL DA METODOLOGIA JURÍDICA: A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO	29
1.3.1 CARACTERIZAÇÃO GERAL	29
1.3.2 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: FUNÇÕES E CLASSIFICAÇÃO	32
1.3.3 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO, DISCURSO PRÁTICO E ÚNICA RESPOSTA CORRETA	34
1.4. VISÕES CONTEMPORÂNEAS DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	36
2. SOBRE “LO RACIONAL COMO RAZONABLE” DE AULIS AARNIO: UMA TEORIA SOCIAL DA JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA.	41
2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	41
2.2. O SIGNIFICADO DA JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS	44

2.2.1. SOCIEDADE, DEMOCRACIA E JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA: A IMPORTÂNCIA DA CERTEZA DO DIREITO.....	44
2.2.2. CRISE DO ESTADO E CRISE DO DIREITO:DESAFIOS À CERTEZA DO DIREITO.....	48
2.3. O ENFOQUE TEÓRICO DE AARNIO NO ESTUDO DA JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA.....	53
2.3.1. O “PONTO DE VISTA” DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	53
2.3.2. O CONCEITO DE DOGMÁTICA JURÍDICA.....	56
2.3.3. O CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO.....	58
2.3.4. QUESTÕES FILOSÓFICAS SUBJACENTES À JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA.....	59
2.4. A ONTOLOGIA DO DIREITO.....	61
2.4.1.OS JOGOS DE LINGUAGEM E A ONTOLOGIA JURÍDICA....	61
2.4.2. A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA.....	63
2.4.2.1.VALIDADE SISTÊMICA.....	64
2.4.2.2. EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA.....	66
2.4.2.3. ACEITABILIDADE DA NORMA JURÍDICA.....	67
2.5. A METODOLOGIA DA INTERPRETAÇÃO NA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	69
2.5.1. CONCEITOS GERAIS.....	69
2.5.2. CARACTERIZAÇÃO GERAL DA INTERPRETAÇÃO E DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO.....	74
2.5.2.1. A INTERPRETAÇÃO COMO PROCESSO HERMENÊUTICO....	74
2.5.2.2. A NATUREZA ESPECIAL DA INTERPRETAÇÃO NA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	77
2.5.2.3. ESTRUTURA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E AUDIÊNCIA.....	82
3. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E EXIGÊNCIA DE CORREÇÃO...	88
3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	88
3.2. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E ACEITABILIDADE RACIONAL	92
3.2.1. A ACEITABILIDADE RACIONAL.....	94
3.2.1.1. TEORIA PROCEDIMENTAL DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: CONSIDERAÇÕES GERAIS E REGRAS DO DISCURSO RACIONAL.....	101
3.2.1.2. TEORIA SUBSTANCIAL DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: VALORES, VALORAÇÕES E FORMA DE VIDA.....	104
3.2.1.3. ACEITABILIDADE RACIONAL E AUDIÊNCIA.....	110
3.3. AARNIO X DWORKIN: ESBOÇO DE UMA DIVERGÊNCIA EM TORNO DA EXISTÊNCIA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA..	114

3.3.1. A VISÃO DE RONALD DWORKIN: O DIREITO COMO INTEGRIDADE	115
3.3.2. "HÉRCULES X COMUNIDADE JURÍDICA II"	120
3.3.3. RESPOSTA CORRETA E AUDIÊNCIA	126
3.4. O PRINCÍPIO DA MAIORIA	130
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148

RESUMO

Esta dissertação aborda o problema da conciliação entre certeza e legitimidade (correção) do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. Centra-se na busca do método apto a conduzir à interpretação (decisão) correta na aplicação do Direito. Seu fundamento é a obra do autor finlandês Aulis AARNIO, "Lo racional como razonable". Seu objetivo é verificar como se constrói uma teoria da justificação (argumentação) jurídica que seja adequada do ponto de vista social, considerando-se as peculiaridades das Democracias contemporâneas. A partir de esquemática revisão histórica da investigação jurídico-metodológica, chega-se a sua versão atual, a Teoria da Argumentação Jurídica. É este o contexto teórico de AARNIO, que se concentra no exame do comportamento argumentativo dos juristas, especialmente dos juizes, procurando estabelecer critérios de racionalidade e controle de correção para as decisões jurídicas. Consciente de que, na justificação jurídica, se confere um papel central a valores e valorações, AARNIO procura encontrar seus traços racionalistas, levando em conta a expectativa social de certeza jurídica, consubstanciada nas exigências de previsibilidade, racionalidade e aceitabilidade material do Direito. A justificação jurídica deve consistir num procedimento dialógico racional entre o intérprete e a audiência (particular)

ideal (comunidade jurídica que aceita as regras do discurso racional), prevalecendo a solução que obtém a adesão da maioria, observado o marco da ordem jurídica vigente e do sistema de valores dominante na sociedade. Adepto de moderado relativismo axiológico, AARNIO se opõe a DWORKIN por não admitir uma única resposta correta no Direito. Porém, seu critério de correção da interpretação jurídica é eminentemente procedimental, o que, sendo necessário, não é suficiente para garantir a correção da aplicação do Direito na Democracia.

RESUMÉ

Cette dissertation aborde le problème de la conciliation de la certitude du Droit avec sa légitimité (correction), dans les sociétés démocratiques contemporaines. Son intérêt central est la recherche de la méthode apte à conduire jusqu'à l'interprétation (décision) correcte, dans le domaine de l'application du Droit. Son fondement est l'oeuvre de l'auteur finlandais, Aulis AARNIO, "Lo racional como razonable". Son but est vérifier comment peut-on construire une théorie de la justification (argumentation) juridique socialement convenable, en considérant les singularités des Démocraties contemporaines. Après une schématique revision de l'histoire de la recherche méthodologique du Droit, il faut connaître sa version actuelle: la Théorie de l'Argumentation Juridique. AARNIO est inseré dans ce contexte et se concentre à examiner la conduite argumentative des juristes, surtout des juges. Il cherche à établir des critères de rationalité et de contrôle de correction, appropriés aux décisions juridiques. Conscient du rôle décisif des valeurs et des valorations dans la justification juridique, AARNIO cherche à découvrir les traits rationnels de celle-ci, en faisant attention à l'expectative social de certitude, qui, du Droit, exige qu'il soit prévisible, rationnel et matériellement acceptable. La justification juridique doit consister en une procédure dialogique rationnelle entre l'interprète et

l'audience (particulière) idéal (la communauté juridique qui accepte les règles du discours rationnel). La solution qui arrive à l'adhésion majoritaire, respectés l'ordre juridique en vigueur et le système de valeurs dominant dans la société, doit prédominer. Partisan d'un relativisme modéré dans ce qui concerne aux valeurs, AARNIO fait opposition à DWORKIN: AARNIO ne peut pas admettre qu'il n'existe qu'une seule réponse correcte en Droit. Cependant, son critère de correction de l'interprétation juridique, essentiellement concentré sur la procédure de décision - quoiqu'il soit nécessaire -, n'est pas suffisant pour assurer la correction de l'application du Droit dans les Démocraties.

INTRODUÇÃO

Estabelecer o sentido do Direito e de sua incidência no cotidiano social é uma das preocupações constantes do pensamento jurídico, em que questões de diferentes ordens (jurídicas, práticas, políticas...) se entrelaçam na busca das "condições de possibilidade para a tomada de decisão"⁽¹⁾ correta.

A tensão inerente ao fenômeno jurídico entre sua certeza (racionalidade) e sua legitimidade (justiça) se manifesta em todos os contextos de aplicação do Direito e, em maior grau, na instância judicial. Esta, além de ser a sede última de estabilização dos conflitos sociais, representa o exercício de um dos poderes do Estado. Nesta medida, em sociedades democráticas, deve corresponder às expectativas sociais na concretização da ordem jurídica, abrindo-se à crítica e ao controle através da fundamentação de suas decisões⁽²⁾.

⁽¹⁾ A expressão é de Tércio Sampaio Ferraz Jr. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.p.309.

⁽²⁾ Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, dispõe que: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)".

Contudo, para que realmente sejam satisfeitas as necessidades de certeza e justiça do Direito, é preciso dotá-lo de um método capaz de garantir a objetividade e o controle de sua aplicação prática, sua racionalidade.

A busca do caminho que leva ao Direito correto é objeto da Filosofia do Direito - basicamente através da Metodologia do Direito -, há muito tempo. Não se pode saber o que é uma decisão justa ou correta, sem que se saiba como se reconhece tal decisão.

Na atualidade, esta temática vem se desenvolvendo no interior das ordens jurídicas concretas, através da análise do comportamento argumentativo dos juristas, especialmente dos juízes. É a versão moderna da investigação jurídico-metodológica, a Teoria da Argumentação Jurídica, que se centra no estudo da justificação das decisões judiciais.

Neste trabalho, analisa-se esta problemática sob a ótica de um autor: o finlandês Aulis AARNIO, principalmente a partir de seu tratado sobre a justificação jurídica, cujo sugestivo título é "Lo racional como razonable".

No pensamento de AARNIO, destaca-se a preocupação com a ênfase que atribui aos traços sociais da justificação jurídica nas Democracias contemporâneas, o que acentua e justifica o interesse em examinar suas idéias, a fim de verificar as exigências que as sociedades democráticas impõem aos juristas, e especialmente aos juízes, no processo de realização do Direito.

Assim, o primeiro capítulo se divide em três partes destinadas a apresentar o contexto em que se insere o pensamento de AARNIO. Na parte inicial, procurando estabelecer as origens da corrente de investigação jurídica em que se pode incluir o autor - a Teoria da Argumentação Jurídica -, será apresentado um breve panorama da evolução histórica do debate metodológico no Direito. Em linhas gerais, serão descritos os aspectos centrais das soluções preconizadas pelas diferentes linhas de pensamento, destacando-se aquelas que maior influência têm no atual estágio da discussão metodológica, seus representantes principais e sua abordagem da função judicial. Enfoque especial será dado à renovação do pensamento tópico ou retórico, precursor direto da Teoria da Argumentação Jurídica, com particular ênfase nas idéias básicas de PERELMAN, devido aos seus reflexos na teoria de AARNIO. Na segunda parte, será analisada especificamente a moderna Teoria da Argumentação Jurídica, apresentando-se suas principais características, interesses cognitivos e funções, e, inclusive, sua preocupação com a tese da resposta correta, a fim de se introduzir esquematicamente a temática e a terminologia básicas da investigação metodológica atual e do próprio AARNIO. Na terceira parte, serão sinteticamente expostas as visões de alguns autores filiados à moderna Teoria da Argumentação Jurídica. Pretende-se, desta forma, possibilitar ao leitor o confronto pontual entre AARNIO e outros estudiosos da argumentação, inclusive Robert ALEXY - o principal representante desta corrente na atualidade.

O segundo capítulo se volta à exposição sintetizada das principais idéias de Aulis AARNIO sobre a argumentação (justificação) jurídica, expostas na obra referida, com o intuito de coletar subsídios para o desenvolvimento ulterior do trabalho. Seguindo bem de perto os objetivos do autor e sem ingressar completamente no enfoque da tese da resposta correta, serão abordados os aspectos ontológicos e metodológicos da interpretação (justificação) jurídica, sendo sempre priorizados seus aspectos sociais nas Democracias ocidentais contemporâneas.

O terceiro capítulo trata da tese central de AARNIO, seu modelo ideal de justificação jurídica: a aceitabilidade racional, através da qual se opõe à doutrina da resposta correta. A abordagem se divide em quatro momentos. No primeiro, será apresentada a tese da resposta correta e introduzidas a visão de AARNIO e sua oposição a Ronald DWORKIN. No segundo, serão expostos sinteticamente os principais aspectos da proposta de AARNIO, buscando esclarecer algumas de suas influências. No terceiro, a fim de se analisar algumas das conseqüências e possibilidades da aceitabilidade racional nas sociedades democráticas contemporâneas, será traçado um breve paralelo pontual entre as visões de AARNIO e DWORKIN, após a apresentação de apenas alguns tópicos principais da complexa teoria deste último, sobretudo no que se refere à tese da resposta certa. A comparação será restrita à questão referida e muito limitada, em razão do enfoque deste trabalho, precipuamente voltado ao pensamento de AARNIO e à justificação do Direito nas

Democracias contemporâneas. No quarto momento, serão esboçadas algumas ponderações críticas acerca do modelo de AARNIO.

O método utilizado no trabalho é o indutivo. Partindo-se de premissas particulares das diferentes escolas da investigação jurídico-metodológica e da versão moderna desta pesquisa, percorre-se o ensaio de Aulis AARNIO, para se verificar como se constrói uma teoria da justificação jurídica socialmente adequada e as implicações que a mesma possui nas Democracias contemporâneas ocidentais.

Finalmente, releva notar que, embora AARNIO esteja inserido no contexto de um Estado de Bem-Estar Social - em que as garantias democráticas possuem grande efetividade e o desenvolvimento já é, de fato, pós-industrial -, o exame de suas idéias à luz de realidades mais problemáticas não é inoportuno. Ao contrário, é exatamente nos lugares em que a Democracia e o desenvolvimento sócio-econômico ainda estão se afirmando, que a preocupação fundamental de AARNIO com a adequação social do Direito e sua capacidade de responder às demandas sociais de previsibilidade e justiça adquire especial relevo e urgência.

1. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A QUESTÃO METODOLÓGICA ATUAL

1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No Direito, interpretação e aplicação são fases de um mesmo processo, cujo objetivo é a decidibilidade dos conflitos sociais. Determina-se o sentido da norma jurídica em função de sua aplicabilidade. Ao ser aplicado, o Direito interfere concretamente no meio social, estabelecendo aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido.

No entanto, o Direito não fornece claramente todas as respostas. Da vagueza da linguagem jurídica e da incompletude e deficiências do sistema jurídico, que não dá conta de todas as situações possíveis, decorrem várias alternativas de interpretação e decisão. Na escolha de uma delas, não se pode prescindir de valorações, que são sempre moralmente relevantes na medida em que se referem à conduta humana na sociedade.

Diante da *irreduzível margem de livre apreciação judicial*⁽¹⁾ que disto advém, torna-se necessário controlar racionalmente as decisões

⁽¹⁾ LARENZ se refere à *irreduzível margem de livre apreciação por parte do juiz*, que compara à textura aberta de HART, não somente na concretização de pautas de valoração carecedoras de preenchimento, mas também em julgamentos de casos de fronteira, em que a lei não forneça limites rígidos. Esclarece que, nestes casos, sendo obrigado a decidir, o juiz deve buscar a solução justa e, se for preciso, basear-se em suas convicções pessoais. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.p. 353-5.(Trad. José Lamego).

jurídicas, para evitar que se reduzam a um mero exercício arbitrário de vontade de quem decide. Surge assim a exigência de justificação das decisões.

A obrigação de fundamentar as decisões permite avaliar a adequação social das mesmas e verificar sua correção e racionalidade, à luz da ordem jurídica vigente. É, pois, condição de legitimidade do Direito nas sociedades contemporâneas. Está entrelaçada com a busca da segurança jurídica, comum aos mais diversos sistemas jurídicos, e com a necessidade de controlar o exercício do poder na sociedade.

Esta necessidade reflete dúvidas recorrentes da investigação jurídico-metodológica: existe uma resposta correta para cada caso? Como se pode chegar à resposta correta? Como pode (e deve) o juiz encontrá-la?

Estas questões têm sido respondidas de diversas formas pela Metodologia do Direito, desde o século passado, pois envolvem uma séria reflexão sobre o próprio significado do fenômeno jurídico e suas relações com outros relevantes setores da vida social, como a Moral, a Cultura e a Política. Há acordo apenas em um ponto: a decisão jurídica não é o resultado de uma simples subsunção lógica de fatos comprovados a normas jurídicas vigentes⁽²⁾. Porém, não se logrou descobrir o caminho que conduz à resposta certa. Atualmente, os esforços se concentram no exame da forma

⁽²⁾ O acordo sobre este ponto é referido por ALEXY, que comenta a constatação de LARENZ a este respeito. In: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p.23. (Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo).

através da qual as decisões são justificadas. Pretende-se controlar o resultado das decisões a partir do controle do próprio procedimento decisório. Esta análise é realizada pela moderna Teoria da Argumentação Jurídica, a versão contemporânea da Metodologia do Direito.

Assim, para uma adequada compreensão da atual investigação jurídico-metodológica, apresentar-se-á, no presente capítulo, um brevíssimo panorama sobre a evolução histórica do debate metodológico no Direito, iniciado com SAVIGNY. Neste aspecto, centrar-se-á o enfoque apenas nas diferentes soluções doutrinárias para o controle da atividade judicial e a busca da interpretação correta, fazendo-se, em linhas gerais, referência às principais correntes e respectivos representantes e destacando-se alguns movimentos particulares, cujas idéias se refletem na investigação atual e nas idéias de AARNIO. Em seguida, discorrer-se-á sobre as características, objeto e funções da moderna Teoria da Argumentação Jurídica, inclusive no que tange à busca da resposta correta. E, para fornecer uma visão do estágio atual das investigações, serão mencionadas sinteticamente algumas idéias de diferentes autores. Com isto, pretende-se contextualizar o pensamento de Aulis AARNIO, objeto central desta dissertação, destacando-se seu enfoque pessoal para a questão da resposta correta no Direito e reunindo subsídios para o desenvolvimento ulterior do trabalho.

1.2. PANORAMA HISTÓRICO DO DEBATE METODOLÓGICO ATUAL

1.2.1. ORIGEM: O DOMÍNIO POSITIVISTA NO SÉCULO XIX

Historicamente, constata-se que o debate metodológico em torno da interpretação correta no Direito tem oscilado entre duas orientações. Alguns adotam um critério subjetivo, comumente identificado com a vontade do legislador, ao qual o intérprete deve se ajustar. Outros defendem um critério objetivo, a vontade da lei.

Esta divergência remonta a SAVIGNY, considerado o iniciador da moderna teoria do método jurídico, na Alemanha, no século XIX. Este período é marcado pela herança do jusnaturalismo racionalista anterior, ou seja, o desenvolvimento de um Direito sistemático e predominantemente escrito, destinado à organização social com base na razão. O Iluminismo racionalista, além de propiciar transformações sócio-políticas (Revolução Francesa, capitalismo incipiente), confere ao Direito, antes estável (tradição sagrada dos antigos, origem divina medieval, Direito natural racionalista dos séculos XVI/XVIII), um caráter instrumental, que surge da positivação do Direito.

A consciência da mutabilidade do Direito provoca reações românticas. SAVIGNY funda a chamada Escola Histórica do Direito, afirmando que este não é produto da razão, mas de um fator objetivo, o "espírito do povo". A espontânea convicção jurídica comum do povo permite organizar as relações

básicas e concretas da vida em institutos jurídicos, dos quais devem ser "intuídas" e extraídas as regras jurídicas. O Direito não depende da vontade do legislador, pois é determinado cultural e temporalmente, através da constante evolução dos institutos jurídicos existentes na consciência comum, os quais mantêm entre si um nexó orgânico que deve ser buscado pelo intérprete. Na interpretação, além dos elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático, SAVIGNY admite os métodos extensivo e restritivo.

Ao caráter objetivista da historicidade do Direito, opõe-se a Jurisprudência dos Conceitos, a pandectística alemã (cuja versão francesa é a Escola da Exegese). Seu principal expoente, PUCHTA, retoma o dogma da vontade do legislador. O "espírito do povo" é agora apreendido pelo autor da lei e transformado em conceitos jurídicos. O Direito é visto como um sistema conceitual-abstrato (uma "pirâmide de conceitos"), em cujo topo está o conceito fundamental (dado pela Filosofia do Direito). Através de um processo lógico-dedutivo e segundo o princípio da subordinação, de conceitos mais abrangentes extraem-se outros mais especiais, de menor conteúdo, até se chegar às situações de fato e consequências jurídicas concretas.

Este intenso formalismo conceitualista leva ao positivismo legal racionalista de WINDSCHEID, que, aproximando-se da teoria objetivista, recorre ao legislador racional e defende que a interpretação deve buscar a racionalidade objetiva da vontade do legislador. O juiz deve desenvolver a lei de acordo com seus princípios, ou seja, conforme a finalidade nela encerrada.

A tendência objetivista vai se afirmar paulatinamente, entre o fim do século XIX e o início do século XX, através de autores como BINDING, WACH, KOHLER, RADBRUCH e SAUER. Intenta-se preencher com conteúdo os conceitos vazios e abstratos da lei. Na interpretação, a partir da primazia à lei, deve o intérprete pensar até o fim o que já foi pensado, não se atendo apenas à racionalidade formal, mas desenvolvendo a racionalidade imanente do preceito legal - entendida esta como a teleologia ou finalidade do mesmo.

O pensamento lógico-formal dominante não dota a lei de qualquer sentido e, segundo LARENZ, "sob as vestes do historicismo, ocultava quase sempre uma índole '*racionalista*' e que (embora inconfessadamente), na medida em que considerava o Direito '*positivo*' como um '*organismo racional*' e assim o procurava compreender, alguma coisa conservava do pensamento '*jusnaturalista*'"⁽³⁾.

Para afastar definitivamente o Direito natural e sob a influência do modelo das ciências naturais, o positivismo surge como alternativa científica no segundo terço do século dezenove. Entende-se que, para dar sentido à lei, deve-se ir fora dela: aos fatos jurídicos. Firma-se inicialmente o positivismo jurídico empirista. O Direito passa a ser compreendido como fato do mundo interior, psicológico, estudado pela Teoria Psicológica do Direito, ou, como fato do mundo externo, sociológico, da alçada da Sociologia Jurídica Empírica.

⁽³⁾ LARENZ. *Metodologia*. p.39.

Com BIERLING, nasce a Teoria Psicológica do Direito. Para esta, o fundamento do Direito advém do reconhecimento habitual e duradouro da comunidade. Sua interpretação deve investigar a vontade real do legislador, apreciando-se o alcance dos diversos pontos de vista relativos aos fins buscados pelo autor da lei, a partir de suas origens: os trabalhos legislativos preparatórios. Entretanto, o mais importante representante desta corrente é JHERING, que, em sua segunda fase, rejeitando seu pensamento formalista anterior, combate o culto à lógica, tão marcante na Jurisprudência dos Conceitos. Para ele, o autêntico legislador é a sociedade, que se manifesta através do Estado. Assim, "toda a proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua *função social*: ela aspira a conformar a existência social e, por conseguinte, ordena-se, pelo seu próprio sentido, a um fim social. Segundo LARENZ, daqui emerge, para a ciência do Direito, a necessidade de um pensamento teleológico"⁽⁴⁾. Trata-se de uma perspectiva utilitarista-sociológica⁽⁵⁾ que, porém, não se preocupa com a valoração dos fins da lei.

A completa superação do pensamento lógico-conceitualista é obtida pela Jurisprudência dos Interesses de HECK. As necessidades vitais e os interesses reais de toda ordem (material, religiosa, ética, etc), presentes em cada comunidade jurídica, produzem a lei. Estas forças sociais são a sua causa, devendo ser levadas em conta, na prática judicial,

⁽⁴⁾ LARENZ. *Metodologia*. p.56.

⁽⁵⁾ Cfe. referido por A. Kaufmann, em *Panorâmica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho*. (Trad. María Virginia Martínez Bretones e Gregorio Robles Morchón). In: KAUFMANN, Arthur. (org.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992. p.118.

para a decisão de cada caso. Desta forma, o Direito se abre para a vida. Ao invés de uma simples subsunção lógico-formal, o juiz pode desenvolvê-lo além dos estreitos limites da lei, através de uma investigação histórica dos interesses em jogo na sociedade, em harmonia, porém, com as ponderações valorativas subjacentes à ordem jurídica, contidas na própria lei. Em caso de lacunas, o juiz pode seguir sua valoração pessoal ou pontos de vista teleológicos. Note-se que os "interesses" dizem respeito indistintamente tanto às causas da lei, quanto às valorações feitas pelo juiz e aos critérios de valoração utilizados.

A reação subjetivista se manifesta através do irracionalismo voluntarístico do Movimento do Direito Livre, cujos defensores mais destacados são BÜLOW, KANTOROWICZ e HERMANN ISAY. Para eles, toda decisão judicial, mais do que uma dedução lógica, é uma atividade criadora, que surge do sentimento jurídico do juiz, manifestado através de uma resolução, de um ato de vontade. Só depois, a fundamentação lógico-jurídica aparece. Sem apontar qualquer critério para a decisão judicial, deixada ao emocionalismo do julgador, o "Direito Livre" não representa, no entanto, qualquer avanço em relação à Jurisprudência dos Interesses, que, ao menos, ao lado da margem de liberdade, indica ao juiz os critérios de valoração, que devem ser extraídos da ordem jurídica.

Expressão maior da influência do conceito positivista das ciências naturais é a Sociologia Jurídica de EHRlich e FRANZ JERUSALEM.

Considerando-se filiados à verdadeira ciência do Direito, devido à utilização do método empírico da observação dos fatos e experiências subjacentes ao fenômeno jurídico, rechaçam toda construção abstrata de conceitos. Na aplicação do Direito, impõem ao juiz a obrigação de valorar autonomamente os interesses em causa, sem estar vinculado a qualquer critério específico, pois, os juízos de valor do legislador estão dispersos na legislação, sendo sempre possível encontrar algum que apóie a interpretação desejada. O Direito é reduzido ao seu aspecto fático.

1.2.2. KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO

Para recuperar o aspecto normativo do Direito, abandonado pela Sociologia empirista, a vertente lógica do Positivismo (também denominado neopositivismo lógico), produz a mais bem acabada tentativa de fundamentação da autonomia metodológica da Ciência do Direito: a Teoria Pura do Direito de HANS KELSEN. Partindo de rigorosa distinção entre o mundo dos fatos (*Sein*) e o das normas (*Sollen*), KELSEN delimita o objeto da Ciência do Direito: somente o dever ser, ou seja, um complexo de normas considerado formalmente. Assim, obtém-se um conhecimento puro, livre de injunções de qualquer natureza e desligado de qualquer finalidade prática que não se vincule a seu objeto de estudo. A ordem jurídica é escalonada hierarquicamente e a produção do Direito consiste num processo que parte da Constituição (cujá validade advém da norma

fundamental pressuposta), passa pela lei e demais atos normativos até chegar à decisão num caso concreto. Cada etapa confere maior concreção ao Direito. Neste sentido, há aplicação e criação do Direito ao mesmo tempo.

No que tange à interpretação do Direito, a ciência jurídica fornece apenas um quadro das possibilidades de solução, através da investigação meramente literal dos significados da lei. Cabe ao aplicador (juiz ou funcionário) preencher a "moldura vazia" discricionariamente, no marco das possibilidades da ordem jurídica, criando a norma individual do caso concreto, por um ato de vontade e, por conseguinte, de política jurídica.

1.2.3. NOVOS HORIZONTES NO PENSAMENTO JURÍDICO-METODOLÓGICO

Na primeira metade do século XX, a tradição do positivismo formalista de um sistema jurídico fechado em si mesmo cede lugar, principalmente na Alemanha, a uma renovação filosófica que, sob as influências do jusnaturalismo e do historicismo, desenvolve uma teoria dos valores e reconhece a natureza axiológica do Direito e sua pretensão de ser justo. Inspirando-se em tais idéias, juristas de diferentes orientações (neokantismo, neohegelianismo, fenomenologia), tais como STAMMLER ("Direito Justo"), RICKERT, LASK, RADBRUCH e BINDER lançam as bases do que se costuma denominar a Jurisprudência dos valores (ou jurisprudência de valoração). Autores como ZIPPELIUS, COING,

BYDLINSKI, ESSER, ENGISCH, ARTHUR KAUFMANN, FIKENTSCHER e LARENZ compartilham a crítica ao modelo lógico-subsuntivo estrito e preocupações com a preponderância da solução justa do caso concreto e com o procedimento argumentativo a ser seguido para construir a "norma do caso" e atingir a "idéia do Direito". Pretende-se reduzir o decisionismo judicial e, admitindo-se a incidência de critérios de valoração supralegais nas decisões, estabelecer meios de controlá-las e fundamentar racionalmente as opções valorativas feitas. Diferentes correntes contemporâneas compartilham desta pretensão, desde os que partem de um modelo subsuntivo até os adeptos da renovação do pensamento sistemático no Direito, passando pela moderna Teoria da Argumentação Jurídica.

Além desta tendência, o século XX se destaca por outras concepções, adiante mencionadas, que combinam diferentes influências filosóficas e científicas e colaboram para o desenvolvimento do debate metódico no Direito e, de alguma forma, contribuem para a discussão atual.

1.2.3.1. TEORIA ANALÍTICA DO DIREITO

Sob a influência da filosofia analítica de Bertrand RUSSELL e WHITEHEAD e da filosofia da linguagem ordinária da segunda fase de Ludwig WITTGENSTEIN, a teoria analítica do Direito, vertente do positivismo jurídico, afirma que as questões metafísicas se devem à má

compreensão da lógica da linguagem. Assim, através da análise lógico-linguística, pretende chegar a enunciados evidentes e compreensíveis sobre o Direito, separando de maneira rigorosa proposições empíricas e normativas, Direito e Moral. Os precursores deste movimento, ainda no século passado, são Jeremy BENTHAM e John AUSTIN. Atualmente, pode-se registrar a presença de três diferentes e importantes versões da teoria analítica a saber:

a) A orientação sociológica, própria do Realismo Jurídico, tanto norte-americano quanto escandinavo⁽⁶⁾, investiga o Direito tal como se encontra na sociedade e como se expressa no comportamento dos juízes (tribunais) e cidadãos. Toma-o como fato. Os estudos do realismo sociológico são orientados para a ação e englobam aspectos sociais e psicológicos. A corrente escandinava prioriza o estudo do Direito no marco do comportamento psicológico individual. Traço comum a ambos, porém, é que, a partir da investigação, consideram possível prever o comportamento dos tribunais, assim como se faz no modelo empírico das ciências naturais. O dinamarquês Alf ROSS, um dos mais conhecidos realistas, por exemplo, deixa ao juiz, quando não encontre a solução no Direito positivo, liberdade para decidir como considere justo, com apoio em considerações práticas da "tradição da cultura" do povo⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Como observa Rodolfo VIGO, sob a denominação de "realismo jurídico" e, especialmente na versão escandinava, designam-se diversos autores, sendo difícil identificar a linha comum que os poderia reunir, além da oposição a inquietações metafísicas e a investigação empírica do Direito. Todavia, em razão da brevidade do histórico aqui exposto, a expressão é usada de forma genérica. Cf. VIGO, Rodolfo Luis. **Perspectivas Jusfilosóficas Contemporâneas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1991. p.14-8.

⁽⁷⁾ Conforme referido por Vigo. In: VIGO. **Perspectivas**. p.57.

b) A orientação lógico-analítica, marcadamente anglo-saxã, por sua vez, investiga o Direito como um sistema conceitual linguístico de significados, procurando delimitar precisamente o objeto estudado - os conceitos jurídicos -, através do esclarecimento de seu uso na linguagem ordinária, o que permite compreendê-lo também como fenômeno social.

Em relação ao método jurídico e à possibilidade de controle das decisões, releva destacar a concepção de HART, um dos principais expoentes desta tradição. HART sustenta que, nos casos difíceis, o juiz decide de forma discricionária, tal qual o legislador, podendo se valer de metas sociais, inclusive de caráter ético ou político. É a famosa tese da discricionariedade judicial, que tanto debate ainda suscita no mundo jurídico.

c) A escola analítica italiana de Filosofia do Direito, também baseada no exame da linguagem, pode ser caracterizada, a título comparativo, como outra vertente da teoria analítica do Direito. Seu principal representante e fundador é Norberto BOBBIO, que, na esteira de KELSEN, introduz o paradigma do rigor linguístico para a ciência do Direito. Para tanto, tomando o neopositivismo como metodologia, BOBBIO entende que, à ciência do Direito e ao jurista, incumbe purificar, completar, interpretar e sistematizar a linguagem original do legislador (as normas jurídicas)⁽⁸⁾. A interpretação no Direito não é totalmente aberta, devendo-se levar em conta a unidade representada pelo ordenamento jurídico, ainda que este não seja um todo absolutamente coerente e completo.

(8) A obra de Bobbio é extensa, inicialmente marcada por uma posição puramente estruturalista desenvolve-se até a assunção de noções funcionalistas, não sendo possível resumi-la nos estreitos limites deste histórico. A referência ao autor italiano é, aqui, apenas um registro sobre a variada utilização da filosofia analítica na teoria jurídica contemporânea. Ver sobre BOBBIO e, especificamente, sobre o tema em questão: José Alcebíades de Oliveira Júnior. **Bobbio e a Filosofia dos Juristas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. 159 p. (especialmente capítulos 3 e 5).

1.2.3.2. LÓGICA JURÍDICA

A prática argumentativa dos juristas e sua análise lógica é tema tradicional da Teoria do Direito. Porém, o uso da lógica formal matemática ou simbólica só chega ao campo jurídico a partir da Segunda Guerra Mundial. Ulrich KLUG e Ilmar TAMMELO, pioneiros no desenvolvimento da lógica jurídica, tratam-na como parte especial da lógica formal; atualmente muito útil para o tratamento eletrônico de dados na Informática Jurídica. Já VON WRIGHT e KALINOWSKI desenvolvem uma lógica especial dos valores e das normas - a lógica deôntica -, elaborada a partir das modalidades deônticas de obrigação, permissão e proibição, que servem para a análise dos raciocínios jurídicos. Os estudos lógicos são fundamentais para o desenvolvimento da moderna investigação sobre argumentação no Direito.

Segundo Arthur KAUFMANN, contudo, a lógica jurídica (formal ou deôntica) corre o risco de transformar o Direito num sistema axiomático, fechado e inacessível às mudanças do mundo exterior⁽⁹⁾. Para fazer face a esta tendência, surgem outros movimentos metodológico-jurídicos, tais como a hermenêutica e a tópica, que defendem a investigação jurídica no marco da argumentação correta em um sistema aberto.

⁽⁹⁾ Cfe. KAUFMANN, no texto acima referido, Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho. In: KAUFMANN, Arthur (org.). **El pensamiento jurídico contemporáneo**.p.128.

1.2.4. A "VIRAGEM HERMENÊUTICA" DA JURISPRUDÊNCIA

Os conceitos da filosofia hermenêutica de SCHLEIERMACHER, DILTHEY, GADAMER, HEIDEGGER não fornecem um método para garantir a correção das interpretações e decisões jurídicas, mas trazem à tona aspectos essenciais da prática do Direito. E, ao explicitar as condições de possibilidade da compreensão do sentido, desmistificam ilusões como a de que aplicar o Direito é mera subsunção lógico-formal.

Com base em tais idéias, a hermenêutica jurídica considera que toda investigação jurídica significa argumentar corretamente num sistema aberto, pois o peso e a hierarquia de um instrumento interpretativo (os argumentos utilizados ou as regras de interpretação) são, na verdade, determinados pelo próprio intérprete (ou julgador). A compreensão do sentido lingüístico não é meramente receptiva, mas implica sempre uma pré-compreensão por parte do intérprete. Este traz consigo a "tradição" da sociedade, seu contexto vital. Somente a partir dela, o intérprete pode se inserir no processo de compreensão, que se desenvolve de forma circular, através de resultados provisórios. É o círculo hermenêutico, "um recíproco operar de um sobre o outro *do movimento da tradição e o movimento do intérprete*"⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Como referido por Ulrich SCHROTH, em *Hermenêutica Filosófica y Jurídica* (Trad. Juan Antonio García Amado). In: KAUFMANN, A. (org.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992. p. 291. ("un recíproco operar de uno sobre otro *del movimiento de la tradición y el movimiento del intérprete*".).

O Direito também é o resultado de um processo de realização e desenvolvimento hermenêutico de sentido. Através dele, deve-se buscar uma atribuição recíproca de sentido entre a norma e o caso; deve-se elaborar a concordância recíproca de sentido entre ambos. Desta forma, torna-se impossível sustentar um dualismo metodológico, como se, primeiro, se conhecesse o fato, e, depois, fosse aplicado o Direito. As duas fases se interrelacionam. A mera aplicação do Direito é sempre um ato criativo, ainda que inconsciente. Constatam-se que as regras metodológicas para a interpretação do Direito possuem apenas uma função limitada, já que a compreensão se fundamenta na "tradição", na prática vital comum. Além disso, a pré-compreensão condiciona a própria compreensão e determina a seleção e escolha da solução pelo intérprete (ou juiz), que parte de suas experiências e conhecimentos. Contudo, não se defende o subjetivismo judicial, pois o juiz está ligado à "tradição" social (e, por conseguinte, ao Direito vigente). Espera-se também que o intérprete-julgador possa revisar sua própria pré-compreensão e esteja consciente de que a interpretação do texto sempre corresponde à sua aplicação para a atualidade.

Questões como a possibilidade de conhecimento sem aceitação e a aplicação dos textos jurídicos em questões práticas singulares, e não gerais, suscitam um maior desenvolvimento da abordagem hermenêutica do Direito. Porém, sua influência, a denominada "viragem hermenêutica" que se inicia no final dos anos sessenta, se faz sentir nas mais variadas linhas de pensamento jusfilosófico e metodológico, agregada

à orientação principal da investigação de cada uma delas. Segundo LAMEGO, na maioria dos casos, os autores "ligam a reflexão metodológica às necessidades do trabalho no âmbito das ciências jurídico-dogmáticas (...) Manifesta-se aqui, uma vez mais, algo de semelhante à auto-consciência que EHRLICH elogiava nos juristas do Direito comum: a idéia de que não se perseguem fins científicos, mas o escopo permanente da Jurisprudência prática de tornar o Direito tributário das necessidades da vida"⁽¹¹⁾.

1.2.5. TÓPICA E RETÓRICA: A CAMINHO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Na Europa do pós-guerra, nos anos cinqüenta, surge um movimento que, rejeitando a lógica formal como instrumento para a análise do Direito, propõe a recuperação do pensamento clássico tópico ou retórico. Esta tradição remonta a Aristóteles, que opõe o raciocínio baseado em argumentos "verdadeiros" (apodícticos ou demonstráveis) da ciência aos da dialética. A dialética parte de *endoxas*, premissas simplesmente opináveis ou verossímeis, aceitas como verdadeiras pelos mais sábios ou pela comunidade, e que, após um sequência de silogismos, conduzem a conclusões formalmente corretas. A tópica é o processo para a obtenção das premissas. Cícero, por sua vez, considera a tópica como uma prática de argumentação a serviço da retórica, em que as conclusões a que se chega valem pelo efeito obtido e, para tanto, o mais importante é selecionar os

⁽¹¹⁾ LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.p.92.

argumentos e elaborar as premissas da discussão. Os antigos utilizam a tópica para dar respostas a questões práticas, que dependem da aceitação de homens notáveis (recurso à autoridade). Cultivada ainda pelos juristas da Idade Média, a cultura ocidental moderna abandona-a totalmente, a partir do racionalismo e da introdução do método matemático-cartesiano.

1.2.5.1. A TÓPICA DE VIEHWEG

Em 1953, na Alemanha, Theodor VIEHWEG lança "Tópica e Jurisprudência", logo após a introdução da lógica moderna no Direito, através de KLUG.

VIEHWEG concebe a tópica como uma técnica do pensamento problemático, que opera com *topoi* (tópicos): lugares comuns, pontos de vista geralmente aceitos, fórmulas, aforismos, estereótipos. Constituem o ponto de partida da discussão do problema. A tópica é, portanto, um modo de pensamento que privilegia mais as premissas do que as conclusões. São a busca e o exame das premissas (tópica de primeiro grau), que, direcionados ao problema que se quer resolver, orientam a argumentação. Para se ter mais segurança, recorre-se a catálogos de tópicos (tópica de segundo grau): repertórios de pontos de vista mais ou menos organizados conforme critérios variados e elásticos. Não há uma hierarquia entre os tópicos, que recebem seu sentido do problema e, em relação ao mesmo, são adequados ou não. A única

instância de controle é a própria discussão, em que apenas as premissas aceitas são admitidas. O acento está no problema, isto é: toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e requer um entendimento prévio, a partir do qual é delimitada a questão a ser considerada, e para a qual se busca uma solução. Esta última não é certa, evidente. É apenas plausível, derivada do senso comum. É uma solução possível dentre outras.

Com isto, VIEHWEG opõe-se ao pensamento sistemático, lógico-dedutivo, regido pela idéia de totalidade de axiomas independentes e compatíveis entre si. Privilegiando o sistema, este modo de pensar seleciona os problemas pela adequação destes à estrutura sistêmica, descartando os "inadaptados" como problemas falsos ou aparentes. Devido ao papel diretivo do problema no raciocínio jurídico - voltado a estabelecer o que é justo aqui e agora -, VIEHWEG considera impossível o uso do modelo sistemático no Direito. Isto porque é em função do problema que são selecionados os sistemas que levam à solução, o que corresponde a uma espécie de sistema aberto, em que o ponto de vista não está adotado previamente.

"O direito propriamente dito se constituiria nesse processo dialógico, e não se identificaria exclusivamente com o ponto de partida do mesmo (o direito positivo, quando exista, ou os tópicos particulares que se invoquem), mas com seu elemento resultante: as soluções dos casos jurídicos (...) O direito constitui uma realidade dinâmica e em permanente estado de conformação"⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Tópica, Derecho y método jurídico. In: Cuadernos de Filosofía del Derecho, DOXA 4. Alicante. 1987. p. 174. ("El derecho propriamente dito se constituiría en ese

Para VIEHWEG, a racionalidade da decisão jurídica não advém da conclusão nem das premissas utilizadas, mas do próprio processo argumentativo que conduz à conclusão e a fundamenta, demonstrando a conveniência dos pontos de partida. Antecipa ele a perspectiva procedimental da moderna teoria da argumentação e destaca "a necessidade de argumentar também onde não cabem fundamentações concludentes e a necessidade de explorar no raciocínio jurídico os aspectos que permanecem ocultos numa perspectiva exclusivamente lógica"⁽¹³⁾.

1.2.5.2. PERELMAN E A NOVA RETÓRICA⁽¹⁴⁾

Chaïm PERELMAN é, sem dúvida, um dos grandes responsáveis pela recuperação da tradição clássica da tópica e da retórica.

Na tentativa de desenvolver uma teoria da Justiça, PERELMAN questiona-se sobre como se raciocina acerca de valores e chega à distinção aristotélica entre raciocínios lógico-formais e raciocínios dialéticos ou

proceso dialógico, y no se identificaría exclusivamente con el punto de partida del mismo (el derecho positivo, cuando exista, o los tópicos particulares que se invoquen), sino con su elemento resultante: las soluciones de los casos jurídicos (...) El derecho constituye una realidad dinámica y en permanente estado de conformación.").

⁽¹³⁾ ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.p.62.("la necesidad de razonar también donde no caben fundamentaciones concluyentes y la necesidad de explorar en el razonamiento jurídico los aspectos que permanecen ocultos desde una perspectiva exclusivamente lógica.").

⁽¹⁴⁾ Neste item, tendo em vista o caráter restrito do histórico apresentado e a influência de algumas idéias de PERELMAN sobre o pensamento de AARNIO, serão privilegiados apenas alguns conceitos mais relevantes (como o de auditório); selecionando-os também pela repercussão que tiveram nas modernas teorias da argumentação. A adaptação de AARNIO para o citado conceito perelmaniano está no terceiro capítulo, item 3.2.1.3.

retóricos. Neste segundo tipo, situa sua teoria da argumentação, com a qual pretende ampliar o campo da fundamentação racional para além das ciências dedutivas e empíricas (indutivas), abrangendo também as ciências humanas (Direito e Filosofia). Estuda a estrutura lógica da argumentação e parte da análise dos raciocínios usados na prática por políticos, juízes e advogados para construir uma teoria da argumentação jurídica.

Afirma que, ao contrário do raciocínio demonstrativo (lógico-dedutivo), em que a passagem das premissas à conclusão tem um caráter necessário, a argumentação propriamente dita (retórica e, particularmente a jurídica) opera simplesmente no âmbito do plausível, do verossímil, do provável, já que não abrange as certezas do cálculo e nem as verdades evidentes. Assim, o objeto da teoria da argumentação "é o estudo das técnicas discursivas que permitem *provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento.*"⁽¹⁵⁾

Como não se deve identificar evidência e verdade, é preciso estudar separadamente os aspectos do raciocínio relativos à verdade e aqueles referentes à adesão. Através da argumentação, busca-se a aceitação do auditório perante o qual se argumenta. E "quando se trata de argumentar, de influenciar, por meio do discurso, a intensidade de adesão de um auditório a certas teses, já não é possível menosprezar completamente, considerando-as irrelevantes as condições psíquicas e

⁽¹⁵⁾ PERELMAN, Chaïm e Olbrechts-Tyteca, Lucie. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.p.4. (Trad. Maria Ermantina G. G. Pereira)(em itálico, no original).

sociais sem as quais a argumentação ficaria sem objeto ou sem efeito. Pois *toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual*"⁽¹⁶⁾.

Decorre daí o conceito basilar em sua teoria e o que tem maior repercussão na moderna Teoria da Argumentação Jurídica - o de auditório: "*conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação*"⁽¹⁷⁾. Como a finalidade da argumentação é obter ou fortalecer a adesão do auditório, o orador tem que adaptar seu discurso ao mesmo. É o auditório que determina a qualidade e o valor da argumentação e o comportamento do orador. Conhecer o auditório é, assim, a condição prévia de toda e qualquer argumentação eficaz.

Em busca da racionalidade e objetividade da argumentação, PERELMAN chega à noção de auditório universal. Este é um conceito ideal e ambíguo. Refere-se a todos os seres de razão (universalidade), mas é também uma construção do orador determinada por seu contexto sócio-cultural (e, portanto, não objetiva). Analisando esta noção, Robert ALEXY procura compatibilizar estas incongruências, por entender que quem "*se dirige ao auditório universal, se dirige ao conjunto de todos os homens enquanto seres que argumentam, e nisto sua idéia destes homens está conformada por suas concepções anteriores (...)* Na medida em que tem lugar um intercâmbio de argumentos, perdem peso as concepções prévias, que se convertem inclusive em objeto do discurso"⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ PERELMAN. *Tratado*.p.16.(em itálico, no original).

⁽¹⁷⁾ PERELMAN. *Tratado*.p.22.

⁽¹⁸⁾ ALEXY. *Teoría*.p.163-4.("se dirige al auditorio universal, se dirige al conjunto de todos los hombres enquanto seres que argumentan, y en esto su idea de estos hombres está moldeada por

O auditório universal permite distinguir convencimento e persuasão. Esta se deve à apresentação de argumentos eficazes, perante auditórios particulares, possuindo assim caráter mais restrito. Aquele, por sua vez, é obtido através de argumentos válidos, aceitos pelo auditório universal. O limite é tênue e, geralmente, eficácia e validade interagem.

ALEXY considera também que, ao conceito de auditório universal, estão vinculadas as exigências de sinceridade, seriedade, imparcialidade, universalidade ou generalização, que caracterizam uma argumentação racional, a exemplo da situação ideal de fala de HABERMAS⁽¹⁹⁾.

Releva mencionar ainda o conceito de razoabilidade de PERELMAN. Para ele, "o *razoável* não remete a uma solução única, e sim implica uma *pluralidade de soluções possíveis*; porém, há um limite para essa tolerância, é o *desarrazoado que não é aceitável (...)* É *desarrazoado o que é inadmissível numa comunidade em dado momento*"⁽²⁰⁾.

Reconhece o autor que "a idéia do *desarrazoado*, vaga mas indispensável, não pode ser precisada independentemente do meio e do que este considera *inaceitável*"⁽²¹⁾. Com isto, na aplicação do Direito, o juiz fica vinculado à sociedade e, segundo Manuel ATIENZA, em PERELMAN, o

sus concepciones anteriores (...) En la medida en que tiene lugar un intercambio de argumentos, pierden peso las concepciones previas, que se convierten incluso en objeto del discurso."

⁽¹⁹⁾ ALEXY, *Teoría*.p.168-72.

⁽²⁰⁾ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes,1996.p.432. (Trad. Maria Ermantina G.G.Pereira) (sem itálico, no original).

⁽²¹⁾ PERELMAN, Chaïm. *Ética*.p. 436.

"razoável" é um critério regulativo para a interpretação do Direito, cujo valor é superior à justiça ou equidade⁽²²⁾.

As idéias de PERELMAN e VIEHWEG abrem o caminho para os cultores da moderna Teoria da Argumentação Jurídica, pois destacam o papel da argumentação no processo de aplicação do Direito e colaboram decisivamente para a expansão dos limites da racionalidade jurídica.

1.3. A VERSÃO ATUAL DA METODOLOGIA JURÍDICA: A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

1.3.1. CARACTERIZAÇÃO GERAL

Atualmente, a síntese de todas as preocupações com o método jurídico e, principalmente, com a segurança e a correção na aplicação do Direito, vem sendo desenvolvida pelos estudiosos da Teoria da Argumentação Jurídica. Os vários representantes da versão atual da metodologia jurídica procuram estabelecer procedimentos e critérios para a racionalização e o controle das decisões jurídicas, geralmente voltados para os aspectos formais no âmbito judicial.

Através da decisão judicial, que soluciona conflitos surgidos no meio social, o Direito se concretiza. Encerrada a disputa processual,

⁽²²⁾ ATIENZA. *Las Razones*. p.92.

prevalece uma resposta. É esta a melhor ou a verdadeira? Como o juiz pode chegar a uma decisão justa (correta)? Este é o cerne da questão sobre a qual se debruçam juristas, filósofos, juizes e todos os operadores do Direito, sem obter qualquer solução efetiva.

Na atividade decisória judicial, em que se exerce parcela do poder estatal através de um procedimento altamente institucionalizado, encontram-se três elementos essenciais: a situação conflituosa a ser resolvida (e, obviamente, as partes em conflito), o procedimento argumentativo realizado objetivando a decisão, e a conclusão ou decisão propriamente dita. Verifica-se que toda decisão concreta deve ser fundamentada, através de argumentos que justifiquem sua conclusão. Decorre daí a necessidade de uma Teoria da Argumentação Jurídica, destinada a estudar os argumentos utilizados nas instâncias decisórias do mundo jurídico.

Manuel ATIENZA⁽²³⁾ distingue as diferentes formas de argumentação coexistentes no universo jurídico e as classifica segundo o contexto e a função de sua enunciação, a saber: a) no processo legislativo, a argumentação se refere à produção e estabelecimento de normas jurídicas e abrange desde os trabalhos pré-legislativos, de teor mais político e moral, até a fase propriamente tecno-jurídica e legislativa; b) no processo de aplicação das normas jurídicas na solução de casos concretos pelo Judiciário, pela Administração Pública e por particulares, em que se

⁽²³⁾ ATIENZA. *Las Razones*. p.19-20.

discutem questões de fato e questões de direito; e, c) no âmbito da Dogmática Jurídica, essencialmente voltada para fornecer critérios para a produção e a aplicação do Direito, bem como para a sistematização de um setor específico do ordenamento jurídico.

Normalmente, porém, só as argumentações desenvolvidas no âmbito judicial, sobretudo nos tribunais superiores, e relativas a questões jurídicas, são estudadas pela moderna Teoria da Argumentação Jurídica.

Além disso, a argumentação jurídica é examinada apenas dentro do chamado contexto de justificação. Na Filosofia da Ciência, distingue-se o contexto de descobrimento do contexto de justificação. O primeiro consiste na atividade de explicar o procedimento pelo qual surge e se desenvolve determinada teoria. Não é analisável logicamente, porque se refere apenas às causas geradoras de certa teoria. Já o segundo diz com a validação da teoria, através de seu confronto com certos fatos e de uma análise lógica.

Esta distinção é usualmente utilizada no âmbito da argumentação jurídica, que se concentra no aspecto justificatório das decisões. Em relação a estas, importa notar que, dado o subjetivismo que caracteriza sua descoberta pelo julgador ou intérprete (ilações mentais, crenças, emoções, pensamentos), é impossível ter acesso ao contexto de descobrimento, que pode apenas ser objeto de análises históricas ou sociológicas. Desta forma, o importante é verificar a correção e

aceitabilidade do resultado obtido. Ademais, dos juízes e tribunais não se exige que esclareçam como encontram a conclusão, mas é generalizada a obrigação que se lhes impõe de fundamentação de suas decisões, isto é, o dever de apresentar as razões que pretensamente demonstram a correção de suas decisões. Por outro lado, não existe uma divisão rígida entre os dois contextos, que interagem continuamente⁽²⁴⁾.

O contexto de justificação, por sua vez, pode ser dividido em dois âmbitos justificatórios: o interno e o externo. O primeiro se refere à adequação formal do resultado às premissas, que se constata por uma inferência lógico-dedutiva, em que se confere a validade jurídica do raciocínio. Já a justificação externa está vinculada com o estabelecimento das premissas e se verifica por argumentos não dedutivos (lógica não formal), através dos quais se comprova o grau de fundamentação das próprias premissas, as quais normalmente envolvem valorações. É o aspecto externo o mais estudado pelos teóricos e o que possui maior relevância do ponto de vista social⁽²⁵⁾.

1.3.2. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: FUNÇÕES E CLASSIFICAÇÃO

As pesquisas desenvolvidas no marco da moderna Teoria da Argumentação Jurídica prestam-se ao desempenho de diferentes funções.

⁽²⁴⁾ Ver Gunnar BERGHOLTZ, em artigo intitulado Ratio e Auctoritas. In: DOXA, v.4. Alicante, 1987.p.198.

⁽²⁵⁾ Também Aarnio ressalta a importância do aspecto externo da justificação jurídica, cfe. item 2.5.2.3 do segundo capítulo.

No plano teórico, além de proporcionar uma maior compreensão do fenômeno jurídico em seus múltiplos aspectos, colaboram com o desenvolvimento de outras disciplinas (Filosofia, Ciência Política, Literatura, Sociologia), em que também se estuda a prática argumentativa.

No plano técnico, têm função instrumental. De um lado, servem de orientação para os operadores jurídicos na produção, interpretação e aplicação do Direito, através da apresentação de métodos condizentes com a efetiva prática de justificação jurídica e de critérios que possibilitem avaliar a correção desta; bem como através da formação acadêmica dos profissionais, ensinando-os a raciocinar juridicamente de maneira adequada. De outro lado, a argumentação jurídica é de grande importância para o desenvolvimento, pela Informática Jurídica, dos chamados "sistemas jurídicos especialistas". A Teoria da Argumentação pode fornecer informações sobre os processos argumentativo e estratégico que compõem o discurso jurídico, necessárias para a construção dos referidos sistemas informáticos.

Finalmente, política e moralmente, a argumentação jurídica reflete a ideologia jurídica e social que está na base de cada sistema. No desempenho desta função, percebe-se que, em geral, as teorias atualmente existentes colaboram mais para legitimar o Direito do que para apontar suas falhas, porque se baseiam no pressuposto fundamental "de que sempre é possível 'fazer justiça de acordo com o Direito'"⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ ATIENZA. *Las Razones*. p.251. ("de que siempre es posible 'hacer justicia de acuerdo con el Derecho'").

Por outro lado, observa-se que as teorias sobre argumentação no Direito tratam de diferentes interesses cognitivos. Consoante a tendência predominante, podem ser classificadas como: a) descritivas ou empíricas: quando descrevem o procedimento real de justificação na prática jurídica; b) prescritivas ou normativas: quando estabelecem regras e métodos para os operadores do Direito, indicando como deveriam ser justificadas as decisões jurídicas; e, c) compreensivas: quando esclarecem o sentido e a tarefa da argumentação jurídica em relação às decisões jurídicas. Neste caso, se se entende que a argumentação deve garantir mais do que a simples aceitação das decisões, as teorias têm que indicar critérios para avaliar a racionalidade destas, o que só pode ser feito através da avaliação da justiça ou correção material das mesmas no marco da ordem jurídica válida⁽²⁷⁾.

Normalmente, as teorias existentes combinam os três aspectos mencionados. No âmbito prescritivo, limitam-se ao aspecto formal, sem indicar critérios materiais de correção a que as decisões jurídicas deveriam se ajustar.

1.3.3. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO, DISCURSO PRÁTICO E ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Restringindo-se ao aspecto procedimental, os teóricos da argumentação costumam estabelecer regras ou condições para que a

⁽²⁷⁾ Conforme, principalmente, a classificação de Jochen SCHNEIDER e Ulrich SCHROTH, no artigo Perspectivas en la aplicación de las normas jurídicas: determinación, argumentación y decisión. In: KAUFMANN, Arthur (org.) *El pensamiento*. p. 400-07.

decisão jurídica sobre problemas concretos, através de valorações, seja suscetível de controle racional. Algumas destas regras - como, por exemplo, não contradição, universalidade, argumentação teleológica -, são tomadas da Filosofia prática ou moral e de sua teoria do discurso e acabam incorporadas como elementos constituintes das distintas teorias da argumentação jurídica. ALEXY esclarece que este conjunto de regras, "que pretende formular algo assim como um código da razão prática, não apenas complementa as regras específicas do discurso jurídico, mas constitui também a base para sua justificação e crítica, no marco de uma justificação e crítica do sistema jurídico em seu conjunto"⁽²⁸⁾.

Resta verificar se tal procedimento argumentativo conduz a uma única resposta correta.

Sobre esta questão, polêmica em toda Filosofia do Direito, também divergem os teóricos argumentação jurídica (item 1.4). Esta controvérsia se deve a divergências mais profundas, pois defender a existência de uma única resposta correta para cada problema jurídico significa condicionar a racionalidade do Direito à univocidade de sua interpretação. Tal entendimento tem raízes numa concepção super-racionalista do mundo. Através dela, enfatiza-se primordialmente o asseguramento da segurança jurídica e da igualdade entre os indivíduos na sociedade. Já a visão inversa, que admite a

⁽²⁸⁾ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontanamara, 1993.p.21. ("que pretende formular algo así como un código de la razón práctica, no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto".).

pluralidade de respostas, revela uma noção de racionalidade mais ampla e não restrita a rígidos esquemas lógico-formais. Em ambas as tendências, no entanto, subjazem pressuposições axiológicas distintas e inconciliáveis, como se verá no capítulo terceiro.

1.4. VISÕES CONTEMPORÂNEAS DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Diversos juristas têm dedicado sua atenção para a Teoria da Argumentação Jurídica moderna, como, por exemplo, TOULMIN, Robert ALEXY, Neil MACCORMICK, Aleksander PECZENIK, J. KOCH, RÜSSMANN, Arthur KAUFMANN, Ota WEINBERGER, NEUMANN, Manuel ATIENZA e também Aulis AARNIO.

Pode-se mencionar, em linhas gerais, algumas de suas principais concepções, que interessam aos objetivos deste trabalho⁽²⁹⁾.

TOULMIN, um dos precursores da investigação metodológica atual, na esteira de VIEHWEG e PERELMAN, constata a insuficiência da lógica formal (dedutiva) para a análise de raciocínios que não sejam matemáticos. Sua teoria da argumentação traz contribuições importantes, a partir de sua preocupação com a lógica aplicada e traça um paralelo entre

⁽²⁹⁾ Neste item, as referências a Toulmin e Maccormick se baseiam na obra de Manuel Atienza, acima referida.

esta e a Jurisprudência, com o objetivo de generalizar o modelo de argumentação desenvolvido perante os tribunais para todas as áreas. Ressalta TOULMIN que a correção dos argumentos não é uma questão meramente formal, mas procedimental, porque está relacionada com critérios substantivos e historicamente variáveis, adequados para cada caso. Concebe os argumentos como forma de ação e interação humana, que, portanto, escapam ao campo da lógica formal. Destaca também o caráter dialógico da argumentação.

Neil MACCORMICK, por sua vez, apresenta uma teoria integradora da argumentação jurídica, de caráter descritivo-prescritivo. Entende que a função essencial de qualquer argumentação, especialmente da jurídica, é a de justificação. Justificar uma decisão jurídica é dar razões que demonstrem que a mesma assegura a justiça de acordo com o Direito. Para ele, o raciocínio jurídico é uma espécie de raciocínio moral e os juízes aderem ao sistema jurídico por razões morais. Quanto à adesão a distintos princípios normativos, afirma tratar-se mais de uma questão de afetividade do que de racionalidade. Defende, pois, um pluralismo axiológico. Admite mais de uma resposta correta nos casos difíceis e recorre a uma instância ideal - o "espectador imparcial", plenamente informado -, para determinar a solução segundo critérios "quase objetivos". Para a justificação dos casos controvertidos, exige a observância de uma série de regras (universalidade, consistência, coerência e aceitabilidade das consequências). Observa, porém, que, em alguns casos, a justificação jurídica possui um caráter estritamente dedutivo.

Robert ALEXY, certamente um dos mais conhecidos teóricos da argumentação jurídica, desenvolve uma teoria largamente difundida e que influencia outros autores, inclusive AARNIO. Entende ALEXY que, no Direito, sempre se resolvem questões práticas: aquilo que é obrigado, proibido ou permitido. Por isto e por estar vinculada a condições limitadoras (lei, precedentes, dogmática jurídica), a argumentação jurídica é um caso especial de argumentação prática (moral). As decisões jurídicas podem ser racionalmente fundamentadas no marco da ordem jurídica vigente e também mediante a observância de um sistema de regras e princípios do discurso racional. Nos casos mais ou menos problemáticos, normalmente relacionados com princípios jurídicos, verifica-se a conexão necessária entre o Direito e a Moral, pois neles são feitas "valorações que não podem ser extraídas obrigatoriamente do material fixado através de autoridade. A racionalidade da argumentação jurídica depende por isto essencialmente de se, e com que alcance, estas valorações adicionais são suscetíveis de um controle racional"⁽³⁰⁾. Propõe ALEXY a tese da única resposta correta como idéia regulativa para os participantes dos discursos jurídicos. Explica que ela "não pressupõe que exista para cada caso uma única resposta. Pressupõe apenas que em alguns casos se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe em que casos isto é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar em cada caso a única resposta correta. As respostas encontradas, no marco deste intento (...) são ao menos relativamente corretas"⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ ALEXY. *Derecho*. p.20. ("valoraciones que no pueden extraerse obligatoriamente del material autoritativamente fijado. La racionalidad de la argumentación jurídica depende por ello esencialmente de sí, y con qué alcance, estas valoraciones adicionales son susceptibles de un control racional").

⁽³¹⁾ ALEXY. *Derecho*. p.22. ("no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe

Manuel ATIENZA, por outro lado, apresenta um projeto de teoria da argumentação jurídica, em que aponta as limitações das teorias existentes. Sugere um procedimento para representar a argumentação jurídica que dê conta da prática real dos juristas, abrangendo todos os níveis da linguagem e as relações entre os argumentos e que, ao invés da lógica clássica comumente utilizada, sirva-se de esquemas compostos basicamente por figuras geométricas. Além disso, ressalta a necessidade de critérios de correção das decisões jurídicas de natureza moral e política. Em consonância com isto, refere-se aos "casos trágicos", isto é, aqueles em que não há respostas corretas, a não ser que se sacrifique algum valor jurídico ou moral fundamental e que não têm sido considerados pelos juristas⁽³²⁾.

Arthur KAUFMANN, por seu turno, desenvolve uma "teoria da justiça procedimental fundamentada personalisticamente" que ultrapassa os lindes da argumentação jurídica, mas, a título de comparação, pode ser incluída neste rol exemplificativo.

Referindo-se às teorias procedimentais da Justiça de RAWLS (modelo contratualista) e HABERMAS (modelo discursivo), KAUFMANN propõe uma alternativa, segundo a qual o discurso prático (normativo, e, portanto, também o jurídico) deve possuir um objeto material para que possa conduzir a resultados corretos ou verdadeiros. Para ele, deve haver "um

en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento (...) son al menos relativamente correctas.").

⁽³²⁾ ATIENZA. *Las Razones*. p.235-52.

fenômeno que seja *susceptível de ser contemplado ao mesmo tempo como ser e como processo* (...) como conjunto de relações nas quais o homem se situa frente a outros homens ou frente as coisas"⁽³³⁾. Pois são as relações pessoais dos homens que identificam "o pensamento jurídico como tal, posto que, em definitivo, o direito só se legitima por meio de que *a cada qual se garanta o que lhe corresponde como pessoa: o suum iustum* (sobretudo por meio da *garantia dos direitos humanos e fundamentais*)"⁽³⁴⁾.

Por fim, pode-se mencionar também Ronald DWORKIN. É certo que sua obra não pode ser limitada ao âmbito específico da investigação metodológica da Teoria da Argumentação Jurídica. Mas, neste setor, sua tese da "única resposta correta" para cada caso jurídico tem suscitado um vivo debate. No desenvolvimento final deste trabalho, alguns aspectos desta tese serão analisados, em confronto com a visão de Aulis AARNIO - a seguir exposta -, a qual se centra no comportamento argumentativo dos juristas e se dedica a elaborar uma reconstrução da justificação na dogmática jurídica, principalmente nas decisões judiciais, socialmente adequada.

⁽³³⁾ KAUFMANN. *Panorámica*. In: KAUFMANN, Arthur (org.). *El pensamiento*.p.140. ("un fenómeno que sea susceptible de ser contemplado a la vez como ser y como proceso (...) como conjunto de relaciones en las que el hombre se sitúa respecto a otros hombres o respecto a las cosas").

⁽³⁴⁾ KAUFMANN. *Panorámica*. In: KAUFMANN, Arthur (org.). *El pensamiento*.p.140. ("el pensamiento jurídico como tal, puesto que en definitiva el derecho sólo se legitima por medio de que *a cada qual se le garantiza lo que le corresponde como persona: el suum iustum* (sobre todo por medio de la *garantía de los derechos humanos y fundamentales*").).

2. SOBRE "LO RACIONAL COMO RAZONABLE" DE AULIS AARNIO: UMA TEORIA SOCIAL DA JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Uma interessante maneira de se travar contato com o atual estágio da investigação jurídico-metodológica é através da obra "*Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*", de Aulis AARNIO, em virtude da combinação profícua de questões filosóficas, jurídicas e políticas levada a efeito pelo jurista finlandês e em função do tratamento dispensado à controvertida questão da resposta correta. Com o propósito de coletar subsídios para um exame acerca da polêmica suscitada por esta última, apresentar-se-á, no presente capítulo, uma síntese das principais idéias expostas por AARNIO, na obra referida, privilegiando-se os traços sociais da justificação jurídica por ele destacados. Cumpre observar que alguns aspectos de seu pensamento serão integralmente explicitados no desenvolvimento ulterior deste trabalho, em que se apresentará o modelo ideal de justificação proposto pelo autor.

De realçar que AARNIO preocupa-se com a relação entre Direito, sua justificação e Democracia nas sociedades pós-industriais contemporâneas. Atento á problemática atual da reavaliação da posição do sujeito, afirma ser preciso reconhecer que o conceito de indivíduo está em crise, tanto em relação ao próprio papel do ser humano, quanto no que

tange às interações humanas em geral - regidas, em grande medida, por normas jurídicas -, sendo necessário avaliar como o Direito é afetado por esta delicada conjuntura. Um dos principais reflexos da mesma, especialmente nas culturas ocidentais, é o enfraquecimento da confiança depositada no poder e nas autoridades em geral. Paralelamente, acentua-se a exigência de justificação fática das opiniões (soluções, decisões), em substituição à simples fé no poder em si mesmo.

As razões justificatórias são importantes formas de controle do exercício do poder nas Democracias. Em decorrência disto, cresce a responsabilidade social de dar razões (justificar), atribuída àqueles que exercem o poder; e no Direito, particularmente no âmbito da tomada de decisões de toda ordem. A apresentação de razões públicas é o único meio de controle das decisões e, conseqüentemente, a única forma de medir sua adequação e legitimidade. Através delas, a sociedade se mantém "aberta", democrática e se pode garantir a realização da representatividade. Neste contexto, a justificação jurídica tem um papel especial, pois dela são exigidas razões materiais, teleológicas e de correção. Vale dizer: da justificação jurídica exigem-se valores e valorações⁽¹⁾.

Decorre daí a estreita combinação entre o Direito e a Moral, o que, por sua vez, conduz a outro aspecto fundamental do pensamento de

⁽¹⁾ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.p.15. (Trad. Ernesto Garzón Valdés).

AARNIO, expresso na obra em exame: a conexão entre o racional e o razoável no que tange à interpretação jurídica.

Sobre isto, explica o autor que, na interpretação jurídica, além dos traços racionais, confere-se uma posição central à teoria dos valores, especialmente à teoria da justiça, sendo impossível falar de interpretações corretas - ou "sensatas" -, sem se posicionar a respeito da teoria dos valores⁽²⁾. No Direito, quem decide (juízes e funcionários) deve estar atento à demanda social de razões públicas e efetivas e ter consciência de seu papel na sociedade. Nesta perspectiva, não se pode menoscular a intrínseca relação entre a interpretação jurídica e as questões filosóficas, sob pena de se sofrer os perigosos efeitos do exercício mecânico do poder, alheio à responsabilidade social do intérprete.

Cumprido notar que a teoria de AARNIO se concentra no exame do contexto de justificação das decisões judiciais. Com sua investigação, de caráter descritivo-normativo, objetiva descobrir "como construir uma teoria justificatória da dogmática jurídica que seja adequada do ponto de vista *social*"⁽³⁾. Para tanto, busca saber se a interpretação das normas jurídicas pode ser considerada correta em algum sentido e se é possível falar de conhecimento (e em um método para alcançá-lo) em conexão com a interpretação jurídica.

(2) AARNIO. *Lo racional*. p.18.

(3) AARNIO. *Lo racional*. p.60, nota de rodapé no. 37. ("[El problema de este estudio es] cómo construir una teoría justificatoria de la dogmática jurídica que sea adecuada desde el punto de vista *social*." (em itálico, no original).

2.2. O SIGNIFICADO DA JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS

2.2.1. SOCIEDADE, DEMOCRACIA E JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA: a importância da certeza do Direito

Ao tratar da necessidade de justificação jurídica, notadamente no que tange às decisões judiciais, AARNIO parte da clássica constatação de que, muitas vezes, exige-se do aplicador do Direito (e também do jurista) uma intensa atividade interpretativa. Isto ocorre justamente nos casos difíceis, para os quais o Direito não oferece soluções prévias ou não fornece uma resposta unívoca. Ao contrário, nestes casos, existem pelo menos duas interpretações semântica e juridicamente possíveis⁽⁴⁾. Todavia, apesar da ausência de respostas esquematicamente prontas, impõe-se a obrigação de decidir e, para tanto, é preciso lançar mão de uma solução discricionária.

Neste panorama, AARNIO situa o juiz, figura central em sua teoria, devido à importância social da tomada de decisão jurídica nos casos concretos e à semelhança que seu "ponto de vista" e raciocínio têm com os do cientista do Direito, do jurista, como adiante se verá⁽⁵⁾. Refere-se ao dilema de quem decide. Menciona especificamente o do juiz, que tem, por um lado, a obrigação de decidir (inexistência de "non liquet") e, por outro, o poder de tomar decisões. Entretanto, consoante a ideologia jurídica baseada no conceito de Democracia ocidental amplamente difundido, nem todo uso do poder legal é

⁽⁴⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.23-5, segundo também a tradicional distinção de HART.

⁽⁵⁾ Ver item 2.3.1, deste capítulo.

aceitável. Espera-se de quem decide que, ao fazê-lo, esteja aderindo o mais possível à expectativa de certeza jurídica vigente na sociedade.

A certeza jurídica - um dos conceitos basilares na tese de AARNIO -, é, em sentido estrito, o direito básico de todo cidadão na sociedade. Significa que o indivíduo tem o direito de esperar proteção jurídica. Ou seja, é a possibilidade formal de acesso à Justiça. Em sentido amplo, porém, a expectativa de certeza jurídica caracteriza-se por dois elementos substanciais. O primeiro, pré-condição mínima para a juridicidade de uma decisão, corresponde à exigência de que se evite a arbitrariedade (o acaso, a imprevisibilidade) nas decisões, de modo que estas estejam de acordo com o direito válido (presunção de legalidade). O segundo, por seu turno, relaciona-se com a exigência de que as decisões sejam corretas, aceitáveis, isto é, devem estar de acordo com a moralidade válida e amplamente aceita no meio social. Pode-se concluir, portanto, que o Direito tem que ser tanto previsível quanto aceitável⁽⁶⁾.

Previsibilidade e aceitabilidade, como forma e conteúdo, estão entrelaçadas e devem caracterizar as decisões jurídicas nas sociedades democráticas.

Vale dizer que principalmente os tribunais têm que se comportar de um modo tal que os cidadãos possam fazer um planejamento racional de

⁽⁶⁾ AARNIO, Aulis. **Derecho, Racionalidad y Comunicación Social**. Coyoacán/México: Fontanamara, 1995.p.19.

sua vida e futuro - condição necessária para a manutenção do vínculo social. "Quando impera a imprevisibilidade, a sociedade se dissolve em anarquia, que, por sua vez, está contraposta a toda fundamentação justa e jurídica"⁽⁷⁾.

A certeza jurídica não é um conceito empírico ou contingente na sociedade. É um fenômeno cultural, vinculado com a existência social em si mesma. Está vinculado com as formas de pensar vigentes na sociedade e com o conceito de Democracia, que se desenvolveu ao longo da história no mundo ocidental.

A expectativa social de certeza jurídica tem estreita relação com a crescente necessidade de justificação das decisões nas sociedades contemporâneas complexas. Nestas, são apresentadas ao julgador crescentes oportunidades para decidir discricionariamente. Porém, exige-se que as opções feitas sejam justificadas, através de razões públicas, não sendo suficiente o apelo formal à autoridade.

Nas sociedades democráticas, a responsabilidade do juiz transforma-se cada vez mais na responsabilidade social e moral de justificar suas decisões. Através da justificação pública, o juiz constrói a credibilidade na qual se lastreia a confiança que os cidadãos têm nele. A legitimação do juiz não advém de sua representatividade

⁽⁷⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.27. ("Cuando impera la imprevisibilidad, la sociedad se disuelve en la anarquía que, a su vez, está reñida con toda fundamentación justa y jurídica.").

popular. Ele não é (e nem deve ser) eleito⁽⁸⁾. Ao contrário, para o correto funcionamento do sistema jurídico de uma sociedade democrática, baseado na Constituição e divisão dos poderes, devido ao cargo que ocupa e suas respectivas funções, o juiz deve estar livre de ingerências indevidas. Para isto, conferem-se-lhe garantias e prerrogativas constitucionais. Apesar de não ser escolhido politicamente, ele vive em sociedade e deve buscar um nível geral de aceitação social no que tange às decisões que toma. Isto só é possível através da apresentação pública das razões em que se baseia sua decisão, através da publicidade do procedimento decisório. Deste modo, asseguram-se racionalmente a realização das expectativas sociais de certeza e proteção jurídicas e a avaliação da correção da interpretação realizada.

Através da justificação aberta das decisões, legitima-se o poder exercido pelo juiz. A fundamentação (justificação) é um pré-requisito do controle das decisões nas sociedades democráticas. Num sentido amplo, a atitude social em relação à mesma reflete as crenças gerais sobre o Direito e a administração da Justiça⁽⁹⁾. Daí, a importância da justificação jurídica para o pensamento jurídico e a necessidade de um teoria da justificação que seja adequada do ponto de vista social, nos termos do que pretende AARNIO.

⁽⁸⁾ AARNIO. *Derecho*.p.21. Textualmente: " La independencia y neutralidade de un juez presupone que no esté sujeto a remoción.Y más aún, un juez no debe ser elegido sobre bases políticas." ("A independência e neutralidade de um juiz pressupõe que não esteja sujeito a remoção. E mais ainda, um juiz não deve ser eleito em bases políticas".).

⁽⁹⁾ AARNIO. *Lo racional*.p.30.

2.2.2. CRISE DO ESTADO E CRISE DO DIREITO: desafios à certeza do Direito

O Direito é, a um só tempo, um sistema de poder e um sistema de normas (de regras). Os fatores explicativos do fenômeno jurídico (bases econômicas, ideologia, poder da informação, etc) são vários e mantêm um interdependência muito complexa entre si mesmos e com o Direito, já que este não decorre unicamente de um determinado sistema de produção ou de alguma orientação ideológica. Além disto, a própria relação entre o Direito e as estruturas básicas da sociedade tem um matiz bem peculiar, vez que o sistema jurídico reinfluencia a própria existência social, porque também conforma relações sociais⁽¹⁰⁾.

As normas ou regras ordenam e conformam o comportamento social e a obediência a elas se deve ao processo de socialização e internalização de seus conteúdos. Como estes são veiculadas através da linguagem, sempre pode haver dúvidas quanto ao seu efetivo significado. Esta incerteza inerente aos conteúdos do sistema jurídico é um problema permanente, que se deve à involuntária ambigüidade semântica dos textos legais⁽¹¹⁾. Contudo, nos casos particulares em que se manifesta, ela deve ser eliminada para se evitar o caos social. Em consequência, surge a necessidade de interpretar o Direito e, com ela, possibilita-se a

⁽¹⁰⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.30-1.

⁽¹¹⁾ Aarnio se refere ao problema das lacunas do Direito, aludindo também à abertura semântica não intencional da linguagem jurídica, em comparação à da literatura, propositalmente utilizada para alcançar qualidades estéticas. Ver seu artigo "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica". In: AARNIO. *Derecho*. p.23-33.

discricionariedade do intérprete, ao mesmo tempo em que se exige que dois objetivos contrapostos sejam equilibrados: de um lado, o respeito à estabilidade do sistema jurídico, que está relacionado com a própria continuidade deste, com a expectativa social de certeza jurídica e a igualdade formal entre as pessoas. De outro lado, está a busca da flexibilidade, requerida pelas constantes mudanças sociais advindas da transformação da tecnologia e das relações humanas.

Tudo isto coloca em contínua tensão as normas e a realidade social, com o que uma atitude legalista estrita é oposta a uma orientação antilegalista na interpretação jurídica, à qual compete a tarefa de superar este conflito, através da investigação e da criação do Direito.

AARNIO explica que, em termos de teoria do Estado, a estabilidade se refere aos ideais tradicionais do Estado de Direito, caracterizados por maior rigidez na interpretação das normas e pela previsibilidade das decisões. A flexibilidade não destrói tal concepção, mas privilegia a equidade, elemento usualmente incluído nos sistemas jurídicos. A valorização da equidade (razoabilidade ou justiça), marcada por normas flexíveis, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, acaba por gerar um paradoxo, exatamente ao se contrapor à tradicional generalidade da lei. Este fenômeno se relaciona também com a propagação do modelo do Estado de Bem-Estar Social, cujos objetivos correspondem à concretização do tratamento equitativo e da igualdade material entre as pessoas.

Para a maximização da certeza jurídica, passa-se a exigir que a interpretação do Direito conte com aceitação geral. Estabilidade e flexibilidade devem ser equilibradas, para que as expectativas em relação ao Direito sejam satisfeitas, concretizando-se o Estado Constitucional.

Este, porém, sofre os efeitos das transformações perversas que vêm abalando suas bases, notadamente o equilíbrio entre os poderes estatais, cuja separação é, em grande medida, o sustentáculo das sociedades democráticas fundadas na Constituição. A constante promulgação de legislações genéricas desloca o acento do poder dos corpos políticos (legislativos e executivos) para os aplicadores do Direito (juízes e funcionários), comprometendo o equilíbrio do sistema democrático-representativo. O agigantamento (mundial) do Estado é representado pela intensa e indevida atividade legiferante do executivo, cuja estrutura hipertrofiada é o resultado do modelo tecnoburocrático. Neste, somente os especialistas podem de fato tomar as decisões e verificar sua correção, apropriando-se assim de significativa parcela do poder político. Paradoxalmente, a tecnologia e a massificação da informação geram maior alienação, o que se agrega ainda à perda de qualidade na educação. O ser humano perde sua individualidade; sua identificação é feita em função do grupo. A sociedade se torna mais corporativista. Os grupos de interesse dominantes ("lobbies") exercem intenso poder paralelo ao oficial, no qual despudoradamente interferem, obtendo vantagens disfarçadas sob a forma de programas sociais e medidas emergenciais. Legisladores e até o

judiciário são pressionados, porque tais medidas lhes são apresentadas como imprescindíveis para o desenvolvimento social. As decisões são tomadas realmente a portas fechadas, e costumam apresentar justificativas de fachada. Não há publicidade nem consenso real; o caráter democrático do processo é ficto. O exercício do poder não se submete a um controle efetivo. Diante disto e face à alienação e à manipulação geral do povo, confere-se ao sistema uma mera aceitação formal e geral, respaldada tão somente pelo cumprimento das formas legais.

Tal estado de coisas não é absoluto. Às vezes, fatores diversos (funcionamento defeituoso das estruturas do sistema face às demandas sociais crescentes, choques de interesses, escândalos políticos ou financeiros, reação de grupos de oposição...) abalam a lealdade formal ao sistema. A natural consciência moral das pessoas e as normas de integração social que dificultam o desvirtuamento total do sentido do vínculo social provocam crises, que afetam o sistema, sua legitimidade e preponderância⁽¹²⁾.

O Direito, como subsistema social autônomo⁽¹³⁾, reflete estas distorções e é abalado por três crises específicas.

A primeira é a crise de racionalidade interna do Direito. A desmensurada atividade legiferante, característica das democracias

(12) AARNIO. *Lo racional*.p.40, em que se vale das idéias de HABERMAS acerca da reação do "mundo da vida" diante da colonização pelo sistema, como forma de descrever (ilustrar) a crise do Estado contemporâneo a que se refere.

(13) AARNIO. *Lo racional*.p.40-1.

atuais, produz, paradoxalmente, uma legislação muito aberta e flexível, geralmente bastante casuística e eventualmente contraditória, ameaçando a visão geral e a coerência interna do todo sistêmico que é o Direito.

►A segunda crise refere-se à racionalidade objetiva do Direito, abalada pelo fato de os meios de regulação terem ultrapassado em demasia os limites objetivamente aceitáveis e talvez até necessários. Com isto, surge um círculo vicioso, que impõe a criação de nova regulação destinada a informar sobre a já existente e, por outro lado, a criar estruturas de controle do cumprimento da regulação anterior, e assim sucessivamente. Legisla-se indiscriminadamente para todo e qualquer problema, o que diminui a discricionariedade de quem decide e debilita a própria capacidade de decisão.

E a terceira é a crise de legitimidade (leia-se: autorização) do Direito. Entende-se que as normas jurídicas estão socialmente autorizadas, se seus destinatários podem aceitá-las. Legitimidade se identifica com aceitabilidade e assume especial relevância em relação ao funcionamento do sistema jurídico, principalmente no que toca ao exercício da jurisdição. Se as decisões jurídicas não são bem aceitas pelos cidadãos a que se dirigem em última instância, o equilíbrio da ordem jurídica e a manutenção da credibilidade das esferas decisórias ficam sensivelmente prejudicados.

Em razão destas crises, intensifica-se a necessidade da justificação expressa das decisões jurídicas, de modo a se demonstrar sua racionalidade e permitir o controle público de sua correção e legitimidade. Isto interessa a uma sociedade em que o sistema jurídico deve responder às idéias gerais sobre o certo e o errado - uma sociedade democrática -, cujo objetivo é maximizar a certeza do Direito. Somente "sob tais circunstâncias pode-se garantir a aplicação do direito que caracteriza o sistema social democrático. Quando se torna impossível o controle interno, a crise de legitimidade faz perigar o direito"⁽¹⁴⁾, ameaçando a própria existência social.

2.3. O ENFOQUE TEÓRICO DE AARNIO NO ESTUDO DA JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA

2.3.1. O "PONTO DE VISTA" DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Para investigar a racionalidade da justificação jurídica, inspirando-se no pensamento analítico-hermenêutico de HART, AARNIO parte da noção de "ponto de vista".

Coerentemente com seu interesse primordial, analisa precipuamente o ponto de vista do juiz. Este, como operador jurídico que participa direta e relevantemente do funcionamento do sistema, possui o

⁽¹⁴⁾ AARNIO. *Lo racional*.p.43.("bajo tales circunstancias puede garantizarse la aplicación del derecho que caracteriza al sistema social democrático. Cuando se vuelve imposible el control interno, la crisis de legitimidad hace peligrar el derecho.").

ponto de vista funcionalmente interno. Apesar disto, pode ser comparado ao cientista, ao jurista, que, embora se encontre fora do sistema oficial, ao interpretar o Direito, tem que proceder "como se fosse o juiz" e não como mero observador externo, pois a sociedade espera que o jurista forneça os esquemas para a decisão correta.

A diferença fundamental se relaciona com a função social de cada um destes personagens, já que o juiz detém a visão do ator (participante): deve aplicar o Direito aos casos concretos que lhe são submetidos e tem que se sentir obrigado pelo Direito que aplica, pois trabalha dentro do sistema oficial. O jurista, por sua vez, preocupa-se com a sistematização das normas jurídicas e as examina de fora, mas deve desenvolver um raciocínio essencialmente similar ao do juiz. Pode-se dizer, contudo, que ambos têm pontos de vista epistemologicamente internos, no que se refere à estrutura da justificação na interpretação jurídica. O interesse deles se centra no conhecimento da estrutura interna do sistema jurídico, ou seja, nas normas jurídicas, sua interpretação e sistematização. Preocupam-se com as conexões sistemáticas. O interesse interpretativo de ambos volta-se para a enunciação de um conteúdo de significado válido de uma norma jurídica. Trata-se, por conseguinte, de um ponto de vista genuinamente interno, o qual exige, segundo Katya KOZICKI, "um elemento cognitivo (atitude reflexiva) e um elemento volitivo (atitude crítica). O elemento cognitivo manifesta-se na descoberta da correlação entre certos atos (e suas consequências) e o conteúdo da regra de conduta. Esta

correlação dá origem a padrões de conduta em consonância com a norma. Já o elemento volitivo refere-se ao desejo ou preferência que este padrão mantenha, para o sujeito que formula o enunciado e para os outros"⁽¹⁵⁾. E explica ainda ser o ponto de vista interno "um reflexo da maneira pela qual o grupo encara o seu comportamento de acordo com as normas, utilizando-se delas como base para a sua conduta social. Ao mesmo tempo, deste ponto de vista, justifica-se a hostilidade para com aqueles que violam as normas do grupo. O formulador deste raciocínio age de acordo com as regras e as aceita como tal, esperando que os outros ajam da mesma forma"⁽¹⁶⁾.

Por outro lado, segundo AARNIO, a dogmática jurídica - o meio-ambiente do jurista, se aproxima mais das ciências humanas em geral do que das ciências sociais empíricas. Estas costumam se interessar apenas pelas regularidades estatísticas dos comportamentos, observando, por exemplo, quantas vezes, em determinadas circunstâncias, uma norma jurídica é aplicada, sem, contudo, qualquer interesse pelas conexões sistêmicas entre as normas. Seu objeto de estudo é examinado de uma perspectiva tipicamente externa, completamente alheia ao sistema jurídico, tal como é feito pela Sociologia Jurídica de caráter meramente descritivo. Trata-se, portanto, do ponto de vista externo que não pode reproduzir, como explica HART, "o modo pelo qual as regras funcionam como regras relativamente às vidas daqueles que são normalmente a maioria da sociedade. Estes são os funcionários, os juristas ou

⁽¹⁵⁾ KOZICKI, Katya. **H.L.A.Hart: A hermenêutica como via de acesso para um significação interdisciplinar do direito**. Florianópolis. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e da Política) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1993.p.59.

⁽¹⁶⁾ KOZICKI. **H.L.A. Hart**.p.59.

as pessoas particulares que as usam, em situações sucessivas, como guias de conduta da vida social (...)"⁽¹⁷⁾.

Diante disto, entende-se porque a dogmática jurídica possui maior afinidade com as ciências humanas, sobretudo as ciências hermenêuticas. Em se tratando de investigação da sociedade e do Direito (ordem composta de regras), não se consegue compreender o objeto investigado, se se prescinde da assunção de um ponto de vista tipicamente interno, pois o observador tem que, no mínimo, entender o que significa a atividade por ele estudada. Isto é: do ponto de vista do Direito, o "cientista" deve poder compreender o funcionamento do sistema jurídico e conhecer as normas jurídicas. Estas constituem a base de motivação dos que estão dentro do sistema jurídico, fazendo-o funcionar, e, por outro lado, oferecem um marco para a compreensão dos que o observam de fora⁽¹⁸⁾. Pode-se dizer que o ponto de vista interno é o núcleo do próprio pensamento jurídico, porque representa o esquema através do qual se pode buscar a decisão ou aproximar-se dela.

2.3.2. O CONCEITO DE DOGMÁTICA JURÍDICA

AARNIO preocupa-se em apresentar um conceito mais preciso de dogmática jurídica, porque é este que, na verdade, reflete o conteúdo do próprio ponto de vista epistemologicamente interno e, portanto, o próprio

⁽¹⁷⁾ HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.p.100. (Trad. A. Ribeiro Mendes).

⁽¹⁸⁾ AARNIO. *Derecho*.p.15.

comportamento dos julgadores."Traduzindo" para o Direito a noção de paradigma científico de Kuhn, isto é, as idéias básicas que são aceitas pelos representantes de determinada ciência, de forma a permitir que haja algum consenso sobre o que é a própria ciência (ou uma ciência em particular), AARNIO considera que a matriz disciplinar da dogmática jurídica é composta por quatro elementos fundamentais, vez que "está sempre ligada - ao menos num certo grau - a suposições básicas jurídico-positivistas, toma como ponto de partida uma certa lista de fontes do direito, depende de certas regras e princípios metodológicos e, em certas situações, toma decisões baseadas em valores"⁽¹⁹⁾.

Como entre estes quatro fatores encontram-se os valores, AARNIO constata que a aplicação do Direito e da dogmática jurídica utiliza conceitos de valor como base da interpretação, ou se refere indiretamente a valorações na justificação. Diante disto, tenciona demonstrar o que está oculto na estrutura justificatória dos pontos de vista interpretativos da dogmática jurídica, ou seja, o que está oculto no ponto de vista epistemologicamente interno. Tal análise permite verificar em que medida é possível exercer um controle democrático sobre o exercício do poder inerente à aplicação (interpretação) do Direito nas sociedades contemporâneas, garantindo sua racionalidade intersubjetiva.

⁽¹⁹⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.54. ("[La dogmática jurídica] está ligada siempre - al menos en un cierto grado - a suposiciones básicas jurídico-positivistas, toma como punto de partida una cierta lista de fuentes del derecho, depende de ciertas reglas y principios metodológicos y, en ciertas situaciones, toma decisiones basadas en valores.").

2.3.3. O CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO

Por entender que uma simples descrição heurística do processo psicológico do intérprete ou uma explicação causal da interpretação efetuada ou de sua motivação - pertencentes ao chamado contexto de descobrimento -, não propiciam qualquer informação confiável para o controle e exame da correção da interpretação jurídica, AARNIO concentra-se no contexto de justificação das interpretações (decisões) jurídicas.

Analisa-o sob um ângulo normativo. Mas, segundo ele, seu enfoque é debilmente normativo, já que sua intenção não é definir o conceito de interpretação correta no Direito, mas investigar os requisitos da interpretação jurídica no marco das sociedades democráticas atuais.

Diante disto, "as funções de um estudo teórico incluem a dilucidação daquilo *que se exige da justificação na dogmática jurídica para que possa satisfazer as condições de racionalidade e aceitabilidade*"⁽²⁰⁾. Não se pode estudar apenas como é feita a justificação na prática, seja para descrevê-la, seja para explicá-la. É preciso investigar como se deve interpretar para que se satisfaça, ao máximo possível, a expectativa social de certeza jurídica. O importante é que a teoria da justificação da dogmática jurídica seja adequada do ponto de vista social, sob pena de total

⁽²⁰⁾ AARNIO. **Lo racional**. p.58. ("las funciones de un estudio teórico incluyen la dilucidación de *qué se requiere de la justificación en la dogmática jurídica para que pueda satisfacer las condiciones de racionalidad y aceptabilidad.*").

alheamento entre teoria e prática. Mas, ressalve-se: não há uma fórmula para se chegar a uma única resposta correta na interpretação jurídica.

2.3.4. QUESTÕES FILOSÓFICAS SUBJACENTES À JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA

AARNIO salienta que, devido à íntima relação da teoria da justificação com questões típicas da Teoria e da Filosofia do Direito, a justificação jurídica deve ser analisada através de um esquema tripartite, que engloba categorias básicas que também interessam àquelas disciplinas, a saber: a ontologia, a epistemologia e a metodologia.

Do ponto de vista ontológico, deve-se assentar o que se supõe que existe, a fim de ser possível uma interpretação na dogmática jurídica. Diante da ontologia escolhida, pode-se adotar uma posição sobre a natureza e possibilidade do conhecimento na dogmática jurídica - que nada mais é do que a questão epistemológica da interpretação do Direito. Finalmente, é necessário saber como se pode obter informação na dogmática jurídica, isto é, que métodos devem para tanto ser utilizados.

Verifica-se, pois, que a ontologia do Direito, a natureza do conhecimento da dogmática jurídica e sua metodologia apresentam necessárias e recíprocas conexões internas. E, como a Filosofia do Direito se ocupa da questão da verdade, pode-se encontrar também, na teoria da

justificação da dogmática jurídica, idêntica preocupação, causada pela expectativa social de certeza jurídica e pela exigência de que os conflitos sejam corretamente resolvidos. Isto significa que se espera que as interpretações sejam conforme ao Direito. Surge, portanto, a questão da verdade ou correção da interpretação adotada e o interesse da teoria da justificação da dogmática jurídica pelo conceito e critérios de verdade.

Esta problemática pode ser resumida na seguinte indagação: é uma certa decisão ou interpretação jurídica a (única) correta do ponto de vista de seu conteúdo? Para AARNIO, a resposta é negativa, pois, no que diz com o resultado da interpretação do Direito, ao invés de verdade, só se obtém a aceitabilidade racional. Esta, por seu turno, está vinculada à apresentação de posições ou crenças acerca do conteúdo da ordem jurídica, que serão mais ou menos justificadas e se sustentarão em diferentes níveis de certeza. Conclui-se, pois, que não existe conhecimento em conexão com o conteúdo do Direito válido em casos de discricionariedade. Todavia, metodologicamente, deve haver um procedimento que permita chegar a estas crenças justificadas sobre o conteúdo das normas jurídicas, de modo a se atingir a pretendida aceitabilidade racional, observando-se as expectativas sociais dominantes, sobretudo a de certeza jurídica. Trata-se, neste caso, de desenvolver um procedimento racional de decisão e justificação na dogmática jurídica, como será adiante apresentado⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Ver item 3.2.1. do capítulo terceiro.

Exposto o enfoque teórico utilizado por Aarnio no desenvolvimento de sua tese central, passa-se à apresentação sintética das questões ontológicas e metodológicas acima mencionadas.

2.4. A ONTOLOGIA DO DIREITO

2.4.1. OS JOGOS DE LINGUAGEM E A ONTOLOGIA JURÍDICA

Na esteira de sua formação hermenêutico-analítica e de seu interesse em compreender as diferentes formas pelas quais o mundo se constitui através da linguagem, AARNIO se apóia no "último" WITTGENSTEIN.

Para WITTGENSTEIN, o significado de uma expressão linguística só pode ser encontrado no seu uso, dentro de circunstâncias próprias de uma comunidade humana, em que estão entrelaçadas várias atividades, operações simbólicas e também aplicações da linguagem - os jogos de linguagem -, orientados por regras, e que se caracterizam como costumes, usos, instituições⁽²²⁾.

⁽²²⁾ O vínculo entre linguagem e ação, que possibilita a interação humana, e a noção de jogos de linguagem podem ser encontrados em diversas passagens da obra "Investigações Filosóficas" de Ludwig WITTGENSTEIN, tais como nos parágrafos 19 e 23 (p.183 e 189, respectivamente). E ainda: "Chamarei também ao todo formado pela linguagem com as actividades com as quais ela está entrelaçada o 'jogo de linguagem'". In: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.p.177. (Trad. M. S. Lourenço). Segundo Aldo Gargani, o jogo de linguagem é o esquema metodológico fundamental de Wittgenstein, é "o conceito de modelos do uso lingüístico entre os seus diferentes ou alternativas, sujeitadas a regras. A linguagem é um jogo, como é um jogo qualquer atividade social sujeita a regras."In: GARGANI, Aldo G. **Wittgenstein**. Lisboa: Edições 70, 1973.p.75. (Trad. Carmen Carvalho).Ver também item 3.2.1.2, do capítulo terceiro.

A base da linguagem humana é ação e está no próprio meio social; advém da forma de vida, pois "é na *linguagem* que as pessoas concordam. Não se trata de uma concordância de opiniões, mas de formas de vida"⁽²³⁾. Quando atos primitivos pertencentes a uma forma de vida têm suficientes pontos em comum, desenvolve-se um fundamento comum para a compreensão. Aqueles que compartilham uma forma de vida podem comunicar-se entre si. Portanto, o significado atribuído a uma expressão é obtido "através" da forma de vida, sendo desnecessário referir-se à existência pura de algo, pois tal uso da linguagem não encontra respaldo na prática da vida cotidiana⁽²⁴⁾.

Também a ontologia da interpretação na dogmática jurídica deve ser compreendida dentro do esquema de uma linguagem jurídica real, em que a mesma obtenha sentido e seja compartilhada pelos indivíduos.

Recorrendo à noção wittgensteiniana de jogos de linguagem e fiel à tradição analítica, AARNIO pretende analisar a existência do Direito, sem a influência de qualquer metafísica gratuita. Parte do elemento mínimo de que o Direito se constitui: a norma jurídica. Esta veicula linguisticamente pensamentos humanos e pode ser materializada de distintas formas (texto legal, precedente judicial, decisão administrativa). Mas ela só pode ser compreendida nos contextos de sua utilização. A expressão "existência de uma norma jurídica" somente obtém seu significado nos jogos de linguagem "jogados" nos contextos jurídicos.

⁽²³⁾ WITTGENSTEIN. *Investigações*. p.334.

⁽²⁴⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.69.

Verificando-se os jogos de linguagem jurídicos, descobre-se que o efetivo sentido da expressão "uma norma existe juridicamente" somente é encontrado quando a norma pertence a uma determinada ordem jurídica, ou seja, quando é válida em determinado espaço geográfico e durante certo tempo.

Chega-se, portanto, a um conceito central: o de validade, que desempenha papel chave na ontologia jurídica, independentemente da ordem jurídica que se considere. Daí, na teoria jurídica, ser cediço que a questão acerca da existência de uma norma remete à questão de sua validade. E, analisando a noção de validade a partir dos vários jogos de linguagem que lhe são subjacentes - o que se fará em seguida -, é possível resolver o problema ontológico da existência independente das normas jurídicas, sem acrescentar qualquer nova categoria ou entidade ao Direito.

2.4.2. A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

Para evitar a habitual e equivocada identificação conceitual entre validade e vigência do Direito, AARNIO acata a distinção feita por Jerzy WRÓBLEWSKI entre as três acepções possíveis da noção de validade no Direito. Denomina-as de validade sistêmica, eficácia e aceitabilidade da norma jurídica, vinculando cada uma delas com diferentes concepções da teoria jurídica deste século⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.71.

2.4.2.1. VALIDADE SISTÊMICA

Validade sistêmica de uma norma jurídica é sua validade formal. Verifica-se quando a norma satisfaz quatro condições, a saber: ter sido aceita e promulgada segundo o procedimento devido; não ter sido derogada; não contradizer outra norma vigente do mesmo sistema; e, se houver contradição, existir uma regra aceita para solucionar o conflito. Pode ser interna - que é a referida à validade dentro do sistema jurídico e a que normalmente interessa à prática forense cotidiana -, e, externa, ou seja, aquela que diz com a validade do próprio sistema.

Restringir a validade do Direito somente à validade sistêmica é característica de uma teoria jurídica positivista como a de Hans Kelsen, que considera apenas a estrutura formal interna do Direito e prescinde de critérios externos para embasar a ordem jurídica, *pressupondo* a existência e aceitação de um fundamento último.

A concepção kelseniana não dá conta da necessidade social de que o próprio sistema normativo seja legitimado como ordem jurídica, de maneira efetiva, e não meramente pressuposta.

Para enfrentar esta exigência, AARNIO divide o conceito de validade formal de uma norma jurídica em duas vertentes. Primeiramente, no sentido sistêmico interno, que se subdivide: a) em sentido estrito: relacionado

com a possibilidade de uma norma jurídica ser derivada, através de uma transformação interna, de uma norma formalmente válida, ou seja, de uma norma baixada de acordo com a Constituição; e, b) em sentido amplo: relacionada com a possibilidade de a validade jurídica da Constituição ser justificada através de uma norma fundamental do tipo "G1", na terminologia de Aleksander PECZENIK, que representa a formulação mais elementar da norma fundamental de KELSEN, isto é: "a Constituição deve ser obedecida"⁽²⁶⁾.

Já no sentido sistêmico externo, o sistema normativo baseado na norma fundamental G1 é juridicamente válido: a) formalmente: se existem razões de sustentação, fatos sociais e critérios morais (o que significa que G1 é justificado por uma norma G1'); e, b) materialmente: se um sistema normativo especial pode ser legitimado por meio de certas razões de sustentação identificadas, por fatos sociais e critérios morais (de modo a apresentar um conteúdo moral mínimo, assim como defendido por HART).

Consoante estes critérios, segundo AARNIO, a ordem jurídica nazista de Hitler pode ser considerada válida tanto no sentido sistêmico interno como do ponto de vista formal externo. Porém, não tem validade material, no sentido sistêmico externo.

Portanto, do ponto de vista social, na interpretação jurídica, o importante é a justificação externa da solução adotada.

⁽²⁶⁾ AARNIO. *Lo racional*. p. 75-6.

2.4.2.2. EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

O segundo sentido da expressão validade de uma norma é o que se refere à sua EFICÁCIA real ou validade fática.

Validade fática é uma expressão largamente utilizada e aceita. No entanto, pode ser entendida de diferentes maneiras, tais como regularidades de comportamento dos cidadãos e aplicação das normas jurídicas pelas autoridades.

AARNIO identifica esta concepção da validade com o chamado realismo jurídico, do qual se destacam as idéias de Alf ROSS. Para este, uma norma jurídica é válida, quando se encontra na ideologia normativa experimentada como vinculante pelas autoridades que decidem e aplicam o Direito. Examinando-se o comportamento real das autoridades (sobretudo, a aplicação do Direito pelos tribunais), pode-se verificar a validade (eficácia) de uma norma jurídica e conhecer empiricamente o Direito. Assim, à dogmática jurídica compete fazer *predições* sobre o comportamento (decisões) das autoridades (juízes e tribunais).

Esta concepção reduz o Direito ao seu aspecto fático equivocadamente. O Direito é algo mais do que meras predições acerca de como vão se comportar os juízes e tribunais, até porque estes, ao decidir e enquanto decidem, não podem apenas dizer o que farão, pois já estão fazendo

e devem conhecer o Direito que os obriga ou não. E, ao aplicar o Direito, ainda que recorram a precedentes judiciais, fazem-no dentro do marco geral da interpretação jurídica, que depende da observância às fontes do Direito e às regras de interpretação estabelecidas, como adiante será explicado⁽²⁷⁾.

2.4.2.3. ACEITABILIDADE DA NORMA JURÍDICA

O terceiro sentido da validade é o axiológico, que costuma ser vinculado ao Direito Natural. Neste caso, valores como a justiça deixam de ser simplesmente a "pauta" de uma ordem jurídica positiva para se tornar a base que a esta confere sua validade última. Desta forma, o Direito Natural se sobrepõe ao Direito positivo e constitui o fundamento de sua vigência.

Para AARNIO, não obstante "o critério material externo da validade, não há critérios juridicamente relevantes fora do direito positivo que outorguem legitimidade à ordem jurídica enquanto tal ou às normas individuais que pertencem a esta ordem"⁽²⁸⁾. Contudo, diferentes tipos de critérios axiológicos desempenham um papel importante e, às vezes, decisivo, na dogmática jurídica e na jurisprudência. Isto pode ser claramente constatado quando uma norma, apesar de formal e juridicamente válida, habitualmente não é aplicada em determinada sociedade, porque não

⁽²⁷⁾ Ver item 2.5.2.2, deste capítulo, sobre a obrigatoriedade de utilização de (pelo menos uma) fontes do Direito na interpretação jurídica.

⁽²⁸⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.83. ("[No obstante], el criterio material externo de la validez, no hay criterios juridicamente relevantes fuera del derecho positivo que otorguen legitimidad al orden jurídico en tanto tal o a las normas individuales que pertenecen a este orden.").

atende ao sistema de valores genericamente aceito. Portanto, nem todas as normas jurídicas formalmente válidas possuem uma garantia de aceitabilidade axiológica.

Por outro lado, uma norma válida e eficaz pode, assim como a ineficaz, desatender ao sistema de valores considerado relevante. Isto significa que o conceito de validade jurídica está estreitamente relacionado com o conceito de certeza jurídica, o qual, em relação às decisões jurídicas, exige previsibilidade, racionalidade e razoabilidade. Convém destacar que as duas primeiras exigências estão bastante ligadas, pois todo procedimento racionalmente desenvolvido leva a decisões previsíveis, como adiante será esclarecido. Já a razoabilidade das decisões se refere à correção dos resultados e é justamente neste aspecto que se sobressai a validade axiológica do Direito.

Do ponto de vista da justificação jurídica, a validade axiológica é a mais significativa. Diz respeito aos aspectos "extrajurídicos" da interpretação, e, dentre eles, a um certo código de valores. E como podem coexistir, numa sociedade, diferentes códigos axiológicos, é a validade axiológica que explicita o caráter relativo das interpretações e permite compreender porque não há uma única resposta correta no Direito.

Em seguida, será abordada a questão metodológica da interpretação no Direito.

2.5. A METODOLOGIA DA INTERPRETAÇÃO NA DOGMÁTICA JURÍDICA

2.5.1. CONCEITOS GERAIS

Na moderna discussão jurídico-metodológica, o paralelo entre Direito e linguagem é recorrente. De fato, como bem salienta AARNIO, o Direito é linguagem e a própria investigação jurídica é realizada por meio da linguagem. Partindo-se desta premissa fundamental, verifica-se que o pensamento jurídico possui vínculos estreitos com o que se tem chamado de hermenêutica, ou seja, a compreensão do comportamento linguístico dos homens.

No Direito, o comportamento linguístico humano é expressado através das normas jurídicas. E para que estas possam ser efetivamente aplicadas, devem ter seu conteúdo esclarecido pela dogmática jurídica. A esta compete determinar o sentido das normas jurídicas, interpretá-las e sistematizá-las. Cabe-lhe selecionar, dentre as alternativas normativas, a que está "de acordo com a ordem jurídica".

Apesar das várias possíveis classificações das normas jurídicas - tais como primárias e secundárias, de competência e de conduta e, inclusive, a divisão revigorada por DWORKIN entre regras e princípios⁽²⁹⁾ -, para não fugir ao interesse central de sua tese, AARNIO trata das normas

⁽²⁹⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.111.

jurídicas simplesmente como regras. Divide-as basicamente em constitutivas e regulativas, as quais se prestam para esclarecer melhor o problema das interpretações alternativas e da eleição entre regras.

Estas regras podem ser definidas através da clássica comparação entre o Direito e o xadrez. As regras constitutivas criam, estabelecem ou extinguem categorias fundamentais para a existência do Direito (as instituições jurídicas), a exemplo das regras que estabelecem as peças que compõem o jogo de xadrez. Já as regras regulativas se referem aos "movimentos" que caracterizam o Direito enquanto tal: estabelecem o que é permitido, proibido ou obrigatório no jogo jurídico.

Pode-se concluir, portanto, que somente as regras oferecem um esquema confiável de interpretação, porque modelam o jogo e definem seus movimentos, tornando-o compreensível para aqueles que apenas o observam de fora.

No Direito, as normas jurídicas desempenham exatamente esta função. De um lado, motivam aqueles que fazem funcionar o sistema jurídico. De outro, oferecem um marco para a compreensão dos que o observam externamente. Neste ponto, a relação entre Direito e linguagem alcança especial relevo, independentemente de ser a questão considerada do ponto de vista interno ou externo⁽³⁰⁾. É que, para se entender corretamente as regras

⁽³⁰⁾ AARNIO. *Derecho*. p.14-5.

(inclusive as jurídicas), é preciso entender previamente o significado das expressões linguísticas, pois somente assim será possível a compreensão do próprio comportamento humano. Trata-se de um entendimento dual: para se entender a ação, deve-se entender a linguagem⁽³¹⁾.

A base para a compreensão da linguagem jurídica é a mesma da linguagem em geral. Linguisticamente, o Direito não pode se distinguir da literatura, por exemplo. Tal característica é decisiva para a análise da interpretação jurídica, sobretudo sob a ótica da moderna Teoria da Argumentação Jurídica.

Cumprindo ainda mencionar que, dentre os enunciados linguísticos utilizados na interpretação jurídica, destacam-se os enunciados normativos, aqueles que dizem algo sobre o conteúdo de uma norma jurídica. Consistem em proposições normativas (enunciados empíricos de tipo teórico acerca do conteúdo de uma norma jurídica), pontos de vista normativos (enunciados relativos à aceitabilidade racional de uma norma válida), normas técnicas ou meras recomendações sobre a validade de uma norma⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ AARNIO. *Derecho*.p.15. Aarnio se baseia na idéia de WITTGENSTEIN, que, segundo Aldo Gargani, concebe a regra como "o próprio procedimento operativo que constitui a uniformidade de uma maneira de viver humana, de um sistema de comportamentos." In: GARGANI, Aldo. *Wittgenstein*.p.92. Também são esclarecedoras as seguintes passagens do pensamento de Wittgenstein, sobretudo no que tange à institucionalização social e adestramento das pessoas em relação às regras: "'seguir a regra' é uma praxis (...) é análogo a obedecer uma ordem. É-se para isso adestrado e reage-se de uma determinada maneira (...) As formas de ação que os homens têm em comum são o sistema de referência por meio do qual interpretamos uma língua diferente da nossa." In: WITTGENSTEIN. *Investigações*.p.322-3.

⁽³²⁾ AARNIO. *Lo racional*.p.93-9.

Qualquer um destes tipos de enunciados representa diferentes jogos de linguagem e pode ser usado na dogmática jurídica. Entretanto, os pontos de vista normativos correspondem à espécie mais claramente utilizada na aplicação do Direito pelo juiz e pelo jurista. Estes últimos têm que fazer uma eleição entre as alternativas de interpretação possíveis, através da qual expressam sua opinião acerca da resposta que consideram "correta", baseados em juízos de valor. Isto deve ser feito fundamentadamente, ou seja, através da apresentação das razões que justificam o ponto de vista escolhido. Os pontos de vista normativos servem, pois, como exemplo para esclarecer o conteúdo e o papel da aceitabilidade racional na justificação jurídica.

Deve-se também distinguir entre um enunciado de significado e um enunciado de interpretação. O primeiro, também chamado de enunciado semântico, refere-se aos conteúdos de significado de uma expressão linguística, seja ao conteúdo inequívoco de outra expressão linguística, norma ou oração, seja aos conteúdos alternativos de uma expressão. O segundo, por sua vez, volta-se ao esclarecimento do significado da expressão ou assunto, objeto da atenção do intérprete, delimitando as possíveis alternativas ou aquelas que interessam; e é exatamente ele que se presta à análise da justificação jurídica sob a ótica de AARNIO.

Os enunciados interpretativos podem se apresentar sob a forma de definição estipulativa (na qual o significado de uma expressão

linguística depende de uma convenção); definição analítica "pura" (na qual o significado de uma certa expressão jurídica é analisado através do uso de outras expressões jurídicas de maneira tal que as intenções das expressões sejam iguais); definição não analítica e não estipulativa (descritiva, informa que a extensão de certa expressão é idêntica à de outra); definição analítica não descritiva (nem normativa, nem simplesmente estipulativa; é um ponto de vista justificado ou justificável sobre o Direito)⁽³³⁾.

Na interpretação jurídica, devem predominar as definições não descritivas. Explica-se: como a interpretação é um assunto linguístico, o esclarecimento de um significado se realiza através de outras expressões linguísticas. Assim, como um ponto de vista interpretativo sempre se refere à relação entre expressões linguísticas, pode ser chamado de analítico. No Direito, o ponto de vista apresenta o conteúdo da norma jurídica (ou do texto legal). Neste caso, a definição dada por um ponto de vista interpretativo possui uma justificação consistente em proposições fáticas e valorações; é analítica, mas não simplesmente descritiva, informativa.

Na interpretação da dogmática jurídica, como mencionado, busca-se determinar o conteúdo de uma norma jurídica (ou texto legal). Em uma situação de incerteza, quando se escolhe um significado alternativo como correto, formula-se um enunciado interpretativo. Se a ele se agregam juízos de valor, tem-se um ponto de vista interpretativo. Este, por sua vez, pode se

⁽³³⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.101-4.

converter em um ponto de vista normativo, isto é, um ponto de vista acerca de qual conteúdo de uma norma é parte do sistema jurídico válido⁽³⁴⁾.

Constata-se que o ponto de vista interpretativo e o ponto de vista normativo são duas maneiras de se falar do conteúdo da ordem jurídica. Toda interpretação jurídica, para ser racional e aceitável, deve ser justificada por meio de razões relativas ao Direito válido, requerendo pontos de vista normativos.

2.5.2. CARACTERIZAÇÃO GERAL DA INTERPRETAÇÃO E DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO

2.5.2.1. A INTERPRETAÇÃO COMO PROCESSO HERMENÊUTICO

Tarefa central da dogmática jurídica é a justificação de pontos de vista normativos, ou seja, é explicitar porque é racional e razoável aceitar uma determinada norma jurídica como parte de determinado ordenamento jurídico válido.

Do ponto de vista do processo interpretativo, porém, o interesse se volta ao modo pelo qual se produz uma interpretação justificada de um conteúdo de significado racional e aceitável. Objetiva-se descobrir como se pode conferir credibilidade à interpretação que sustenta que um certo

⁽³⁴⁾ AARNIO. *Lo racional*. p. 104-5.

significado está racionalmente justificado e é correto. Tais dúvidas podem ser bem enfrentadas com o recurso ao chamado enfoque hermenêutico.

A interpretação como questão linguística é tipicamente hermenêutica: é um fenômeno da esfera da hermenêutica de textos, da teoria geral das condições filosóficas da atribuição de sentido.

Partindo-se das idéias básicas da filosofia hermenêutica - tais como pré-compreensão (parcela de significado entendida previamente) e compreensão baseada na relação entre o todo e a parte e na intelecção de novas conexões de significado (cada estrato, cada parte está conectada com o todo ao qual se refere, mas não com base num conjunto fechado de regras de procedimento, já que não se trata de uma atividade dedutiva)-, pode-se compreender a interpretação na dogmática jurídica. Esta consiste na conexão não dedutiva, mas plausível, de expressões que têm sentido só quando se encontram em relação com outras. Cria-se, assim, o círculo hermenêutico⁽³⁵⁾. O intérprete torna-se dependente da linguagem, preso a ela, já que as palavras são interpretadas por outras palavras... Na expressão de AARNIO, o "único refúgio é a linguagem"⁽³⁶⁾.

Para romper o círculo hermenêutico, é preciso que o receptor da interpretação realizada tenha um entendimento idêntico ao do intérprete. Isto significa que uma interpretação correta é aquela que é

⁽³⁵⁾ Remete-se aqui às noções expostas na síntese histórica do capítulo primeiro.

⁽³⁶⁾ AARNIO. *Lo racional*. p. 114. ("[nuestro] único refugio es el lenguaje.")

compreensível para a pessoa a quem o intérprete se dirige. Quando a interpretação se torna aceitável na comunidade interpretativa (audiência), chega-se a uma posição bastante similar à da confirmação de uma hipótese das ciências naturais. Significa que o ponto de partida da interpretação (a convenção básica adotada pela audiência) é a hipótese que, no curso do processo hermenêutico, em parte é transformada e em parte é confirmada ou refutada.

Diante disto, adquire especial importância a constatação de que, na comunidade jurídica ou na sociedade em geral - a audiência da interpretação jurídica -, há convenções válidas sobre assuntos de interesse comum, sobre valores, por exemplo. E podem existir, ao mesmo tempo, várias convenções reciprocamente excludentes, sem que nenhuma delas careça de justificação. No Direito, este fato dificulta o rompimento do círculo hermenêutico pelo intérprete e ressalta a natureza social da interpretação jurídica. Também conduz a um dos problemas filosóficos mais decisivos da teoria da interpretação na dogmática jurídica: o de ser ou não possível cruzar os limites das convenções e encontrar um maior consenso. Dito de outra forma: o de se saber se há apenas uma resposta correta ou uma resposta que é a mais adequada e a melhor possível em determinado contexto. Em busca de maior clareza sobre este ponto, passa-se a analisar as especificidades da interpretação no Direito.

2.5.2.2. A NATUREZA ESPECIAL DA INTERPRETAÇÃO NA DOGMÁTICA JURÍDICA

Além de demonstrar que a interpretação não é uma atividade dedutiva e, ao menos em parte, também não é empírica, a hermenêutica torna transparente a conexão entre interpretação e linguagem. Para o Direito, isto é muito significativo, porque revela que a interpretação na dogmática jurídica não pode ser classificada dentre as diversas ciências, apesar de estar muito mais próxima da tradição das humanidades do que daquela das ciências sociais.

Engano fatal e costumeiro é o ligado à crença de que se pode identificar claramente a interpretação na dogmática jurídica, ou seja, que existe um núcleo típico da interpretação correta. Como a linguagem jurídica apresenta uma ambiguidade semântica, geralmente não intencional, existem, em vários casos, possibilidades e significados alternativos; mas a opção correta dentre eles não é assim tão óbvia. É na busca desta alternativa correta ou mais correta que reside, em grande medida, a singularidade do processo hermenêutico do Direito.

De salientar que a interpretação jurídica não é homogênea. Do ponto de vista linguístico, está constituída por diversos jogos de linguagem (pontos de vista interpretativos, normas técnicas, recomendações, enunciados descritivos), que nem mesmo internamente são homogêneos, além de estarem constantemente se transformando, de forma dinâmica.

Mesmo os pontos de vista interpretativos (normativos), que apontam o conteúdo do Direito válido, variam e se modificam no curso do jogo da interpretação jurídica. Esta é, pois, a soma dos diferentes jogos de linguagem que a compõem e pode haver diversas formas de se chegar à solução: partindo-se do texto legal, de um caso precedente ou dos trabalhos legislativos preparatórios, por exemplo; através da análise dos conceitos jurídicos aplicáveis ou privilegiando-se argumentos valorativos.

Do ponto de vista social, a interpretação jurídica se singulariza pelas razões nas quais se baseia ou pode se basear, isto é, pela sua justificação. A natureza última de suas razões é aquilo que os juristas costumam chamar de fontes do Direito. São as fontes de que o Direito emana. Cumprem um papel essencial na interpretação jurídica, porque, somente através de sua utilização (ao menos, de uma delas), é que se pode atribuir e reconhecer a natureza jurídica de uma interpretação. As fontes do Direito são as "cláusulas pétreas" do pensamento jurídico, pois se se perderem, este perderá o controle sobre si mesmo. Pode-se dizer que a interpretação jurídica consiste num conjunto de fontes de interpretação proibidas e permitidas (ou seja, de razões), - que estão previamente estabelecidas com precisão. É justamente este traço que permite comparar a interpretação jurídica, enquanto atividade semântica, à interpretação linguística em geral.

AARNIO se utiliza de um conceito amplo de fontes do Direito. Para ele, "*toda razão que - de acordo com as regras geralmente aceitas na*

comunidade jurídica - pode ser usada como base justificatória da interpretação é uma fonte do Direito⁽³⁷⁾.

Ao lado das fontes do Direito, encontram-se os princípios que guiam seu uso. Eles consistem em técnicas de raciocínio e de argumentação, têm sido internalizados pela comunidade jurídica, se originam dos textos jurídicos e da prática judicial, e devem ser respeitados e observados tão eficazmente quanto possível, para que a justificação de um ponto de vista interpretativo possa ser considerada jurídica. São, portanto, métodos, "standards" da interpretação (tais como a interpretação gramatical, a extensiva, a restritiva, etc), também chamados de diretrizes ou pautas da interpretação jurídica. Criam e determinam o marco dentro do qual as fontes devem, podem e não podem ser usadas. Se o objetivo é atingir uma justificação "ótima", devem ser seguidos.

AARNIO apresenta um catálogo de fontes do Direito, que pode ser assim sintetizado, por ordem de importância: lei; trabalhos legislativos preparatórios; costume; precedentes; princípios gerais do Direito e princípios morais (valores); doutrina; razões práticas ou argumentos reais. Cabe notar que a extensão do conceito ou rol de fontes do Direito corresponde ao tipo de atividade decisória (e, portanto, ao tipo de dogmática jurídica) que existe num determinado período. Pois isto está

⁽³⁷⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.123. ("toda razón que -de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica- puede ser usada como base justificatoria de la interpretación es una fuente del derecho."). (em itálico, no original).

vinculado à forma de entender o raciocínio jurídico e ao modo pelo qual se determina o que é ou não a própria dogmática jurídica. Assim, uma noção ampla de fontes do Direito é condição necessária para o tipo de teoria justificatória de AARNIO, que prioriza o aspecto social, baseia-se na idéia de audiência e critica as doutrinas da única resposta correta⁽³⁸⁾.

Acrescente-se ainda que, segundo AARNIO, as razões de uma interpretação jurídica (as fontes do Direito e os princípios da interpretação jurídica) ocupam uma posição central no Direito, pois, para ele, interpretar o Direito não é uma questão de revelar o sentido escondido nos textos jurídicos. Ao contrário, a interpretação está sempre acompanhada de um caráter criativo, gerador. A idéia é dar sentido e não apenas encontrá-lo. Desta forma, o ponto de partida para a formação do sentido (isto é, as razões) é obviamente fundamental e decisivo⁽³⁹⁾.

Neste passo, convém destacar o principal fator que torna peculiar a interpretação jurídica: é a expectativa social de certeza jurídica, essencialmente relacionada com a idéia de previsibilidade. No Direito, porém, o resultado da interpretação é sempre previamente ignorado. É desconhecido *ex ante*. AARNIO ilustra esta característica, comparando a interpretação jurídica à literária, através da metáfora do

⁽³⁸⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.134.

⁽³⁹⁾ AARNIO. *Derecho*. p.18.

quebra-cabeças⁽⁴⁰⁾. No quebra-cabeças jurídico, a forma final é inédita - o que deve ser entendido à luz do mencionado princípio da certeza ou segurança jurídica, base da própria coesão social. Em decorrência disto, é certo que deve haver um mínimo de previsibilidade nas decisões judiciais - aspecto formal da proteção jurídica-, e, assim, a interpretação jurídica não pode ser totalmente "inédita". Mas isto não significa que seja sempre possível prever a única resposta correta. Ao contrário, para um mesmo problema, pode haver mais de uma alternativa juridicamente bem fundamentada, lastreada nas fontes de direito reconhecidas e com observância dos princípios de interpretação vigentes na comunidade jurídica. Não se pode, portanto, predizer, prever e reconhecer a única solução correta, "a" resposta correta...

De todo modo, como vigora, na cultura ocidental, uma presunção de racionalidade em relação ao comportamento humano em geral e, sobretudo, ao comportamento das autoridades, deve-se chegar a uma interpretação passível de aceitação pela maioria da sociedade, se a questão em foco fosse considerada racionalmente e desde que respeitadas as regras do discurso racional. Tal exigência reflete o aspecto material da expectativa social de certeza jurídica, que requer o respeito aos valores mais caros à sociedade. Vale dizer: a interpretação também deve ser

⁽⁴⁰⁾ AARNIO. *Derecho*.p.27. Explica que, na interpretação jurídica, é obrigatório o recurso às fontes do Direito e aos princípios de interpretação aceitos (traço de previsibilidade), o que a diferencia da interpretação literária e da interpretação de princípios morais, por exemplo.

aceitável do ponto de vista de seu conteúdo, o que se obtém através de um procedimento racionalmente desenvolvido.

2.5.2.3. ESTRUTURA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E AUDIÊNCIA

AARNIO considera que a justificação jurídica é um procedimento argumentativo que segue os princípios do discurso racional. Trata-se de um diálogo entre quem justifica e quem julga a validade da justificação, entre o juiz (ou o funcionário que aplica o Direito) e os destinatários da decisão (a audiência). Com isto, possibilita-se o controle público da interpretação e a adesão intersubjetiva e racional, além de se evitar a mera persuasão ou imposição pela força, o que só ocorre através de uma combinação entre os argumentos utilizados na justificação da interpretação escolhida (e, no caso do juiz, da decisão).

O ponto de partida do diálogo justificatório é um desacordo material, e não meramente linguístico, entre os dialogantes. Um verdadeiro desacordo material se refere ao conteúdo da ordem jurídica e pode se dever a diversos fatores, todos relacionados com a natureza profunda (social) da linguagem.

Certamente, na interpretação jurídica, como na interpretação em geral, apresentam-se diversos problemas decorrentes da linguagem: vagueza, inexatidão e ambiguidade. Ao mesmo tempo, existem lacunas para preencher,

contradições para eliminar e situações de abertura valorativa - defeitos próprios da linguagem e de seu uso pelos indivíduos; mas que, em sede jurídica, não podem prevalecer, pois é imperioso resolver os conflitos sociais.

Sabe-se também que as expressões linguísticas obtêm seu significado contextualmente. O contexto das normas jurídicas é sempre sistêmico e político; portanto, extralegal. Isto significa que a interpretação jurídica está vinculada, de um lado, com o sistema jurídico enquanto sistema de normas; e, de outro lado, relaciona-se com os valores sociais e culturais.

Na interpretação jurídica, o discurso justificatório deve reforçar a interpretação alternativa escolhida através de uma cadeia argumentativa, de modo que obtenha a aceitação da audiência para a qual se dirige. O ponto final da justificação, o seu limite, não está determinado técnica ou previamente; ele está fixado na audiência, no destinatário da interpretação. Para atingi-lo, é necessário desenvolver adequadamente o procedimento justificatório.

Verifica-se, outrossim, que, na interpretação na dogmática jurídica, existe a justificação interna, vinculada ao funcionamento do sistema jurídico em si e de caráter essencialmente técnico; e a externa, que realmente se relaciona com o problema da interpretação e do discurso jurídico. A justificação externa depende, em última instância, das normas, valores básicos e princípios de inferência escolhidos pelo intérprete e utilizados na justificação.

É exatamente nela que se concentra o problema do discurso jurídico e se encontra o cerne da interpretação no Direito.

O procedimento justificatório, por sua vez, incluindo as duas instâncias de justificação, que estão reciprocamente interligadas, pode ser descrito como um silogismo, formado por premissas, reforçadas por novos argumentos ordenados em cadeia.

Todavia, a interpretação jurídica não é exclusivamente um silogismo e não se pode encontrar dedutivamente a solução, a partir de um conjunto de argumentos silogísticos. Porque, se um modelo elementar de subsunção se presta a descrever o estágio final da interpretação, a chamada racionalização *ex post* - sempre possível e típica da justificação interna -, a justificação externa não é silogística de modo algum. Refere-se ela, ao revés, ao convencimento do destinatário da interpretação. Para tanto, deve-se criar uma cadeia de argumentos (ou mesmo silogismos). Porém, não há critérios exatos, gerais e pré-determinados, com base nos quais se possa afirmar que um determinado argumento (ou silogismo) é o adequado. Não há um momento certo em que se possa interromper a cadeia de razões e considerar justificado o ponto de vista interpretativo apresentado. O êxito da interpretação jurídica, ao contrário, depende de ser a totalidade de argumentos suficientemente convincente para a outra parte.

Para um ponto de vista interpretativo ser considerado justificado, é indispensável que as fontes do Direito (pelo menos, uma!) tenham sido utilizadas na forma estabelecida pelas regras (pautas) da interpretação jurídica. É certo que só isto não basta, porque apenas demonstra que a interpretação é legalmente possível.

E, é de se ressaltar ainda que as pautas da interpretação são princípios. São abertas quanto ao seu conteúdo, que pode ser preenchido através de critérios valorativos. Desta forma, a própria ordem de preferência das fontes segundo seu peso argumentativo na justificação jurídica, por aqueles critérios estabelecida, também pressupõe uma referência a valorações. Além disso, a lista de fontes do Direito inclui razões práticas (raciocínio consequencialista), valores e até princípios morais, que podem fazer parte da justificação de uma interpretação jurídica, o que denota as diferentes formas pelas quais valores e valorações podem ingressar no procedimento interpretativo.

Infere-se, pois, que a justificação de um ponto de vista interpretativo, além de variar consoante o problema a ser resolvido, depende do catálogo de fontes do Direito e do sistema de valores que são aceitos e utilizados, do próprio conteúdo material de ambos e das pautas da interpretação que dirigem o raciocínio jurídico.

Não existe uma metodologia única para a interpretação no Direito. Os aspectos metodológicos gerais acima esboçados não formam um modelo fechado, capaz de garantir sempre a aceitabilidade do ponto de vista interpretativo, mas podem proporcionar uma indicação do que pode ser considerado, na comunidade jurídica, como uma interpretação jurídica adequada. São guias, pois sua realização prática é só aproximada. A estrutura da interpretação na dogmática jurídica é aberta.

A teoria não pode fornecer um método único ou um esquema geral para a interpretação jurídica. No entanto, no Direito, toda interpretação é realizada no marco de uma determinada sistematização teórica, ou seja, de uma atividade cognoscitiva por meio da qual os elementos da ordem jurídica - as normas -, são postos em uma certa relação recíproca.

A sistematização é a contrapartida da interpretação. Na dogmática jurídica, aquela corresponde à investigação teórica e esta, à prática. Ambas estão interligadas. A sistematização das normas jurídicas não pode ser feita sem o conhecimento detalhado delas. É ela que oferece um esquema para a interpretação jurídica, através do qual se aprimora a apreensão do conteúdo do Direito. O produto desta atividade conjunta é um sistema jurídico, ou seja, uma concepção sistematizada da ordem jurídica. Alterando-se a sistematização, transforma-se a visão que se tem do ordenamento jurídico.

Na esteira da noção de paradigma científico de KUHN, AARNIO define uma teoria dogmática jurídica como "um conjunto de conceitos e enunciados utilizados para sistematizar as normas jurídicas"⁽⁴¹⁾. Consiste, a mesma portanto, em um instrumento para ordenar as normas jurídicas de uma certa maneira. A teoria é uma articulação parcial do paradigma jurídico-dogmático.

Assim, as sistematizações marcam os limites das interpretações no Direito. Ao final, tudo é reduzido ao conjunto de normas da lei e suas interpretações. Mas os conceitos que descrevem o Direito vigente estão ligados às disposições legais; não são imagens arbitrárias.

Há uma interação dinâmica entre sistematização e interpretação, porque é impossível apresentar questões fora das que determinado esquema conceitual permite e, desta forma, as respostas possíveis em cada momento também estão limitadas. O interesse social em conhecer o conteúdo do Direito, sempre variável, determina o tipo de informação relevante sobre a ordem jurídica em cada momento. A prática social é um contínuo teste para a teoria dogmática jurídica, realizado através da interpretação. Às vezes, exige-se o aprimoramento do instrumental descritivo e até sua substituição. A sociedade e o Direito se transformam.

⁽⁴¹⁾ AARNIO. *Lo racional*.p.190. ("un conjunto de conceptos y enunciados utilizados para sistematizar las normas jurídicas.").

3. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E EXIGÊNCIA DE CORREÇÃO

3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Prosseguindo-se no exame das idéias de Aulis AARNIO e com base na exposição antecedente dos principais aspectos ontológicos e metodológicos de sua teoria da justificação jurídica, tratar-se-á, neste capítulo, de sua tese central: a aceitabilidade racional como princípio regulativo da interpretação jurídica nas modernas sociedades democráticas, face à inexistência de uma única resposta correta em Direito. Para tanto, após a apresentação do núcleo da polêmica acerca da resposta correta, far-se-á uma síntese analítica dos fundamentos da aceitabilidade racional, investigando-se também algumas idéias que a sustentam. Em seguida, será traçado um breve paralelo entre AARNIO e DWORKIN, no que tange à questão da resposta correta, a fim de se verificar a adequação da proposta de AARNIO às demandas sociais e jurídicas das sociedades democráticas contemporâneas, o que constituirá a parte final do capítulo.

Como mencionado, há muito tempo, preocupação comum aos filósofos do Direito, diz com o resultado da interpretação jurídica. Duas tendências costumam se opor: a dos que defendem a existência de uma

única resposta correta e a dos que rechaçam esta hipótese e admitem a pluralidade de interpretações jurídicas igualmente fundamentadas.

A doutrina da (única) resposta correta atrela a racionalidade do Direito à univocidade de sua interpretação, enquanto seus opositores costumam ter um conceito mais amplo de racionalidade. Ela pressupõe que a tarefa da interpretação consiste em descobrir o significado de uma regra legal, o qual, ao menos parcialmente, é independente da atividade do intérprete.

Segundo AARNIO, tal doutrina não é homogênea e suas distintas versões possuem diferentes pressupostos ontológicos e metodológicos, que podem ser assim resumidos: a) existe uma resposta correta que sempre será encontrada e o intérprete saberá que a encontrou; ou, b) sempre existe uma resposta correta que pode ser encontrada, embora, na prática, nem sempre se tenha êxito - o que se estende ao conhecimento do intérprete acerca de sua descoberta: em princípio, pode saber que a encontrou, mas, na prática, nem sempre alcançará este conhecimento; ou, c) a resposta correta é um ideal que nunca pode ser alcançado, mas que constitui o propósito regulativo de toda a interpretação jurídica e, portanto, nunca se pode estar seguro de se ter chegado a ela - o que faz pensar que a mesma possa ser encontrada por causalidade, independentemente de que o intérprete se aperceba de a ter descoberto ou não.

A forma mais comum de se entender a doutrina da resposta correta é vinculando-a ao raciocínio jurídico. Para se encontrar a solução correta, analisa-se a interpretação do Direito apenas do ponto de vista interno, como uma operação silogística, que serve para descrever o resultado da interpretação ou a racionalização justificatória construída *ex post*.

Para AARNIO, analisando-se a doutrina sob enfoque à luz do princípio da certeza jurídica, chega-se à questão de saber se a cadeia de raciocínio na interpretação jurídica pode ser interrompida em algum estágio: caso referida doutrina seja verdadeira, deve-se considerar que se pode suspender a justificação quando o intérprete está em condições de verificar a verdade do enunciado interpretativo. Isto significa que a justificação está voltada para a apresentação de enunciados interpretativos verdadeiros, e a doutrina da resposta correta está voltada ao estabelecimento da verdade.

Atualmente, um dos mais destacados representantes desta corrente, responsável pelo avivamento do debate em torno da resposta correta, é o jusfilósofo norte-americano Ronald DWORKIN. Quanto a DWORKIN e, notadamente no que se refere aos casos difíceis, AARNIO reconhece que ele "não sustenta que em cada caso existe uma resposta correta, mas crê que, em princípio, eia é possível e, na maioria dos casos, existe tal solução. Dworkin admite que há situações ('juízos de empate') em que podem ser justificados tanto os direitos do demandante como os do demandado. Em uma situação tal, é impossível dizer qual é a resposta

correta. Porém também há casos em que a idéia da resposta correta pode ser claramente defendida"⁽¹⁾. Tais situações de decisão podem ser caracterizadas através da suposição de uma "teoria jurídica básica" que justifica as decisões jurídicas e deve ser desenvolvida pelo julgador (em sua teoria, pelo juiz Hércules, o modelo ideal dworkiniano) - o que será desenvolvido no item 3.3.

AARNIO não aceita que a teoria de DWORKIN: a) esteja "baseada na suposição idealista segundo a qual a decisão correta está oculta na lei e apenas precisa ser descoberta. Assim o sugere a idéia de Dworkin da 'existência' de direitos *ex ante*, independentemente das decisões das autoridades"⁽²⁾; b) não considere a possibilidade de haver ambigüidade genuína nas expressões jurídicas (normas flexíveis, textura aberta), a permitir vários significados alternativos; e, c) postule uma teoria justificatória básica que possa conter valorações, que, em algum sentido, pelo menos, tenham que ser admitidas como absolutas, pois somente assim é viável a construção da "melhor teoria possível".

Partidário de um moderado relativismo axiológico, AARNIO diverge francamente de DWORKIN, pois não concorda com a suposição de

⁽¹⁾ AARNIO. *Lo racional*.p.214.("[Dworkin] no sostiene que en cada caso existe una respuesta correcta pero cree que, en principio, ella es posible y, en la mayoría de los casos, existe tal solución. Dworkin admite que hay situaciones ('juicios de empate') en las que pueden ser justificados tanto los derechos del demandante como los del demandado. En un situación tal, es imposible decir cuál es la respuesta correcta. Pero también hay casos en los que la idea de la respuesta correcta puede ser claramente defendida.").

⁽²⁾ AARNIO. *Lo racional*.p.216.("[la teoría de Dworkin] está basada en la suposición idealista según la cual la decisión correcta está oculta en la ley y tan sólo necesita ser descubierta. Así lo sugiere la idea de Dworkin de la 'existencia' de derechos *ex ante*, independentemente de las decisiones de las autoridades.").

valores absolutos, o que, inclusive, considera inadequado no âmbito da cultura jurídica ocidental. Filia-se a uma concepção que qualifica como crítica e admite a possibilidade de várias interpretações igualmente bem fundamentadas. Dito de outro modo: não há resposta correta na interpretação jurídica (tese ontológica) e tampouco respostas deste tipo podem ser descobertas pelo intérprete (teses epistemológica e metodológica). Através da aceitabilidade racional das interpretações jurídicas, AARNIO se propõe a rebater a crítica de que a existência de mais de uma possibilidade interpretativa afeta a própria idéia de justificação no Direito, que pode se tornar fruto de mero acaso ou arbítrio, conduzindo à perda de racionalidade na interpretação jurídica.

3.2. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E ACEITABILIDADE RACIONAL

Como já mencionado, a justificação de um ponto de vista interpretativo depende, em larga medida, do recurso a valores e valorações, inclusive no que diz com a ordenação das fontes do Direito utilizadas e com a especificação das pautas do raciocínio jurídico.

Diante disto, se, do mesmo modo que AARNIO, não se adotam as teorias cognoscitivas das valorações, considera-se que não há valores absolutos cognoscíveis. Portanto, deve-se admitir, para um mesmo problema jurídico, várias soluções alternativas igualmente bem

fundamentadas; sendo possível, em consequência, mais de um ponto de vista justificado na dogmática jurídica.

Remanesce, de qualquer modo, a dúvida sobre a possibilidade de uma solução ser a melhor justificada. Para resolvê-la, já se demonstrou que, do ponto de vista de seu conteúdo, a justificação deve corresponder às razões e pautas do raciocínio jurídico aceitas e vigentes em determinado sistema jurídico. Ademais, a justificação só será coerente se a argumentação for racionalmente desenvolvida. Neste passo, deve-se reavivar a noção de que o procedimento de justificação é, em essência, um diálogo. Consiste na busca de uma combinação de argumentos necessária para a justificação do ponto de vista interpretativo, a fim de que este possa ser racionalmente aceito pelo destinatário.

AARNIO conclui que, diante da relatividade dos valores e do importante papel que desempenham no procedimento justificatório, pode haver mais de uma resposta correta na interpretação jurídica. Deve, contudo, ser possível identificar a interpretação mais bem justificada. Esta geralmente será aquela que possuir uma justificação contextualmente suficiente, o que fundamenta sua aceitação pela comunidade jurídica. Surge, deste modo, a necessidade de se justificar a própria justificação jurídica. A fim de fazê-lo, diante da presunção social básica de racionalidade vigente na cultura ocidental, há de se descobrir a conexão existente entre a racionalidade exigível na argumentação jurídica e o

relativismo axiológico. Chega-se, então, ao conceito adequado de racionalidade para a justificação jurídica: a aceitabilidade racional.

3.2.1. A ACEITABILIDADE RACIONAL

Cumprе advertir preliminarmente que racionalidade e aceitabilidade racional consistem em modelos ideais de raciocínio ou argumentação jurídica. Não são fatos empíricos; todavia, não são criações arbitrárias. Pelo contrário, sua reconstrução reflete a exigência social de racionalidade presente na cultura ocidental. A interação comunicativa e a vida social fundamentam-se na coerência com que se deve reger o comportamento em sociedade. Tais conceitos apenas tornam explícito um fato cultural intersubjetivo, que está profundamente oculto no uso linguístico comum e na forma de vida ocidental.

Desta forma, verifica-se que, para AARNIO, a aceitabilidade racional resulta de uma análise cultural. Sobre ela só se pode oferecer prova indireta. Adverte o autor, na esteira da filosofia analítica, que referido conceito não pressupõe aceitação metafísica ou transcendental, porque sempre existe a possibilidade de uma cultura diversa ter uma conceito de racionalidade também diferente daquele da cultura analisada.

Na condição de modelo ideal, a aceitabilidade racional é um critério para a crítica. Através dela, pode-se avaliar o discurso jurídico real e tentar aproximá-lo ao máximo do idealizado. Trata-se de uma medida para um bom discurso jurídico.

AARNIO inspira-se na tradicional diferenciação entre racional e razoável de PERELMAN⁽³⁾, para desenvolver em sua obra um conceito próprio de racionalidade para o Direito, não meramente instrumental, mas atento à importância da razão prática na argumentação jurídica, voltada à solução de casos concretos⁽⁴⁾.

Neste sentido, busca combinar o racional e o aceitável. Porque a "aceitabilidade racional é uma propriedade do resultado final do procedimento de justificação jurídica. Por conseguinte, fala-se da aceitabilidade racional dos pontos de vista interpretativos. Por sua vez, pelo que respeita à sua natureza, a interpretação jurídica é um diálogo, quer dizer, neste sentido, uma forma da comunicação humana."⁽⁵⁾

Disto decorre que a base da aceitabilidade é a racionalidade comunicativa, vinculada com a argumentação e com o convencimento e voltada para o entendimento mútuo, consoante a concepção de Jürgen HABERMAS.

⁽³⁾ Ver item 1.2.5.2, do capítulo primeiro.

⁽⁴⁾ Ver item 1.3.3, do capítulo primeiro.

⁽⁵⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.241. ("la aceptabilidad racional es una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica. Por consiguiente, se habla de la aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos. A su vez, por lo que respecta a su naturaleza, la interpretación jurídica es un diálogo, es decir, en este sentido, una forma de comunicación humana.").

Tal racionalidade pressupõe uma linguagem comum, entendida como forma de ação, pois "falar uma língua é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida"⁽⁶⁾. Deste modo, a ação comunicativa destina-se à obtenção racional da compreensão recíproca, do consenso - o que só é possível porque as partes do diálogo têm o mesmo fundamento cultural, o mesmo Mundo da Vida, isto é, partilham de um complexo composto pela cultura, sociedade e indivíduos⁽⁷⁾.

Outrossim, segundo o próprio HABERMAS, o "conceito básico de ação comunicativa explica como a integração social pode se verificar mediante as forças vinculantes de uma linguagem intersubjetivamente compartilhada; o que impõe restrições pragmáticas aos sujeitos que se proponham a usar as energias vinculantes da linguagem e os compele a sair de um egocentrismo voltado para o próprio sucesso no sentido de se abrirem para os critérios públicos de racionalidade do entendimento mútuo. Desse ponto de vista a sociedade apresenta-se como um Mundo da Vida

⁽⁶⁾ WITTGENSTEIN. *Investigações*.p.189.

⁽⁷⁾ Consoante Bárbara FREITAG, o mundo da vida "compõe-se da experiência comum a todos os atores, da língua, das tradições e da cultura partilhada por eles. Ele representa aquela parte da vida social cotidiana na qual se reflete 'o óbvio', aquilo que sempre foi, o inquestionado (...) constitui o espaço social em que a ação comunicativa permite a realização da razão comunicativa, calcada no diálogo e na força do melhor argumento em contextos interativos, livres de coação." In: Habermas e a Filosofia da Modernidade. *Perspectivas*, São Paulo, 16,p.26. O próprio HABERMAS explica que o "Mundo da Vida é constituído por uma rede de ações comunicativas que, ramificando-se através do espaço social e do tempo histórico, nutre-se das fontes das tradições culturais e legitima as ordens tanto quanto a dependência que essas guardam para com os indivíduos socialmente relacionados (...) É na prática cotidiana da comunicação que o cerne do Mundo da Vida é certamente produzido equiprimordialmente a partir do intercurso da reprodução cultural, da integração social e da socialização (...)". In: *Faticidade e Validade*. Tradução provisória e não autorizada, **exclusivamente para uso acadêmico**, de Menelick de Carvalho Netto. Estudo Dirigido - Curso de Pós-Graduação em Direito da U.F.M.G. (Universidade Federal de Minas Gerais) (cópia reprográfica) (A citação está no segundo capítulo do livro, intitulado "Abordagens sociológicas do Direito e conceitos filosóficos de justiça").

simbolicamente estruturado que se reproduz mediante a ação comunicativa." ⁽⁸⁾

Baseado nas idéias habermasianas, AARNIO esclarece que o consenso só é obtido porque a comunicação é livre de compulsão, fundada no poder do melhor argumento. Cuida-se da situação ideal de fala, que se verifica quando as partes estão dispostas a aceitar os requisitos universais da comunicação humana, as condições básicas para que esta ocorra: verdade, correção normativa e sinceridade, que estão conceitualmente ligadas à obrigação de argumentar. Só há uma diretiva para a discussão, seja teórica, voltada para a comprovação da verdade daquilo que se enuncia, seja prática, dirigida para a verificação da correção de enunciados normativos (como os jurídicos): os argumentos devem falar por si mesmos. Para que isto se realize, devem ser respeitadas as seguintes regras: toda pessoa madura tem o direito de participar; toda pessoa tem o direito de discordar de um enunciado e formular um contra-argumento de qualquer tipo; ninguém pode ser impedido, mediante compulsão interna ou externa, de participar ou de formular críticas.

Estes preceitos estipulam a base para a discussão racional, por meio da qual se pode avaliar criticamente a ação comunicativa e

⁽⁸⁾ HABERMAS. **Faticidade e Validade**. Tradução provisória e não autorizada, exclusivamente para uso acadêmico, de Menelick de Carvalho Netto. Estudo Dirigido - Curso de Pós-Graduação em Direito da U.F.M.G. (citação extraída da nota de rodapé (n.11 - item II) do primeiro capítulo da cópia reprográfica, intitulado "O Direito como uma categoria de mediação social entre a faticidade e a validade").

verificar se se está na presença de uma autêntica comunicação ou perante o resultado de persuasão ou pressão.

Os requisitos da livre discussão racional correspondem ao princípio da ética discursiva. A esta, HABERMAS vincula o princípio da universalização, segundo o qual somente as normas que regulem interesses mútuos, e cujas consequências - em caso de obediência geral -, possam ser aceitas por todos os que forem por elas afetados, podem ser válidas. Com isto, estatui-se uma espécie de moral universal e, na discussão prática sobre normas (jurídicas ou morais), através dos argumentos, pode ser alcançado o consenso acerca do certo e do errado, acerca da validade geral de uma norma, mas não da verdade⁽⁹⁾.

AARNIO aceita as bases do discurso racional de HABERMAS, que devem ser aplicadas ao procedimento justificatório da interpretação jurídica.

Adota, no entanto, postura diversa quanto ao conceito universalista da moral. Na esteira de Ernst TUGENDHAT, entende que, para a argumentação jurídica, é suficiente a idéia de que cada participante em um processo de discussão defende "seu ponto de vista sobre por que o método de ação proposto deveria ser aceito como socialmente vinculante. O é se for 'igualmente bom' para cada um. Isto é o que se trata de buscar na

⁽⁹⁾ AARNIO. *Lo racional*.p.245.

discussão prática"⁽¹⁰⁾. Porém, assim não se assegura a obtenção do consenso. A discussão racional e as regras de comunicação são unicamente o marco que permite a participação em um compromisso equitativo. Ou seja: apesar de se ter chegado a um compromisso sobre as vantagens e interesses comuns, continua sendo necessário um compromisso para mantê-los, do qual todos têm que ter o mesmo direito de participar. Requer-se um equilíbrio de poder, a fim de satisfazer os requisitos de equidade.

Deduz-se que nem sempre a racionalidade comunicativa pode conduzir ao consenso, porque não elimina as divergências de opinião. Esta situação permite entender porque não existe apenas uma resposta correta na interpretação jurídica. Um diálogo racional também pode levar a duas ou mais respostas igualmente bem fundamentadas. E não se pode indicar um critério objetivo ou "a razão última" de acordo com a qual fosse possível sustentar que uma das propostas de interpretação estaria melhor fundamentada.

AARNIO lança mão da idéia de racionalidade comunicativa e desenvolve seu próprio conceito de racionalidade. Segundo ele, esta pode ser entendida de duas maneiras. De um lado, refere-se à forma de raciocínio ou argumentação, relacionada com a justificação interna, que, por se basear na inferência lógico-dedutiva (silogismo), é sempre racional.

⁽¹⁰⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.246. ("[un participante argumenta] su punto de vista acerca de por qué o método de acción propuesto debería ser aceptado como socialmente vinculante. Lo es si es 'igualmente bueno' para cada cual. Esto es lo que se trata de lograr en la discusión práctica.").

Denomina-a de "racionalidade -L". Não obstante, também diz respeito à justificação externa. Neste caso, trata-se do procedimento pelo qual se justificam as próprias premissas da argumentação, pois a justificação jurídica é uma forma de raciocínio prático, em que são utilizadas outras regras, além das lógicas. É a chamada "racionalidade-D", ligada ao próprio discurso jurídico racional.

Para AARNIO, portanto, no Direito, a racionalidade abrange tanto a forma lógica da argumentação, quanto as propriedades do procedimento de justificação em si mesmo.

A aceitabilidade, por sua vez, está relacionada com a conclusão da interpretação, com seu conteúdo material. Para ser aceitável, o resultado deve corresponder ao sistema de valores dos destinatários. Como antes mencionado, é decisivo na justificação o papel dos valores e das valorações, importando destacar a aceitabilidade axiológica da interpretação jurídica.

Verifica-se, pois, que só é relevante o resultado da interpretação jurídica que, além de ser aceito por uma comunidade jurídica que atua racionalmente (interpretação racional), também seja razoável (interpretação aceitável).

Para estabelecer os requisitos necessários à obtenção deste resultado, é preciso pressupor a existência de duas teorias: uma teoria procedimental da argumentação jurídica, referida à "racionalidade-D", e uma teoria substancial, ligada à aceitabilidade material, aos conteúdos da interpretação. As regras do discurso racional (aspecto procedimental) são o marco de toda e qualquer interpretação e, no Direito, vinculam as fontes do Direito (argumentos jurídicos) ao resultado da interpretação. Outros fatores, como os argumentos empíricos e morais, também formam a justificação jurídica, sobretudo nos casos difíceis. Contitui-se, desta forma, uma combinação equilibrada destes argumentos, seguindo-se os preceitos da interpretação jurídica, que representam seu núcleo metodológico e, além de serem diretrizes gerais pará o uso das fontes, mostram o lugar da evidência empírica e o papel das razões morais nos contextos jurídicos⁽¹¹⁾.

3.2.1.1. TEORIA PROCEDIMENTAL DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: CONDIÇÕES GERAIS E REGRAS DO DISCURSO RACIONAL

A justificação jurídica é uma espécie de raciocínio prático, pois se refere às normas que guiam a ação humana. Desenvolve-se sob a forma de um discurso racional que, segundo AARNIO, requer a observância a algumas regras, que, em apertada síntese, podem ser assim apresentadas:

⁽¹¹⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.250.

1) Regras de Consistência: vinculadas com a racionalidade-L e com os princípios lógicos;

2) Regras de Eficiência: como discurso prático que é, a justificação jurídica deve buscar efetividade. Deve encontrar a conclusão. Resulta daí a ênfase num prévio acordo semântico a ser respeitado para evitar discussão inútil, fruto de mero desacordo linguístico;

3) Regras de Sinceridade: incluem a abertura subjetiva (participação e discussão livres e sem coação); a abertura objetiva (qualquer tema pode ser discutido, já que as pautas do discurso são neutras quanto ao conteúdo da discussão, o que, no entanto, não se refere ao seu resultado material); honestidade; imparcialidade (*audiatur et altera pars*);

4) Regras de Generalização: vinculadas com a universalização das valorações e dos pontos de vista normativos. Significam que as consequências de uma norma utilizada devem-se estender a todos os participantes e devem poder ser aceitas por todos eles;

5) Regras de apoio: relacionadas com a necessidade de fundamentação. Referem-se ao apoio substancial, à justificação relevante e coerente, à totalidade homogênea dos argumentos utilizados na justificação.

Há ainda as regras do ônus da prova, que, por sua vez, se subdividem em materiais e procedimentais. As primeiras dizem respeito à exigência de tratamento equitativo (destinado a garantir a igualdade substancial entre as pessoas) e à metodologia do uso dos precedentes e dos trabalhos legislativos preparatórios (a não utilização de qualquer deles deve ser justificada pelo intérprete). As regras procedimentais do ônus da prova relacionam-se com a base da vida social, estreitamente ligada à estabilidade. Assim, como a situação ou compreensão prevalente já está justificada, qualquer afastamento dela, qualquer mudança deve ser fundamentada⁽¹²⁾. A necessidade de fundamentação surge apenas com a contestação ou crítica a uma opinião aceita. Por isto, não se pode admitir justificação desnecessária. Também não se aceita justificação irrelevante, para se evitar qualquer desvio ou manipulação na discussão.

A chamada "racionalidade-D" conduz à interpretação do Direito e apresenta a racionalidade institucional vigente na sociedade. Sozinha, não garante que a interpretação será considerada aceitável pelos receptores. Para obter este resultado, duas condições devem ser cumpridas: a existência de uma base comum de conhecimento acerca da realidade entre as partes dialogantes (incluídos, os destinatários) e a sujeição delas aos mesmos valores. É exatamente este último aspecto que leva à teoria substancial da interpretação jurídica.

⁽¹²⁾ Trata-se de uma concepção semelhante ao "princípio de inércia" de PERELMAN, "segundo o qual o que é conforme ao que foi aceito não provoca nenhum espanto, devendo, em contrapartida, todo desvio, toda mudança ser justificados." In: PERELMAN. *Ética*. p.105-6. Segundo ATIENZA, o princípio de inércia de PERELMAN (de certa forma reproduzido por AARNIO), indica um traço de conservadorismo ideológico. In: ATIENZA. *Las razones*. p.91-4.

3.2.1.2. TEORIA SUBSTANCIAL DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: VALORES, VALORAÇÕES E FORMA DE VIDA

No Direito, os valores e as valorações fazem parte da justificação de um ponto de vista interpretativo. Em alguns casos, desempenham papel decisivo na escolha de determinada opção, o que se observa claramente nas decisões judiciais.

Neste sentido, WRÓBLEWSKI explica que a "justificação da decisão interpretativa exige uma identificação dos fatores que são relevantes para o significado de uma regra. Há, *prima facie*, dois conjuntos de tais fatores: diretrizes interpretativas e valorações"⁽¹³⁾; sendo de se notar que estas últimas também interferem na escolha daquelas.

Já PERELMAN, ao tratar dos objetos de acordo que podem servir de premissas num processo argumentativo, opõe duas categorias: uma, relativa ao real, englobando os fatos, as verdades e as presunções, que obtêm a adesão de todos. A outra, referente ao preferível, em que se encontram os valores, as hierarquias e os lugares do preferível, que pretendem apenas a aceitação de grupos particulares. Há que se distinguir ainda entre valores abstratos (justiça, igualdade) e concretos. Os primeiros, enquanto apresentam conteúdo vago e indeterminado, podem obter a aceitação universal. Quando se delimita seu sentido, através do recurso aos

⁽¹³⁾ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.p.63.(Trad. Arantxa Azurza) ("justificación de la decisión interpretativa exige una identificación de los factores que son relevantes para el significado de una regla. Hay, *prima facie*, dos conjuntos de tales factores: directivas interpretativas y valoraciones").

valores concretos, que se referem ao caráter único de certo objeto, o consenso se restringe a grupos específicos⁽¹⁴⁾.

PERELMAN esclarece: "Estar de acordo acerca de um valor é admitir que um objeto, um ser ou um ideal deve exercer sobre a ação e as disposições à ação uma influência determinada, que se pode alegar numa argumentação, sem se considerar, porém, que esse ponto de vista se impõe a todos. A existência dos valores, como objetos de acordo que possibilitam uma comunhão sobre modos particulares de agir, é vinculada à idéia de multiplicidade dos grupos"⁽¹⁵⁾.

No procedimento argumentativo, por conseguinte, os valores são utilizados para justificar uma opção, tornando-a aceitável para o ouvinte, de modo a convencê-lo a adotá-la.

Para AARNIO, um valor é uma propriedade de um objeto ou de um estado de coisas. Uma valoração, por sua vez, é a crença de um sujeito de que algo é ou não valioso, tem ou não um valor.

Os valores não possuem uma natureza objetiva. Às vezes, podem ser justificados teleologicamente, no que diz com as consequências de determinado assunto ou ato. Trata-se de uma valoração técnica, relativa à relação meio-fim, que pode ser verdadeira ou falsa, porque empiricamente

⁽¹⁴⁾ PERELMAN. *Tratado*. p.73-5.

⁽¹⁵⁾ PERELMAN. *Tratado*. p.84.

verificável. Inexiste, contudo, controle objetivo para a justificação deontológica, relativa à norma que se presta a dirigir a conduta apoiando a valoração e é própria dos campos moral e jurídico. Neste caso, pode-se desenvolver uma cadeia argumentativa para justificar os valores intrínsecos (as normas que regem a ação) e chegar a um limite em que se considere justificada a valoração. A justificação última, a eleição valorativa derradeira, pode ser identificada; porém, não é justificável. A racionalidade das valorações não é absoluta; diz respeito apenas a um sistema de valores específico, dentro do qual pode ser apresentada uma argumentação racional em favor da valoração (interpretação) efetuada. O próprio sistema axiológico, entretanto, não pode ser objetivamente justificado. Neste sentido, pode-se considerar que toda valoração é relativa e toda interpretação "está sempre justificada de um modo relativizado: depende de diretrizes interpretativas e de valorações"⁽¹⁶⁾.

AARNIO defende uma postura não cognitivista em relação aos valores e classifica-se como adepto de um relativismo axiológico moderado. E embora reconheça a existência de uma pluralidade de sistemas axiológicos, rejeita a pecha de arbitrariedade e total subjetividade dos juízos de valor.

Para sustentar seu ponto de vista, recorre novamente à relação que WITTGENSTEIN estabelece entre linguagem, ação e forma de vida. É na prática cotidiana que a linguagem encontra seu significado e seu

⁽¹⁶⁾ WRÓBLEWSKI. *Constitución*. p.67. ("[la decisión interpretativa] está siempre justificada de un modo relativizado: depende de directivas interpretativas y de valoraciones.").

próprio fundamento, que advém do meio social, da forma de vida comum. Esta, por sua vez, surge de uma série de atividades primitivas compartilhadas pelos indivíduos, que se estabelecem, se repetem e são aceitas. Esta base sócio-cultural comum é algo dado, que não pode ser fundamentado. É o fenômeno primordial, sobre o qual já não se discute mais, porque há uma aceitação usual e incondicional. É a certeza compartilhada que possibilita o conhecimento, a comunicação e a interação humanas⁽¹⁷⁾. Porque o "duvidar tem um fim"⁽¹⁸⁾ e "a justificação à luz da experiência termina num ponto. Se não terminar, então também não é uma justificação"⁽¹⁹⁾.

As ações, as regras e convicções fundamentais precedem a experiência e definem e caracterizam uma determinada forma de vida, formando um sistema. Este é formado por atividades ainda mais primitivas, os elementos básicos da cultura humana: a imagem do mundo, um núcleo comum de sentido, composto pelas considerações sobre o certo e o errado, o verdadeiro e o falso. A imagem do mundo é um estado dinâmico, fluido, que se transforma continuamente e se sustenta na própria ação humana. A imagem (representação) do mundo constitui a própria atividade lingüística humana e, por conseguinte, cada forma de vida - que não é senão o nexa

(17) É o que WITTGENSTEIN quer dizer, por exemplo, quando afirma: "O nosso erro consiste em procurar uma explicação onde devemos ver os factos como 'o fenômeno primordial'. Isto é, onde devíamos dizer: *este jogo de linguagem joga-se.*" E ainda: "Não se trata de uma explicação do jogo de linguagem através das nossas vivências, mas da constatação de um jogo de linguagem". Prossegue: "O que tem que ser postulado, o que é dado, poderíamos dizer, são as *formas de vida*". Estes trechos correspondem aos parágrafos 654, 655 da primeira parte, e 238 do item "ix" da segunda parte de *Investigações Filosóficas*, respectivamente. In: WITTGENSTEIN. *Investigações*. p.488-601. (em itálico no original).

(18) WITTGENSTEIN. *Investigações*. p.514.

(19) WITTGENSTEIN. *Investigações*. p.429.

entre linguagem e realidade. Existem diferentes formas de vida e, em cada uma delas, podem coexistir diferentes imagens do mundo. A participação em uma determinada forma de vida possibilita o contato interpessoal e não é resultado de deliberação racional. Ao revés, trata-se de ação - uma ação primária -, que se deve a mecanismos sociais complexos, ao fundamento injustificado dado aos indivíduos (marco cultural). Do mesmo modo que a forma de vida não pode ser justificada racionalmente, a transição de uma forma para outra também não é explicável racionalmente e só pode ser feita através de alguma espécie de persuasão⁽²⁰⁾.

Adaptando tais idéias para a questão da relatividade dos valores, AARNIO entende que todo enunciado valorativo está vinculado a uma totalidade complexa de outros enunciados axiológicos, ligados, em última instância, a uma forma de vida, no âmbito da qual podem ser racionalmente justificados. Porém, não possuem uma justificação última, não são fruto de escolha racional e nem são universais, o que não significa que sejam arbitrários. Como diferentes formas de vida possuem semelhanças - na expressão de WITTGENSTEIN, "parentescos"-, e, ao mesmo tempo, podem conter variadas imagens do mundo, também é possível haver mais de um sistema de valores.

Os indivíduos, através do contato social e da linguagem comum, podem se entender e até fazer acordos acerca de valorações.

⁽²⁰⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.276.

Diante disto, conclui-se que os valores não são tão subjetivos, a ponto de cada pessoa possuir um código axiológico particular. Se assim fosse, seriam impossíveis a interação e a comunicação sociais. A própria vida social, principalmente numa comunidade aberta e democrática, requer que os valores de cada um possam ser publicamente controlados. Aderir a um sistema de valores não é uma escolha racional. Mas, socialmente, é necessário que esta adesão possa estar apoiada por uma justificação que deve ser a mais racional possível - o que, por sua vez, atende à presunção de racionalidade vigente na sociedade. Consta-se, pois, que os valores se apresentam intersubjetivamente, como a própria vida social, e, neste sentido, podem ser considerados objetivos. Este traço é que marca o caráter moderado do relativismo axiológico adotado por AARNIO.

No que tange à interpretação jurídica, deve-se frisar que, como questão linguística, ela está visceralmente relacionada com a análise de assuntos concretos, vez que a análise da linguagem leva à da forma de vida e dos atos que a compõem e tornam possível a linguagem em si mesma.

Por outro lado, face à participação essencial do código axiológico no processo interpretativo do Direito, cumpre esclarecer que, através da tese relativista moderada, somente podem ser aceitos aqueles valores que, dentro da perspectiva de realização da certeza jurídica, encontram aceitação geral por parte da sociedade. Chega-se assim ao

conceito de audiência, a "comunidade jurídica", os destinatários da interpretação, os indivíduos que compartilham uma forma de vida.

3.2.1.3. ACEITABILIDADE RACIONAL E AUDIÊNCIA

Importa ressaltar de início, que "como a argumentação visa obter a adesão daqueles a quem se dirige, ela é, por inteiro, relativa ao auditório que procura influenciar"⁽²¹⁾. "O conhecimento daqueles que se pretende conquistar é, pois, uma condição prévia de qualquer argumentação eficaz"⁽²²⁾.

Esta concepção de PERELMAN encontra acolhida no pensamento de AARNIO, que lança mão do conceito adequado de audiência para garantir a aceitabilidade racional de um ponto de vista interpretativo e maximizar as expectativas sociais de certeza jurídica, no contexto de um moderado relativismo axiológico: o de audiência ideal, que denomina de "comunidade jurídica II"⁽²³⁾.

(21) PERELMAN. *Tratado*. p.21.

(22) PERELMAN. *Tratado*. p.23.

(23) AARNIO apresenta esta denominação no artigo "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico". In: *DOXA*, v.8, p.23-38, 1990. Quanto ao conceito original de PERELMAN (item 1.2.6.2 do primeiro capítulo), AARNIO não concorda com seu caráter universal, porque este pressupõe uma teoria axiológica cognotivista, que conduz a valores objetivos e absolutos. Porém, aceita seu caráter ideal - que pressupõe o cumprimento das condições de racionalidade -, o qual adota em sua própria conceituação de audiência. Cfe. AARNIO. *Lo racional*. p.279-84.

A comunidade jurídica II é formada por todos os que aceitam seguir as regras do discurso racional e adotam valores comuns. Está social e culturalmente determinada, porque ligada a uma específica forma de vida: é, portanto, particular. Trata-se, outrossim, de um ideal, já que respeita os requisitos da racionalidade e, apesar de não estar baseada em valores absolutos (universais, objetivos), pode levar, embora não necessariamente, ao consenso racional.

"Os membros de uma certa sociedade participam de formas de vida relativamente uniformes em que há linhas divisórias que separam os indivíduos em campos apenas no que diz respeito a certos valores básicos. A vida social em si mesma mostra que as pessoas são capazes de uma comunicação de largo alcance, também em relação àquilo que é essencial na sociedade. Unicamente sobre esta base leva-se a cabo o manejo de nossos assuntos sociais cotidianos. A participação em uma forma comum de vida (ou em um fragmento dela) cria os requisitos para a atividade conjunta que, por sua vez, possibilita o nascimento do consenso"⁽²⁴⁾.

Decorre disto, o princípio regulativo da interpretação jurídica - o da aceitabilidade racional -, assim enunciado por Aarnio:

⁽²⁴⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.285. ("Los miembros de una cierta sociedad participan en formas de vida relativamente uniformes en donde hay líneas divisorias que separan a los individuos en campos sólo con respecto a ciertos valores básicos. La vida social en sí misma muestra que la gente es capaz de una comunicación de largo alcance, también en aquello que es esencial en la sociedad. Sólo sobre esta base se lleva a cabo el manejo de nuestros asuntos sociales cotidianos. La participación en una forma común de vida (o en un fragmento de ella) crea los requisitos para la actividad conjunta que, a su vez, posibilita el nacimiento del consenso.").

"A dogmática jurídica deve tentar obter aquelas interpretações jurídicas que possam contar com o apoio da maioria em uma comunidade jurídica que pensa racionalmente"⁽²⁵⁾.

Isto apenas reflete a relevância social que possui a obtenção do maior convencimento racional possível acerca do acerto de determinado ponto de vista interpretativo em Direito, devido à expectativa de certeza jurídica existente na sociedade. Não se postula uma teoria eleitoral da verdade, pois as proposições normativas da justificação jurídica não pertencem ao âmbito da verdade, mas sim, ao da legitimidade. Pode haver mais de uma argumentação verdadeira, dependendo do ponto de partida (valorativo) adotado pelo intérprete. Neste aspecto, reside o núcleo da crítica e da rejeição à tese da única resposta correta, em função da perspectiva axiológica relativista de Aarnio.

Por outro lado, a maioria postulada é somente um fenômeno ideal, posto que formada por pessoas racionais que compartilham certas valorações relevantes para a questão jurídica sob interpretação. É, portanto, um critério para medir a importância social da norma jurídica (em sentido amplo) utilizada na justificação apresentada. Consoante o conceito ocidental de Democracia, uma interpretação jurídica que atinja um consenso representativo sobre o sistema de valores que está na

⁽²⁵⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.286. ("La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente.").

base da ordem jurídica é algo necessário e suficiente. Deve-se, pois, criar uma base aceitável de ação do ponto de vista da comunidade, em razão somente da "força racional da justificação". "Tal interpretação satisfaz também maximamente a expectativa de certeza jurídica da sociedade. E, ademais, este ponto de vista possui a máxima legitimidade nessa sociedade"⁽²⁶⁾.

AARNIO apresenta uma proposta de investigação na dogmática jurídica, que é uma alternativa a modelos como o formalista (kelseniano) e o empirista (realismo jurídico).

Trata-se de conceber a validade do Direito em conexão com a certeza jurídica e com a aceitabilidade racional. Percebe-se que a justificação das interpretações desempenha um papel-chave, até porque ela é necessária para o funcionamento adequado da sociedade. A legitimidade da decisão só pode ser avaliada e é plenamente satisfeita a expectativa de certeza jurídica, quando a interpretação (ou decisão) se submete ao marco legal, após ter sido observado o discurso (argumentação) racional e respeitado o código de valores dominante. Para ser aceitáveis, as interpretações têm que ser tanto racionais (legalidade e racionalidade), quanto razoáveis (conteúdo material, valores).

⁽²⁶⁾ AARNIO. *Lo racional*. p. 287. ("Tal interpretación satisface también maximamente la expectativa de certeza jurídica de la sociedad. Y, además, este punto de vista posee la máxima legitimidad en esa sociedad.").

Para AARNIO, a aceitabilidade racional é um princípio válido e efetivo, que funciona na prática cotidiana e permite encontrar a interpretação mais adequada. Mesmo que nem sempre seja observado, mantém-se como princípio regulador da comunidade jurídica como um todo, porque "guia não só o intérprete individual, mas também seus críticos. Portanto, a aceitabilidade racional satisfaz nossos mais estritos requerimentos relativos à argumentação jurídica mais adequada na sociedade democrática moderna"⁽²⁷⁾.

3.3. AARNIO x DWORKIN: ESBOÇO DE UMA DIVERGÊNCIA EM TORNO DA EXISTÊNCIA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Considerando-se o posicionamento de AARNIO em relação à possibilidade de correção na interpretação jurídica, pode-se traçar um paralelo entre ele e Ronald DWORKIN, no que tange à tese da resposta correta. Todavia, em razão da profundidade e do alcance das teses de DWORKIN, cujo exame não cabe nos lindes deste trabalho, apenas serão enfatizados alguns aspectos, sobretudo relativos ao significado social da justificação jurídica nas Democracias contemporâneas, consoante o interesse de AARNIO. Para isto, serão apresentadas, em linhas gerais, as principais idéias de DWORKIN.

⁽²⁷⁾ AARNIO. *Lo racional*. p.288. ("[Esta 'medida'] guía no sólo al intérprete individual sino también a sus críticos. Por lo tanto, la aceptabilidad racional satisface nuestros más estrictos requerimientos con respecto al razonamiento jurídico más adecuado en la sociedad democrática moderna.").

3.3.1. A VISÃO DE RONALD DWORKIN: O DIREITO COMO INTEGRIDADE

DWORKIN concebe o Direito como integridade. Parte da suposição de que os indivíduos possuem direitos *ex ante*, independentemente de sua estatuição por ato de autoridade, que devem ser reconhecidos pelo julgador, principalmente na decisão dos chamados "casos difíceis". É a chamada "tese dos direitos".

Nesta perspectiva, desenvolve a tese da resposta certa que, segundo Vera Karan de CHUEIRI, se presta a demonstrar que "a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivas agasalham, não havendo espaço para a sua criação, para o ato discricionário do juiz. A resposta certa não é algo dado, mas construído argumentativamente. A sua elaboração sugere a analogia da prática jurídica com o exercício literário (...), consubstanciando a idéia da *chain of law* (...) A idéia de uma interpretação crítico-construtiva para a prática jurídica (...) ajusta-se à ambição iluminista de (re)construção de uma ética da equidade que sirva de base normativa para o convívio social; para uma *comunicação sem entraves*. Para tanto, conceber-se-á o *direito como integridade (Law as integrity)*"⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ CHUEIRI, Vera Karan de. **A filosofia jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de Direitos**. Florianópolis. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e da Política) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1993.p.64-5. (em itálico, no original).

Ademais, para DWORKIN, um "Estado é uma comunidade de princípio e o conjunto de princípios do passado determina o presente, mas não absolutamente, apenas de modo relativo. O direito como integridade é um enfoque que exige justificar mediante razões o abandono de princípios anteriores. A integridade não tolera a irracionalidade. As normas que compõem um ordenamento jurídico estão sustentadas em um conjunto de princípios justificadores. O elemento fundamental do direito não é a norma, mas o princípio justificador (...) A justiça não é o único valor importante no direito. Junto a ele existem outros como a equidade, o devido processo, o princípio de legalidade e a coerência"⁽²⁹⁾.

Constata-se que o Direito mantém estreitos vínculos com a Moral e a Política.

Em relação à questão sob enfoque - a tese da resposta correta -, releva destacar a concepção dworkiniana da função judicial, a teoria da adjudicação judicial, através da qual o autor rechaça a idéia positivista da discricionariedade do juiz nos casos difíceis e o irracionalismo subjetivista do pragmatismo.

⁽²⁹⁾ CALSAMIGLIA, Albert. **Racionalidad y eficiencia del derecho**. Coyoacán/México: Fontanamara, 1993. p.89-90. ("[Un] Estado es una comunidad de principio y el conjunto de principios del pasado determina el presente, pero no absolutamente sino sólo relativamente. El derecho como integridad es un enfoque que exige justificar mediante razones el abandono de principios anteriores. La integridad no tolera la irracionalidad. Las normas que componen un ordenamiento jurídico están sostenidas en un conjunto de principios justificadores. El elemento fundamental del derecho no es la norma sino el principio justificador (...) La justicia no es el único valor importante en el derecho. Junto a él existen otros como la equidad, el proceso debido, el principio de legalidad y la coherencia."). Nota-se um traço comum ao pensamento de AARNIO: a necessidade de justificar o abandono de princípios anteriores, consoante a idéia de inércia de PERELMAN.

DWORKIN afirma que ao juiz cabe sempre descobrir a resposta correta, que está oculta no Direito pré-existente.

Para tanto, necessita o julgador de uma teoria jurídica básica que confira um sentido sistêmico a todo o Direito (leis e precedentes) e englobe os princípios - que dão conteúdo à teoria abstrata da igualdade e garantem os direitos individuais (ou de grupo) -, e as políticas que asseguram fins e interesses coletivos. Tais elementos devem ser apresentados segundo uma ordem de preferência que deve sempre privilegiar os princípios, quando em choque com as políticas. A melhor justificação possível é a mais coerente com a teoria jurídica básica em que se sustenta.

DWORKIN confia tal tarefa a um juiz-filósofo que chama de Hércules. É um modelo ideal, ao qual os juízes podem e deveriam aproximar-se ao máximo.

Hércules possui "habilidades, aprendizagem, paciência e agudeza intelectual sobre humanas"⁽³⁰⁾ e deve tratar a ordem jurídica como se não tivesse lacunas, construindo "um esquema de princípios abstratos e concretos que proporcione uma justificação coerente para todos os precedentes do *common law* e, na medida em que estes não de se justificar por princípios, também para as disposições constitucionais e legais (...) Sua

⁽³⁰⁾ DWORKIN, Ronald. Casos difíciles. In: *Cuadernos de Crítica*, 14. p.44,1981.(Trad. Javier Esquivel) [Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México] ("habilidades, aprendizaje, paciencia y agudeza intelectual sobrehumanos(...)").

teoria é primordialmente uma teoria acerca do que a lei ou o precedente mesmo requerem, e ainda quando, é óbvio, a elaboração deste juízo refletirá suas próprias convicções intelectuais e filosóficas, isto é algo muito diferente da suposição de que aquelas convicções têm alguma força independente em seu argumento apenas por serem suas"⁽³¹⁾.

Hércules procura "encontrar a melhor justificação possível de um fato legislativo do passado. Trata de mostrar um pedaço da história social (a história de uma legislatura eleita de forma democrática que sanciona um texto em particular em circunstâncias particulares) sob a melhor perspectiva possível, e isto significa que sua descrição deve justificar toda a história e não só sua conclusão. Sua interpretação deve ser sensível não só a suas convicções acerca da justiça e de uma política (...), mas também a suas convicções sobre os ideais da integridade e da equidade política e do devido processo enquanto estes se aplicam de forma específica à legislação em uma democracia"⁽³²⁾. Para tanto, deve submeter sua interpretação a sucessivos testes até chegar à melhor justificação

⁽³¹⁾ DWORKIN. *Casos difíciles*.p.61-3. ("[Deve construir] un esquema de principios abstractos y concretos que proporcione una justificación coherente para todos los precedentes del *common law* y, en la medida en que éstos han de justificarse por principios, también para las disposiciones constitucionales y legales (...) Su teoría es más bien una teoría acerca de lo que la ley o el precedente mismo requieren, y aun cuando, por supuesto, el hacer ese juicio reflejará sus propias convicciones intelectuales y filosóficas, eso es algo muy distinto a suponer que aquellas convicciones tienen alguna fuerza independiente en su argumento sólo porque son suyas.").

⁽³²⁾ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1988.p.239. (Trad. Claudia Ferrari) ("encontrar la mejor justificación posible de un hecho legislativo del pasado. Trata de mostrar un pedazo de historia social (la historia de una legislatura elegida en forma democrática que sanciona un texto en particular en circunstancias particulares) bajo la mejor perspectiva posible, y esto significa que su descripción debe justificar toda la historia y no sólo su conclusión. Su interpretación debe ser sensible no sólo a sus convicciones acerca de la justicia y de una política (...), mas también a sus convicciones sobre los ideales de la integridad y la equidad política y el debido proceso en cuanto a que éstos se aplican en forma específica a la legislación en una democracia.").

possível do ponto de vista da moralidade política vigente na comunidade e em harmonia com as decisões do passado⁽³³⁾.

DWORKIN refuta qualquer espaço para o juiz atuar por conta própria nos casos difíceis. Com isto, reduzem-se a incerteza e a insegurança na tomada de decisão judicial e evita-se que o juiz se transforme em legislador (garantia do princípio da separação dos poderes e da legitimidade democrática) e crie Direito novo para fatos anteriores (garantia da irretroatividade do Direito). A função do Poder Judiciário é garantir direitos individuais e não tomar decisões políticas e traçar objetivos sociais, pois, para isto, "os legisladores eleitos estão melhor qualificados"⁽³⁴⁾.

Pode-se visualizar esquematicamente esta concepção através dos seguintes aspectos, ressaltados por Albert CALSAMIGLIA: "A) Em todo processo judicial existe um juiz que tem a função de decidir o conflito; B) Existe um direito a vencer no conflito e o juiz deve indagar a quem corresponde vencer; C) Este direito a vencer existe sempre ainda que não exista norma exatamente aplicável; D) Nos casos difíceis o juiz deve conceder a vitória a uma parte baseando-se em princípios que lhe garantam o direito; E) Os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que os fundamentam; F) O juiz - ao fundamentar sua decisão em

⁽³³⁾ CHUEIRI. *A filosofia*.p.128.

⁽³⁴⁾ DWORKIN. *Casos difíciles*.p.71. ("[el argumento de la democracia según el cual] los legisladores electos están mejor cualificados (...)").

um princípio pré-existente - não inventa um direito nem aplica legislação retroativa: se limita a garanti-lo"⁽³⁵⁾.

Verifica-se que a concepção de DWORKIN se baseia na pressuposição ontológica fundamental de que existe sempre uma resposta correta, a qual, ainda que implícita, pode ser descoberta. Tal premissa se sustenta em uma teoria objetivista da moral social, que supõe juízos morais verdadeiros e objetivamente cognoscíveis. Embora estes não sejam produto de um procedimento específico, a resposta correta encontrada "por Hércules não o é porque ele assim o creia ou em virtude de algum consenso obtido com os que estão de acordo com suas crenças, mas o é objetivamente ainda quando não haja meios para demonstrar sua verdade ou falsidade"⁽³⁶⁾.

3.3.2."HÉRCULES x COMUNIDADE JURÍDICA II"

Tanto o juiz Hércules de DWORKIN quanto a Comunidade Jurídica II de AARNIO são conceitos ideais que se prestam a medir (e criticar) a racionalidade e a correção da interpretação jurídica. Ambos analisam a

⁽³⁵⁾ CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1989.p.18. ("A) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quién corresponde vencer; C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable; D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho; E) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan; F) El juez -al fundamentar su decisión en un principio preexistente- no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo.").

⁽³⁶⁾ VIGO. **Perspectivas**.p.179. ("[Lo correcto concluido] por Hércules no lo es porque él así lo crez o en virtud de algún consenso logrado con los que están de acuerdo con sus creencias, sino que lo es objetivamente aun cuando no haya medios para demostrar su verdad o falsedad.").

atividade judicial, porque nela se refletem de maneira mais clara as relações entre o Direito, a sociedade, as questões morais e políticas, e em torno dela giram as expectativas sociais de certeza e segurança jurídicas.

A racionalidade das decisões judiciais está vinculada com sua previsibilidade. Para tanto, é preciso que haja algum parâmetro que diminua a incerteza de seu resultado.

Segundo AARNIO, o resultado da interpretação depende de que esta tenha sido realizada no marco das regras do discurso racional. Através destas, as fontes do Direito e os princípios de interpretação estabelecidos - que devem necessariamente ser utilizados pelo juiz -, se vinculam ao resultado da interpretação. É o procedimento que, em última instância, pode gerar um resultado correto e permite o controle da interpretação jurídica.

•Para DWORKIN, é a exigência de coerência com as decisões do passado, com os princípios que as inspiraram, que obriga o juiz a conceber o Direito como integridade e o impede de romper com a cadeia narrativa do Direito. Neste aspecto, sua teoria se insere exatamente em seu contexto cultural: o do sistema jurídico do *Common Law*, essencialmente construído sobre precedentes. Sua concepção do Direito como uma narrativa coerente, mais do que corresponder a um conceito interpretativo, reflete grande preocupação com a segurança

jurídica, em função do que, pela força dos precedentes, é anulado o poder do juiz, criando-se limitações que, na tradição romano-germânica, decorrem do primado do princípio da legalidade.

De todo modo, AARNIO e DWORKIN constataam que há um paradigma comum de que o intérprete parte no processo hermenêutico, inclusive nos chamados casos difíceis. AARNIO identifica-o nas fontes sociais do Direito; DWORKIN admite a existência de direitos *ex ante*, independentemente de qualquer ato de autoridade, consubstanciados nos princípios jurídicos. Ambos vinculam o juiz à tradição vigente no meio social: AARNIO, através das fontes positivadas; DWORKIN, recorrendo à história institucional da narrativa jurídica que revela os princípios básicos da moralidade política da comunidade.

Quanto à possibilidade de controle racional da justificação das decisões jurídicas, DWORKIN entende inexistir um procedimento que mostre necessariamente a única resposta correta, mas isto não invalida sua tese porque Hércules estaria em condições de encontrar a única solução certa, cabendo ao juiz real aproximar-se ao máximo deste ideal. AARNIO, por sua vez, afirma não haver uma metodologia única para a interpretação jurídica; porém, como a argumentação jurídica é uma espécie de discurso prático (moral), sua racionalidade é garantida pela observância das regras do discurso racional em circunstâncias ideais. Cuida-se também de um

padrão idealizado, mas, neste caso, o próprio procedimento permite conferir racionalidade ao resultado.

Quanto à correção dos resultados obtidos na interpretação jurídica, AARNIO não considera possível que, havendo conflito de valores, haja uma única solução correta. Axiologicamente relativista, não admite pretensões universalizantes. Prefere a aceitabilidade racional das decisões jurídicas e invoca o princípio da maioria como critério pragmático para a estabilização das respostas no Direito. Com isto, leva em conta as expectativas do auditório (a sociedade), o que já é considerado no próprio procedimento justificatório, concebido como um diálogo racional entre julgador e destinatários. Através do diálogo interpretativo, estabelece-se a comunicação entre juiz e sociedade, o que é necessário para a legitimação e controle do poder exercido através da atividade judicial.

DWORKIN, por seu turno, parte da pressuposição de valores absolutos objetivamente apreensíveis que conduzem à resposta correta. Considera que a razão é capaz de conhecimento objetivo, universalmente válido. Daí que o resultado alcançado, através da teoria justificatória mais coerente com a concepção de Direito como integridade, é o único correto. Esta solução é encontrada pelo juiz, que a constrói argumentativamente a partir do material jurídico existente e à luz da moralidade política da comunidade. Não há a preocupação com o estabelecimento de um diálogo (ainda que hipotético), com os destinatários. Hércules está fechado em si

mesmo e descobre a melhor resposta (a única correta), lançando mão de seus próprios juízos morais e políticos.

DWORKIN também não analisa as limitações da linguagem, pois, para ele há um sentido oculto no ordenamento que pode ser descoberto pelo intérprete.

Em algumas situações raras, os "juízos de empate", o jusfilósofo norte-americano admite que os direitos de ambas as partes podem estar justificados. Neste caso, a decisão deve se reger por critérios de moralidade política. Assim, para que a escolha final seja a única correta, deve-se pressupor, como explica ALEXY, "uma tese ontológica que não é apenas difícil de fundamentar como também não é muito plausível. Ainda que não exclusivamente, as respostas às questões práticas também se baseiam essencialmente em interpretações e avaliações de interesses. Não se pode supor, com base nisso, que sempre só é possível exatamente uma resposta para cada questão prática. A tese da existência de uma única resposta adequada para cada questão prática coloca, pelo menos no campo prático, uma injustificável ficção ontológica"⁽³⁷⁾.

A pressuposição de valores absolutos que está na base da tese da resposta correta é rechaçada por AARNIO, que não a admite nem como critério para avaliar a correção das interpretações. Esta solução é proposta, por

⁽³⁷⁾ ALEXY, Robert. Problemas da teoria do discurso. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.p.25. (Trad. João Maurício Adeodato).

exemplo, por ALEXY, que pleiteia a utilização da idéia da única resposta correta como princípio regulativo do discurso prático (e, portanto, do jurídico), de forma que, através de um procedimento racional, se envidem esforços para alcançá-la, embora não se saiba quando isto ocorra.

Para AARNIO, as escolhas finais na argumentação jurídica não se baseiam somente na racionalidade do procedimento adotado e nas estruturas livres que asseguram a discussão ideal. Os interesses (valores) em causa também são decisivos para a decisão. Nesta perspectiva, afirma que dois ou mais juízes Hércules "*podem* alcançar várias respostas não equivalentes, mas igualmente fundamentadas"⁽³⁸⁾.

Explica AARNIO que, neste caso não há argumentos racionais para sustentar que uma das possibilidades é a correta. Isto só seria possível de fora da discussão, através de um "metaHércules", o que conduziria a um regresso ao infinito argumentativo, sem resolver o problema. Daí que "uma pessoa que fale de uma solução 'correta' neste tipo de situações, remete a argumentos que estão 'por trás' das razões públicas"⁽³⁹⁾, sendo impossível continuar a discussão racional com ela.

Tudo isto remete à noção básica de audiência. É esta que pode determinar, em casos de empate, qual é a solução mais bem fundamentada,

⁽³⁸⁾ AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *DOXA*, v.8, p.32, 1990. ("[dos o más Hércules J.] pueden alcanzar varias respuestas no equivalentes pero igualmente bien fundadas.").

⁽³⁹⁾ AARNIO. *La tesis*. p.32. ("una persona que hable de una solución 'correcta' en este tipo de situaciones, remite a argumentos que están 'detrás' de las razones públicas(...)").

pois é à audiência que se dirige todo procedimento argumentativo. Neste aspecto, reside outra distinção importante entre AARNIO e DWORKIN.

3.3.3. RESPOSTA CORRETA E AUDIÊNCIA

Se não se partilha do objetivismo axiológico pressuposto por DWORKIN, é necessário recorrer a algum outro critério para avaliar a correção da interpretação jurídica e tornar objetiva e controlável a atividade judicial.

Nas Democracias, face à exigência de razões públicas das decisões tomadas no exercício do poder, é a aceitabilidade social das mesmas que permite avaliar sua correção. Para isto, é necessário levar em conta os interesses da sociedade e sua incessante transformação.

DWORKIN mantém-se fiel a um enfoque histórico, prende-se à tradição - talvez em decorrência de sua formação hermenêutica. Concebe sua tese para uma sociedade democrática que supõe como sendo uma pessoa moral, para a qual exige, além de integridade moral, uma concepção coletiva coerente da justiça, que se origina no passado e é capaz de conduzir à verdade (correção) das interpretações jurídicas. Esta visão de sociedade como um todo passível de homogeneização axiológica, além de não corresponder à realidade (nem em países desenvolvidos e de arraigada

tradição cultural), não se amolda ao caráter das Democracias ocidentais contemporâneas, sobretudo em face do processo atual de globalização.

Além disso, ao privilegiar os princípios, em detrimento das políticas - as quais o juiz não pode levar em conta na decisão de casos difíceis⁽⁴⁰⁾ -, DWORKIN não apenas limita a atividade judicial, mas retira-lhe a possibilidade de realizar os próprios direitos individuais que tanto preza. Sobre isto, esclarece Willis S. GUERRA FILHO, que a distinção preconizada por DWORKIN não dá conta da dupla dimensionalidade dos direitos fundamentais: uma dimensão "**subjéitiva**, individual, a que tradicionalmente a eles vem associada, e, uma outra, **objetiva**, que expressa valores almejados por toda a comunidade política. Essa última, no dizer de Vieira de Andrade, 'aparece **contraposta** aos direitos (interesses) individuais, relativizando-os, revelando e definindo os seus **limites**'"⁽⁴¹⁾.

Isto significa que é preciso harmonizar interesses de natureza individual e coletiva e interesses de caráter geral, de ordem pública. Não se pode pressupor a existência de valores absolutos no meio social e qualquer indicação de uma hierarquia entre os diversos valores reflete uma visão pessoal. Sua adequação à realidade só pode ser medida através do respaldo da própria comunidade a que se dirige. Atualmente, nas

⁽⁴⁰⁾ DWORKIN. *Derechos en serio*. p.490.

⁽⁴¹⁾ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 82, p.70-91, abr-jun96. (grifos, no original).

sociedades democráticas, a diversidade de opiniões e valores não autoriza respostas definitivas e concepções absolutizantes e unívocas.

Neste aspecto, adepto de uma visão mais realista, AARNIO reconhece que, nas sociedades democráticas ocidentais, convivem diferentes códigos morais. Contudo, no que tange à interpretação jurídica, não é qualquer sistema de valores que tem relevância para a realização da certeza jurídica. O intérprete deve interagir com o auditório, pois somente os valores que possam lograr um consenso representativo na comunidade são aceitáveis como critério de decisão. Respeita-se o caráter heterogêneo das sociedades contemporâneas, que destaca a legitimidade da interpretação jurídica (princípio da maioria), em detrimento de uma improvável correção.

AARNIO reflete uma concepção pluralista de sociedade, em que distintas visões de mundo convivem, mediante compromissos que exigem a ponderação de interesses contrapostos. Tal entendimento se amolda melhor à Democracia concebida, na esteira do entendimento de Claude LEFORT, como dissenso, espaço de conflitos e diferenças, ordem social comprometida com o que WARAT identifica com o "advento de práticas e significações que, pela ação de múltiplas circunstâncias históricas, vão instituindo novas relações com o poder, a dominação e o sentido da autonomia do homem"⁽⁴²⁾. A Democracia "é o lugar da

⁽⁴²⁾ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.p.108.(Trad. José Luís Bolzan de Moraes).

indeterminação e da invenção"⁽⁴³⁾; nela, não há espaço para a verdade definitiva, e, portanto, um único sentido, uma única resposta.

Nesta perspectiva, a proposta de AARNIO é mais adequada à concepção de Democracia, por admitir a possibilidade de que várias soluções jurídicas coexistam, embora seja necessário escolher uma delas, como forma de viabilizar a própria coesão social. Apesar disto, não há soluções definitivas, sempre se pode aduzir novas razões, novos argumentos, o que permite, em novas circunstâncias sociais, a aceitação de outra alternativa, alargando os horizontes do Direito e da própria sociedade.

Ainda que baseada no critério majoritário, a aceitabilidade racional permite a indeterminação controlável de um Direito e de uma sociedade em constante transformação e assim se ajusta melhor ao princípio democrático do que a tese da pressuposta resposta correta única, ao estilo de DWORKIN, com pretensões omnicomprensivas e critérios pré-estabelecidos.

Neste sentido, WARAT afirma não ver "inconveniente em falar do consentimento das maiorias se o pensarmos como um processo altamente diferenciado (em permanente estado de redefinição) de produção de subjetividade, nunca como ponto de partida, como gesto inaugural de uma forma de sociedade, ou como categoria *a priori* do imaginário social. O

⁽⁴³⁾ ROCHA, Leonel Severo. Em defesa da Teoria do Direito. *Seqüência*. Florianópolis, n.23, p.46,1992.

que não podemos é preservar a 'vontade da maioria' como uma categoria metafísica ou uma fórmula estereotipada"⁽⁴⁴⁾.

Surge, portanto, a necessidade de algumas ponderações acerca de um uso efetivamente democrático do princípio da maioria na interpretação jurídica.

3.4. O PRINCÍPIO DA MAIORIA

É certo que AARNIO ressalta o caráter contrafático de seu apelo ao princípio da maioria. Trata-se de um procedimento racional ideal, em que todas as regras e exigências da racionalidade discursiva são respeitadas e mesmo as opiniões da minoria são levadas em conta para se chegar à solução, prevalecendo apenas a força do melhor argumento. O critério majoritário decorre da racionalidade aceita por todos e surge como alternativa mais racional para a escolha de uma solução do que qualquer mecanismo aleatório (sorteio, por exemplo). Neste contexto artificial, não há espaço para os perigos da "ditadura da maioria".

É de se observar, todavia, que AARNIO mesmo sugere a aplicação prática de sua proposta, como meio de "construção pacífica da

⁽⁴⁴⁾ WARAT. *Introdução*. p.104.

sociedade de acordo com as expectativas das pessoas comuns"⁽⁴⁵⁾, pois o Direito encontra sua legitimidade no meio social. Neste caso, há algumas consequências que devem ser avaliadas à luz do princípio democrático.

De início, forçoso é reconhecer que, em termos meramente práticos, o princípio da maioria ainda parece se sustentar como o mais bem desenvolvido, tanto que, além de ser adotado nos próprios tribunais para os casos de divergência (o que - note-se -, confirma a possibilidade de mais de uma resposta correta), também vigora, com nuances, nos mais diversos sistemas eleitorais. Há, por conseguinte, uma estreita correlação entre a legitimação política, a representatividade do maior número, e a tese de Aarnio. Este, aliás, admite expressamente ser necessário e suficiente obter um consenso representativo sobre o sistema de valores que está na base da ordem jurídica⁽⁴⁶⁾.

Por outro lado, apesar do vetor que rege a interpretação jurídica para AARNIO ser a maximização da expectativa social de certeza jurídica - o que, no caso das decisões judiciais, pressupõe sua previsibilidade e racionalidade -, a isto se aduz a exigência de aceitabilidade, referida ao seu conteúdo material. É justamente em relação a este aspecto que o princípio da maioria é apresentado como solução mais racional, pois somente as interpretações que correspondam ao sistema de valores dominante no meio

⁽⁴⁵⁾ AARNIO. *Lo racional*.p.296.("una construcción pacífica de la sociedad de acuerdo con las expectativas de la gente común.").

⁽⁴⁶⁾ AARNIO. *Lo racional*.p.287.

social levam à aceitabilidade racional da comunidade. Se, por um lado, com isto se atenua o relativismo axiológico de AARNIO - que, refutando concepções totalizantes, acredita na possibilidade de um certo consenso sobre os valores básicos entre os indivíduos -, por outro, é neste exato ponto que reside a principal dificuldade de sua tese, no que concerne aos riscos de práticas distorcidas, aos perigos das majorias manipuladas e artificiais, sobretudo nas atuais sociedades de (des)informação.

A aceitabilidade racional da maioria pressupõe a apresentação de razões públicas na justificação jurídica, o que se constitui em importante meio de controle do exercício do poder judicial que, para se legitimar, deve respeitar os limites que lhe são impostos, cumprir efetivamente seus deveres e buscar resultados "racionais e razoáveis", que possam ser devidamente fundamentados. Confere-se maior objetividade às decisões judiciais, que passam a valer apenas por sua fundamentação, sem que se especule sobre as motivações subjetivas do julgador, as quais, por não serem apreensíveis, são incontroláveis. "A ênfase, então, é transferida, mediante a formulação de razões, das questões genéticas e psicológicas para a extraordinária importância da justificação racional e explícita"⁽⁴⁷⁾.

De outro giro, entendida como procedimento discursivo racional, a proposta de AARNIO já contém, em seu aspecto formal, a

⁽⁴⁷⁾ BERGHOLTZ, Gunnar. *Ratio et Auctoritas*. p.85. ("El énfasis, entonces, es desplazado, mediante la formulación de razones, desde las cuestiones genéticas y psicológicas a la extraordinaria importancia de la justificación racional y explícita.").

possibilidade de controle e limitação de seu conteúdo material, que é oferecida pela observância às regras do discurso racional e, sobretudo, pelo princípio fundamental de universalização (ou generalização), o qual determina que apenas as normas suscetíveis de aceitação por parte de todos os afetados (participantes do diálogo racional) podem ser aceitas e utilizadas. Com isto, podem ser afastadas distorções como aquelas de sistemas totalitários de tipo nazista, por exemplo, evitando-se que qualquer assunto seja positivado e legitimado como Direito. Invocam-se os pressupostos de participação política e discussão aberta, característicos de regimes democráticos. Estes permitem aos próprios indivíduos, através da argumentação racional, determinar as leis a que se obrigam e apontar os valores que desejam ver primordialmente protegidos pela ordem jurídica. Há, contudo, uma séria objeção a este raciocínio: seu caráter eminentemente procedimental, que enfatiza a forma em detrimento da substância.

Para esta contestação, encontra-se, em análise acerca dos paradigmas do Direito feita por HABERMAS, a indicação de uma resposta. Diz ele: "O paradigma procedimental do Direito certamente vincula-se à expectativa autoreferencial de conformar, de moldar, não só a autocompreensão daqueles que lidam com o Direito como especialistas, mas a de todos os participantes. Mas essa expectativa não visa à doutrinação e nela nada há de totalitário - para antecipar uma objeção que, embora forçada, é recorrentemente levantada contra a teoria do discurso.

Pois o novo paradigma está aí para ser discutido sob as suas próprias condições: na medida em que ele conformaria o horizonte de uma pré-compreensão na qual todos tomam parte na interpretação da Constituição, cada um compartilhando esse labor a seu modo, cada alteração histórica percebida do contexto social teria que ser concebida como um desafio conclamando ao re-exame da própria compreensão paradigmática do Direito. Essa compreensão, certamente, como o próprio Estado de Direito, mantém um cerne dogmático: a idéia de autonomia segundo a qual os seres humanos só atuam como sujeitos livres na medida em que obedecem apenas às leis que eles próprios se deram segundo suas intuições intersubjetivamente adquiridas. Deve-se admitir que ela só é "dogmática" em um sentido não prejudicial. Pois essa idéia expressa uma tensão entre faticidade e validade, uma tensão que é "dada" com o fato da constituição linguística das formas de vida sócio-culturais, o que equivale a dizer que, para nós, que desenvolvemos nossa identidade em uma tal forma de vida, ela não pode ser contornada, evitada⁽⁴⁸⁾.

Este pensamento destaca a função da igualdade no procedimento democrático que leva à estatuição do Direito e a considera suficiente para garantir a liberdade humana. Com efeito, tais pressupostos podem propiciar o entendimento recíproco entre as pessoas, através do debate racional nos setores próprios (opinião pública, movimentos,

⁽⁴⁸⁾ HABERMAS. **Faticidade e Validade**. (cópia reprográfica, tradução provisória, **exclusivo uso acadêmico**, cfe. nota 7 acima). O trecho citado encontra-se no último parágrafo do capítulo nove, intitulado "Os Paradigmas do Direito".

organizações, poderes estatais e, sobretudo, poder legislativo), acerca dos interesses que lhes são comuns. A própria Democracia, através dos procedimentos a ela inerentes, pode garantir sua sobrevivência e a convivência racional entre os indivíduos.

No entanto, se se considera que os mecanismos formais podem não ser suficientes para assegurar a existência da Democracia - e, por conseguinte, dos seus próprios procedimentos -, é preciso dotar a sociedade de mais meios de torná-la efetiva.

Assim, em relação ao Direito, nota-se que, além do "cerne dogmático da autonomia dos indivíduos", e, talvez, exatamente para garanti-lo, é imperioso que existam parâmetros materiais para a positivação, consubstanciados em um núcleo material "injustificável" comum a qualquer forma de vida democrática. Neste sentido, os direitos humanos constitucionalmente reconhecidos constituem garantias da realização da autonomia de todos, pois é certo que "uma aceitação genuína requer a garantia de umas condições prévias estabelecidas sob a forma de direitos. Este é o sentido dos direitos fundamentais, que devem ser considerados fundamentais enquanto direitos *democráticos*. A base de legitimidade de todo sistema de poder reside aqui, nas garantias estabelecidas constitucionalmente para salvaguardar a integridade e assegurar a participação de todos os indivíduos nos distintos processos políticos e

sociais conducentes à tomada de decisões. Se existe um critério orientativo da tarefa jurisdicional baseado em fundamentos sólidos é este"⁽⁴⁹⁾.

Decerto não há critério objetivo para apontar o conteúdo dos direitos fundamentais. Geralmente são aceitos sem contestação porque estão indeterminados; porém as divergências aparecem quando se trata de especificá-los, variando ao sabor das épocas e das culturas.

Atualmente, estão incorporados aos textos constitucionais da maioria dos países democráticos. Os direitos humanos impõem sua presença nas sociedades democráticas pluralistas e conflitivas, face à dimensão simbólica que possuem. Explica-o LEFORT: "Esses direitos são um dos princípios geradores da democracia. Tais princípios não existem à maneira de instituições positivas das quais podemos, de fato, inventariar os elementos, mesmo que seja certo que animam instituições. Sua eficácia provém da adesão que lhes é dada e esta adesão está ligada a uma maneira de ser em sociedade cuja medida não é fornecida pela simples conservação de vantagens adquiridas. Em suma, os direitos não se dissociam da consciência dos direitos (...) a manifestação simbólica do direito se manifesta ao mesmo tempo na irreduzibilidade da consciência do direito a toda objetivação jurídica, o que significaria sua petrificação num

⁽⁴⁹⁾ SAAVEDRA, Modesto. Interpretación Judicial del derecho y democracia. **AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 68, nov. 1996, p.309-10 ("una aceptación genuina requiere la garantía de unas condiciones previas establecidas en forma de derechos. Este es el sentido de los derechos fundamentales, los cuales deben ser considerados fundamentales en cuanto *democráticos*. La base de legitimidad de todo sistema de poder reside aquí, en las garantías establecidas constitucionalmente para salvaguardar la integridad y asegurar la participación de todos los individuos en los distintos procesos políticos y sociales conducentes a la toma de decisiones. Si existe un criterio orientativo de la labor jurisdiccional basado en fundamentos sólidos es éste.").

corpo de leis, e na instauração de um registro público onde a escrita das leis - como escrita sem autor - só tem por guia o imperativo contínuo de um deciframento da sociedade por ela mesma"⁽⁵⁰⁾.

É, portanto, a possibilidade contínua de enunciação de novos direitos a partir da referência aos direitos do homem, caracterizadora da Democracia, que implica a necessidade de proteção das minorias no seio das sociedades democráticas contemporâneas, o que deve se ajustar às premissas do diálogo racional levado a efeito na interpretação jurídica. Na sociedade e no Direito, está-se diante de "uma história que continua aberta"⁽⁵¹⁾.

Neste sentido, merece registro a oportuna observação de CANOTILHO: "A posição (...) referente ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais, assentará (1) na idéia de os direitos fundamentais continuarem a constituir a **raiz antropológica** essencial da legitimidade da constituição e do poder político; (2) no pressuposto de que se não há, hoje, "universalidades", "dogmatismos morais", "metafísicas humanistas", "verdades apodícticas", "valores éticos indiscutíveis", pode, pelo menos, estabelecer-se uma **acção comunicativa**, ou, se se preferir, **intersubjectiva**, entre os homens, em torno de certas dimensões de princípio que implicam sempre um

⁽⁵⁰⁾ LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.p.57-8. (Trad. de Isabel Marva Loureiro).

⁽⁵¹⁾ LEFORT. **A invenção**.p.56.

mínimo de comensuração universal e de intersubjectividade; (3) esta dimensão de universalidade e de intersubjectividade reconduz-nos sempre a uma referência - os direitos do homem"⁽⁵²⁾.

Com base em tais ponderações, pode-se considerar que o modelo procedimental-democrático de AARNIO oferece novas perspectivas para tornar o Direito mais racional, sem que deixe de ser razoável.

⁽⁵²⁾ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.p.19. (grifos no original).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação baseia-se na possibilidade de dialogar com a obra do autor investigado. Procura, para isto, expor de maneira fiel seu pensamento e dele extrair resultados aceitáveis. Nesta perspectiva, a questão central é: como se pode conciliar, no Direito, o racional e o razoável? O trajeto percorrido permite esboçar alguns argumentos que se podem reputar justificados, ao lado de outros que continuam a suscitar a discussão. Passa-se, pois, à exposição destas considerações, que não pretendem ser conclusivas, mas apenas tencionam refletir o acordo possível nos estreitos lindes deste trabalho.

É na aplicação (judicial, sobretudo) que o Direito convive com seu maior dilema: a aspiração à correção, a pretensão de ser justo em sua concretização. Neste momento, consoante explica LAMEGO, "o jurista 'compreende' o critério normativo objectivado no texto legal a partir do problema e sob a necessidade de lhe dar solução: apreende-se a intenção regulativa que flui do texto legal. Mas o texto da norma é um mero 'projecto' ou 'tentativa' para a solução do caso"⁽¹⁾.

Duas necessidades inerentes ao fenômeno jurídico devem ser equilibradas na aplicação do Direito, que não pode ser mais vista como a mera subsunção lógica de fatos a normas: a de certeza e a de legitimidade (correção).

⁽¹⁾ LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.p. 178.

O Direito deve ser capaz de estabilizar as relações sociais e permitir a manutenção do próprio vínculo social, através da constância e previsibilidade de sua manifestação, correspondendo, desta forma, às expectativas dos indivíduos em relação à proteção jurídica. Esta, no entanto, não se reduz à regularidade do fenômeno jurídico, pois também se refere ao conteúdo do Direito e sua capacidade de se ajustar às situações concretas particulares.

Para resolver a tensão entre certeza e legitimidade - ou, no dizer de HABERMAS, faticidade e validade -, o pensamento jusfilosófico desenvolve incessante investigação e se concentra em um problema básico: a fundamentação das decisões jurídicas. Busca-se estabelecer regras ou procedimentos - ou seja, um método -, capaz de tornar aceitáveis as decisões jurídicas, embora não sejam as mesmas consequência direta e exclusiva das normas jurídicas vigentes. A pretensão é dar racionalidade ao Direito, assegurando a objetividade de sua prática.

O cerne da investigação jusmetodológica pode ser resumido na seguinte questão: como se pode chegar à interpretação correta ou verdadeira?

A resposta envolve não apenas a determinação de um método, mas pressupõe a definição conceitual do próprio fenômeno jurídico. Deve-se dizer o que é o Direito para se determinar, dentre seus elementos, aquele que é decisivo para a correta apreensão de seu significado e concretização prática.

Há, portanto, total conexão entre as indagações filosóficas, voltadas para a essência do Direito, e as necessidades práticas surgidas em sua aplicação.

Esta investigação, que remonta ao século XIX, é marcada pela oscilação constante entre duas tendências básicas: a objetivista, que localiza o sentido do Direito na vontade da lei, e a subjetivista, que o coloca na vontade do legislador. Pretende-se, assim, indicar ao intérprete, e especialmente ao juiz, a fonte em que deve ser buscada a interpretação correta, de modo a se ter controle sobre a atividade interpretativa, sobretudo no âmbito judicial.

A versão atual do movimento jusmetodológico é a Teoria da Argumentação Jurídica, que, através do exame dos contextos argumentativos das instâncias decisórias do Direito, pretende verificar a possibilidade de se chegar à interpretação correta. Sobre as várias teorias, paira uma dúvida comum, que se refere à possibilidade de haver uma única resposta correta nos chamados casos difíceis que se apresentam ao intérprete do Direito.

Neste panorama, inserem-se as idéias de Aulis AARNIO.

Na busca de uma teoria apropriada do pensamento jurídico, AARNIO se alimenta de variadas orientações: a filosofia lingüística do último WITTGENSTEIN, a teoria da argumentação de PERELMAN (Nova Retórica), a

racionalidade comunicativa e a situação ideal de diálogo de HABERMAS e as regras do discurso racional de ALEXY. Delas recolhe elementos para verificar como se pode construir uma teoria da justificação jurídica que seja adequada do ponto de vista social. Consciente de que, na interpretação (justificação) jurídica, se confere um papel central à teoria dos valores e, especialmente, à teoria da justiça, pretende encontrar os traços racionais da mesma.

Na sua pesquisa, volta-se para as necessidades atuais das sociedades (pós-industriais) democráticas ocidentais. Nestas, não há espaço para o poder fechado, fundado somente na mera autoridade formal. Para ser legítimo, o exercício do poder deve ser justificado, deve apresentar razões abertas que permitam avaliar sua correção. Cada vez mais são necessários mecanismos de controle do exercício do poder, como manifestação da própria essência da Democracia. No Direito, este fenômeno se reflete na crescente exigência de justificação das decisões judiciais, sobretudo nos casos difíceis, em que se atua com discricionariedade. A responsabilidade social e moral do juiz consiste na indispensável obrigatoriedade de fundamentar suas decisões. O poder involucrado na atividade judicial se legitima através de seu exercício, isto é, através de sua abertura à sociedade por meio de razões públicas.

Outro fator social determina a necessidade de justificação das decisões jurídicas: a expectativa de certeza jurídica. Através desta se combinam duas exigências fundamentais das sociedades democráticas

contemporâneas: previsibilidade e aceitabilidade material. Isto significa que as decisões não podem ser arbitrárias, pois devem corresponder ao Direito válido e, ao mesmo tempo, devem estar de acordo com o sistema de valores dominante no meio social, satisfazendo as demandas sociais de justiça.

Conclui-se, portanto, que, além de uma estreita conexão entre Direito e Moral, intensifica-se a importância da justificação, como pré-requisito para o controle da realização da certeza jurídica, que permite medir a aceitação social (legitimidade) da ordem jurídica.

A expectativa de certeza jurídica e a exigência de aceitabilidade material do Direito vigoram na cultura ocidental, ao lado da presunção de racionalidade, ou seja, da expectativa de coerência que os indivíduos têm uns em relação ao comportamento dos outros e das autoridades. Estes três fatores - previsibilidade, aceitabilidade e racionalidade -, estão entrelaçados e se devem ao núcleo comum de sentido que caracteriza uma forma de vida determinada e permite a própria interação social.

Nesta medida, impõe-se ao intérprete a obrigação de justificar racionalmente o ponto de vista interpretativo, à luz da ordem jurídica vigente e do código axiológico dominante no meio social. Para tanto, deve seguir um procedimento argumentativo baseado nas regras do discurso racional, que possibilitam o entendimento mútuo e se consubstanciam em um diálogo em que deve prevalecer apenas a força racional do melhor argumento.

Diante da coexistência de diversas visões de mundo e diferentes códigos de valores numa forma de vida compartilhada, e, principalmente pela presença ativa de valores e valorações no estabelecimento das premissas da justificação, mais de um ponto de vista interpretativo pode ser justificado. A interpretação é sempre uma atividade criativa, em que se dá sentido ao fenômeno jurídico, não se tratando de descobrir um sentido pré-existente. Pode haver várias respostas igualmente bem fundamentadas.

O ponto de vista interpretativo mais bem justificado é aquele que conta com a aceitação da maioria da comunidade jurídica, que aceita as regras do diálogo racional. Este é o princípio regulativo da interpretação jurídica. Ele respeita o sistema de valores dominante na sociedade e concorre para a maximização da expectativa de certeza jurídica.

Neste ponto, AARNIO discorda de DWORKIN, que pressupõe a existência de valores absolutos e universais, que podem ser objetivamente descobertos pelo intérprete ideal e o conduzem até a única resposta correta. DWORKIN isola o intérprete em si mesmo, obrigando-o a um monólogo de proporções sobre humanas, na tentativa de desenvolver a narrativa coerente do Direito.

Ao contrário de AARNIO, o intérprete de DWORKIN não se submete a qualquer confronto público, no que tange à escolha das

premissas de sua justificação. E é nestas que prepondera o recurso aos valores e valorações na interpretação do Direito, o que torna mais necessária a exposição pública das razões utilizadas, submetidas ao procedimento justificatório racional.

DWORKIN engessa o intérprete, notadamente o juiz, ao não admitir que ele possa criar Direito quando exerce sua função interpretativa. Tal perspectiva não parece corresponder à efetiva prática cotidiana. E é bem mais útil à sobrevivência da própria Democracia reconhecer a função criadora do Judiciário e exigir-lhe uma justificação pública e racional de suas escolhas - como se infere da obra de AARNIO -, do que simplesmente escamotear a realidade, deixando aos juízes espaço indeterminado de atuação, alheio ao controle público.

AARNIO, ademais, reflete uma concepção pluralista de sociedade, o que é mais consentâneo com a natureza mutante da Democracia, ao contrário de DWORKIN, que pressupõe uma comunidade essencialmente homogênea, onde prevalecem respostas definitivas (verdadeiras).

Porém, ^{em} que pese o caráter ideal da proposta de AARNIO, que representa uma medida para a crítica e um modelo a ser seguido na prática cotidiana, o próprio autor sugere sua aplicação como guia para o jurista e para o juiz. Neste caso, deve-se ponderar que o recurso ao princípio ideal da maioria racional não é garantia suficiente do respeito aos direitos das minorias.

É certo que a perspectiva procedimental de AARNIO leva-o a concluir que a racionalidade inerente ao próprio procedimento já toma em conta as opiniões minoritárias e pressupõe somente a imposição de regras que possam ser aceitas por todos os afetados. O paradigma de AARNIO implica a adoção e ampliação de procedimentos racionais em todos os setores da vida social: jurídico, político, axiológico. Para maximizar a racionalidade da argumentação jurídica na sociedade, deve-se discutir racionalmente a concepção axiológica e a idéia de justiça que lhe são subjacentes.

O critério puramente processual, no entanto, pode não ser suficiente para resguardar a própria Democracia. Torna-se necessário lançar mão de algum critério material mínimo, que pode ser representado pelos direitos humanos, na qualidade de núcleo de sentido intersubjetivamente compartilhado e uma das bases essenciais da forma de vida democrática.

A proposta de AARNIO também está aberta ao diálogo. Não há uma única resposta.

Assim, pode-se concluir com PERELMAN que:

"À míngua de critérios absolutos, de evidências irrefragáveis, os critérios e os valores que servem para justificar as regras de ação não podem ser subtraídos à crítica. Aqueles que aspiram a mais justiça nas

relações humanas devem estar prontos para levar em conta todas as acusações de parcialidade proferidas a seu respeito.

À míngua de critérios impessoais, suas teses filosóficas fornecem a justificação suprema das convicções e das aspirações do filósofo, sua última palavra em questão de racionalidade e de justiça. Mas, em filosofia, não há coisa julgada"⁽²⁾.

⁽²⁾ PERELMAN. *Ética*. p.205-6.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. **DOXA**. Alicante, v.8, p.23-38, 1990.

_____. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 313p. (Trad. Ernesto Garzón Valdés).

_____. **Derecho, racionalidad y comunicación social**. Coyoacán, México: Fontanamara, 1995. 115p.

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. Coyoacán, México: Fontanamara, 1993. 73p.

_____. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. 346p. (Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo).

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 267p.

_____. Para una teoría de la argumentación jurídica. **DOXA**. Alicante, v.8, p.39-61, 1990.

_____. Para una razonable definición de "razonable". **DOXA**. Alicante, v.4, p.189-200, 1987.

BERGHOLTZ, Gunnar. Ratio et Auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas. **DOXA**. Alicante, v.8, p.75-85, 1990.

CALSAMIGLIA, Albert. **Racionalidad y eficiencia dei derecho**. Coyoacán, México: Fontanamara, 1993. 117p.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. 602p.

CÁRCOVA, Carlos María. Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. **AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 68, nov. 96, p.313-27.

CHUEIRI, Vera Karan de. **A filosofia jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Florianópolis, 1993. 182p. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e da Política)- Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

DWORKIN, Ronald. **Casos difíciles**. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas - Universidad Autónoma de México, 1981. 82p. (Cuadernos de Crítica 14, trad. Javier Esquivel).

_____. **El imperio de la justicia**. Barcelona: Gedisa, 1988. 328p. (Trad. Claudia Ferrari).

_____. **Los derechos en serio**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1989. 508p. (Trad. Marta Guastavino).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368p.

FREITAG, Bárbara. Habermas e a filosofia da modernidade. **Perspectivas**. São Paulo, 16: 23-45, 1993.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. Tópica, derecho y método jurídico. **DOXA**. Alicante, v. 4, p.161-88, 1987.

GARGANI, Aldo G. **WITTGENSTEIN**. Lisboa: Edições 70, 1988. 187p. (Trad. Carmen Carvalho).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.82, p.70-91, abr-jun. 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Faticidade e validade**: uma introdução à teoria discursiva do direito e do estado democrático de direito. (Trad. provisória e não autorizada, exclusivamente para uso acadêmico: Menelick de Carvalho Netto. Estudo Dirigido - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Cópia reprográfica).

HART, Herbert L. A. **O conceito do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [198?]. 306p. (Trad. A. Ribeiro Mendes).

KAUFMANN, Arthur (org.). **El pensamiento jurídico contemporáneo**. Madri: Debate, 1992. 449p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 374p. (Trad. João Baptista Machado).

KOZICKI, Katya. **H.L.A.HART: A hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito**. Florianópolis, 1993. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e da Política) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990.325p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.620p.(Trad. José Lamego).

LEFORT, Claude. **A invenção democrática.Os limites do totalitarismo**. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. 247p.(Trad. Isabel Marva Loureiro).

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 200p.

_____. **Bobbio e a Filosofia dos Juristas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. 159 p. (especialmente capítulos 3 e 5).

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1986. 722p. (Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira).

PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação. A nova retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 1996. 653p. (Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira).

ROCHA, Leonel Severo. Em defesa da teoria do direito. **Seqüência.** Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, n.23, p.41-56, 1992.

_____. Matrizes teórico-políticas da teoria jurídica contemporânea. **Seqüência.** Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, n.24, p.11-24, set. 1992.

_____. (org.). **Paradoxos da auto-observação. Percursos da teoria jurídica contemporânea.** Curitiba: JM, 1997.

SAAVEDRA, Modesto. Interpretación judicial del derecho y democracia. **AJURIS.** Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 68, p.299-312, nov. 1996.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación constitucional.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. 238p.

_____. **Perspectivas jusfilosóficas contemporâneas.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991. 299p.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II. A epistemologia da modernidade.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. 392p. (Trad. José Luís Bolzan de Moraes).

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. 611p. (Trad. M. S. Loureiro).

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la intepretación jurídica.** Madri: Civitas, 1988. 114p. (Trad. Arantxa Azurza).