

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 154

abril/junho – 2002

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Hermenêutica *generalis*. Sobre a formação da “opinião” jurídica pelos argumentos jurídicos no limiar do século XXI

Kelly Susane Alflen da Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Colocação do problema. 3. Formação da “opinião” jurídica e argumentos jurídicos. 4. Formação da opinião jurídica e jurisprudência dogmática. 5. Conclusão.

1. Introdução

Será melhor que se corrija o modo de construir a *Jurisprudência*¹, antes que esta se degenere em uma sorte de mortificação espiritual (SILVA, 2000, p. 197 e 379). Ainda hoje, argumentos jurídicos que formam a “opinião” jurídica parecem estar assentados sobre o anátema do uso da razão absoluta, fundante da teoria da Ilustração e constituinte da fonte de prejuízos em sentido negativo, juridicamente prevalecente (Idem, p. 255). Isso, porque a idéia de uma razão absoluta advinda da Ilustração *não* está fundamentada no sentido de que a autoridade das pessoas se encontra em um ato de conhecimento e de reconhecimento para que se possa distinguir o que é opinião do que é verdade (p. 256), mas, sim, na noção de que a autoridade usurpa o lugar de um juízo, num ato de submissão ou abdicação da razão de outrem. E é com base nesse sentido advindo da Ilustração que o jurista não-histórico², i.e., sem uma *wirkungsgeschichtlichen Bewußtsein*³ (consciência da história efetual), pretende, por exemplo, “completar uma la-

Kelly Susane Alflen da Silva é Professora da Faculdade de Direito da PUC-RS e da ULBRA, Mestre em Direito Público, Doutoranda em Direito e Advogada.

cuna na compreensão” por meio da sua opinião individual e pelo modo de ação dos argumentos jurídicos. Isso sim, porém, é uma *lacuna* que se pode considerar penosa, quando nesse sentido se consuma a compreensão dos juristas a respeito do que vem a ser “fontes”(ESSER, 1979, p. 5) em especial por aqueles que desempenham a atividade judicial, e assim é que fazem perdurar a noite que se chama Ilustração (RADBRUCH, 1973, p. 82).

A tarefa a ser desempenhada por meio da decisão judicial, porém, deve ser concebida como outra, que a de meramente desempenhar uma justificação argumentada do *Normtext* (texto de norma), baseada na autoridade legislativa, quando a questão problemática se projeta para mais além, quando a formação da opinião jurídica, em realidade, a *opinião do direito*, apresenta-se como tarefa a ser elaborada, construída, também, por meio da apreciação judicial e não (só) como conteúdo de umas disposições jurídicas, de textos (legais) ou princípios (o problema da exatidão das proposições normativas). Por isso, apesar de poder parecer algo trivial dizer-se que os argumentos jurídicos refletem a orientação de cada época em relação ao problema da exatidão do direito, parecem constituir um caminho atrativo para se poder observar a variação, *na compreensão mesma dos juristas*, da concepção sobre as “fontes” do direito e sobre a autoridade jurídica (ESSER, 1979, p. 6) assim como a base dessa concepção na tradição (*Überlieferung*), razão ou poder político, *desde* o emprego dos argumentos jurídicos pelos juristas (teóricos quanto práticos), porque o emprego destes depende imediatamente da pré-compreensão (*Vorverständnis*) dos juristas. E, com vista nisso que apresentar os problemas prováveis fundantes da dificuldade da formação da opinião jurídica por meio da elaboração jurisprudencial, bem como o apontamento de uma provável via de solução para a superação da apresentação simplificada dos argumentos jurídicos, consiste no propositado desiderato deste texto.

2. Colocação do problema

Em função disso, deve-se na verdade continuar trabalhando, no limiar deste século, sobre o problema situado numa contraposição entre uma concepção normativo-idealista e casuístico-pragmática⁴. Elaborar a formação da opinião jurídica por meio de algumas disposições jurídicas, textos ou princípios, só possibilita a realização do controle sobre a elaboração conceptual e dogmática dos fundamentos de sentença (não só), o que, em outras palavras, significa dizer que só possibilita o controle da exatidão da aplicação da lei, de forma tal que o desígnio da coerência racional se realiza no sentido em que algo *quod no est in lege, nec in iure*. O que, em outras palavras, significa o mesmo que, se exigir

“(…) uma neutralidade hermenêutica que veta ao intérprete, juiz ou jurista teórico, remontar à instância metajurídica, ética, social ou econômica, limitando-os a interpretar objetivamente as valorações normativas que determinam a disciplina positiva das relações, as quais são imanentes à ordem jurídica”(SILVA, 2000, p. 223).

E justamente isso é um dos fatores que tem condicionado os juristas a uma subordinação a um dos dualismos da modernidade (KAUFMANN, 1998, p. 8), qual seja, o binômio relacional *subjetivismo/objetivismo*, imanente à teoria tradicional do conhecimento e que, juridicamente, evidencia-se no respeitar as regras do pensamento da norma e no adequar o artigo de ordem ao julgamento do caso, obtendo-se segurança jurídica e justiça (ESSER, 1979, p. 6). Dessa forma, não só é mantida uma postura subjetiva ingênua pelos juristas a respeito da segurança jurídica, que triunfa com o apoio da dogmática irrefletida, mas também se dá a negação de que à natureza das coisas deve a *Jurisprudência* (não só) farta messe. Justo sobre esse fundo teórico artificioso, portanto, que o solo das leis resta livre para poder operar, em razão da supressão da razoabi-

lidade fundamentada dos argumentos sobre o solo dogmático e sua linguagem. Assim é que a segurança jurídica e a objetividade parecem ser, ambas, alcançadas nesta autarquia do ofício científico da prática judicial.

O que, em realidade, corresponde à condição de decidir em juízo pela lei e pelo direito, já que este último está, totalmente, situado no dilema da *dubiedade* de opiniões jurídicas e, mesmo quando isso vem a dificultar a confirmação do direito na lei por meio da compreensão prática (dos juristas práticos), continua ainda servindo para uma aplicação silogística da lei. E, embora desse modo se consiga estender os argumentos de solução para um novo problema – e isso é próprio do emprego da tópica no âmbito do direito privado –, surge, junto disso, a colisão de normas e a antiga fragilidade da lógica do sistema, porque o Direito, como diz A. Kaufmann, não resulta de uma natureza, concebida como sempre, nem simplesmente da formulação geral-abstrata da lei, pelo contrário, estas são, de certo modo, só matéria-prima, da qual, sob um ato de formação processual (a jurisprudência e, em geral, a atividade jurídica), deve surgir o direito concreto (1998, p. 42). O que não é nada novo, pois Tomás de Aquino já disse ser o direito uma *actio iustitiae*⁵. Portanto, embora no momento da decidibilidade a tomada de decisão, pelo juiz, transcenda qualquer relação que possa ser haurida com a lei, não é só pela diferença entre produção e exposição dos resultados decisórios, pelo problema da divisão dos poderes no Estado de Direito Contemporâneo, pelos conceitos de “lei” e “direito”, mas, sobretudo, pelos problemas da práxis judicial que não se pode, desde então, considerar-se o postulado da vinculatividade judicial ao “direito” da mesma maneira que a lei.

Não obstante isso, por um lado, no império pragmático, a opinião jurídica do regime positivo vigente e a explicação discursiva em torno de um direito vigente obtêm significado constitutivo a partir dos argu-

mentos dogmáticos ou retóricos, de que no domínio fundamental de opiniões subsistem as provas de veracidade em razão da ocupação com o vencer o correto no processo (ESSER, 1979, p. 7). Por outro lado, no império ideal do pensar a partir do *Normtext*, no qual o discurso tem como intento comum a busca da “verdade jurídica”, permanece uma falha que tem o sintoma da deficiência humana, que não está no dilema do pensar por regra e exatidão pragmáticas, porém, por ter de existir *só uma* verdade jurídica objetiva (quando ao menos rigorosamente medida), que é obtida por meio de artifícios da aplicação legal metódica. É por isso que não se forma uma opinião jurídica judicial: o juiz apenas tem uma convicção *jurídica*, assim como ele tem uma convicção dos *factos* (ESSER, 1979, p. 7). Ou, de outra forma, apenas exerce uma atividade contemplativa/reprodutiva em função normativa⁶. Dessarte, o objeto do empenho científico não é razoável, pois enquanto estiver sendo projetado “idealmente” tal qual um objeto ideal *belo-fato platônico* (SILVA, 2000, p. 132) e, por conseqüência, em um sentido ingênuo, esse empenho dependerá da realização de opiniões pré-concebidas (sentido negativo) e incontroladas, impossíveis de serem abarcadas por uma compreensão metódica, porque passam longe do texto da tradição e da própria estrutura interna das normas (SILVA, 2000, p. 360 e 362). Isso é o que, todavia, ainda hoje, compreende-se hermeneuticamente como uma investigação metodológica, de um lado, e como investigação sociológica, de outro lado, como resta demonstrado no pensamento de C. Maximiliano.

Em relação a isso, deve-se afirmar, sobretudo, que se trata de uma limitação do método científico ao puramente racional – advinda de supino do racionalismo da Ilustração –, que mantém o intelecto dentro do lindeiro do inteligível, i.e., no sentido em que a este só é possível adjudicar-se o que já estiver sob o domínio da ordem do reconhecido de antemão e, dentro desses limites, a

ratio deve ser compreendida como o “entendimento confiável” que trata de perceber tudo clara e distintamente (KAUFMANN, 1998, p. 26). Particularmente, é dentro do domínio desse racionalismo que se afigura um direito sem conteúdo, e que persiste até hoje, em que só se computa *racional* – em especial, hoje, diante dos teleprocessos eletrônicos – o entendimento confiável, que não possibilitou o dar-se uma filosofia do direito de conteúdo, que interrogue pelo direito de conteúdo (justo) (KAUFMANN, 1998, p. 27), e que de fato foi refutada de vez no século XIX, pela chamada Teoria Geral do Direito, ao ter estigmatizado uma filosofia de conteúdo (justo) como anticientífica e antikantiana, limitando-se, para tanto, a análises conceituais e estruturais (KAUFMANN, 1998, p. 28), pois essas, unicamente, são acessíveis ao método confiável.

Essa concepção de mundo não pode permanecer por mais tempo, onde conhecimento diz respeito a um mundo em sua totalidade constituído num unívoco sistema fechado, com juízos verdadeiros adequados às suas representações conceptuais apartados da tradição⁷ e da situação na qual se encontram inseridos e, especialmente, no âmbito da Teoria do Direito, pois o que importa, propriamente, não é mais o combate para vencer a melhor opinião, no sentido de uma *antinomia* específica do processo interpretativo (E.Betti), i.e., no sentido de se realizar o encargo de entender o discurso melhor que o próprio autor⁸, porém, é a própria *ocupação* (Heidegger) com os modos de argumentação como possibilidade para trabalhos jurídico-científicos, porque, no fundo, os aspectos problemáticos da formação da opinião jurídica pelos argumentos jurídicos estão relacionados com a busca da superação de um dos dualismos da contemporaneidade: o binômio relacional sujeito-objeto. Se a formação de opinião e seu resultado representa o conteúdo da *Jurisprudência*, importante que a formação dos juristas se dê desde os dados reais (*Realdaten*), não desde os platônicos ou contemplativos, porque

também é em função disso que, hoje, apesar de todo opinar, parece-se sempre pretender algo repugnante por não se possuir um mínimo de razoabilidade possível diante dos dados reais (*Realdaten*) (ESSER, 1979, p. 8).

A fundamentação da decidibilidade nas decisões judiciais, ao resolver a hermeticidade da fórmula do texto legal original por intermédio de uma fórmula representativa adequada (SILVA, 2000, p. 198), em realidade, apenas reflete a via argumentativa percorrida judicialmente e, dessa forma, pode-se reconhecer, sobre a fundamentação/justificação nas decisões judiciais, a coesão ou não entre a motivação original e a pré-compreensão judicial mesma. Além disso, pode-se reconhecer, pela cumulação de argumentos heterogêneos, pelo pretextar de uns princípios que proíbem o revelar do direito na afirmação formal de uma convicção *formal* conciliada com uma motivação política, a intenção com a decisão – onde o juiz se faz um oportunista por uma pretensão de direito, já que decisões contrárias à autoridade obrigatória persistem sendo negadas, e com isso, sobretudo, pontos decisivos, por mal exemplificarem, estes, posições políticas e tendências sociais (SILVA, 2000, p. 381). Nesse sentido é que os argumentos podem ser (re)construídos com a mesma frequência com que têm (co)determinado a via para a escolha de uma entre variadas possibilidades de interpretação, tanto que eles (co)determinam, em parte, a consciência da pré-compreensão político-jurídica (ESSER, 1979, p. 9). Então, os argumentos (co) determinantes são, freqüentemente, agregados aos pontos de vista da interpretação oficial como observações ético-jurídicas ou prático-sociais, em especial pela necessidade da repercussão de uma compreensão discrepante da não oficial (ESSER, 1979, p. 10) (para que haja uma compreensão oficial).

No âmbito forense, na verdade, tem-se claramente um escasso estilo de argumentação, senão só uma crítica regular quanto ao conteúdo da opinião jurídica, naturalmente, feita no marco dos limites dogmáti-

cos. Isso porque o discurso judicial não tem nenhuma (ou quase nenhuma) prática científica. Desse modo, os consensos jurídicos são realizados por “consideração” e por “correção” das soluções sob a aprovação dogmática, que cinge as possibilidades de justiça material. Na verdade, é dentro desses limites que são introduzidos, de tal modo, as fontes incontornáveis de irracionalidade na prática jurídica (SILVA, 2000, p. 383). Prática jurídica, que aqui, nos limites deste texto, está-se a fazer emprego com base no sentido que possui para mais além de uma noção inautêntica (*Heidegger*), mas no sentido em que possibilita seja recepcionada não tanto a atividade prático-forense quanto a atividade prático-científico-jurídica, porque também esta requer uma habilidade prática⁹. Com isso, portanto, chega-se ao cerne da questão problemática a respeito da formação da opinião jurídica pelos argumentos jurídicos.

3. Formação da “opinião” jurídica e argumentos jurídicos

Em realidade, o que se pretende aqui, ao se produzir um direcionamento para uma transformação da noção sobre a tarefa da formação do conhecimento no âmbito jurídico em relação ao estilo de argumentação jurídica existente, que se caracteriza pelo liame vinculativo entre a norma (texto) e o imperativo da razão, portanto, é a superação da apresentação simplificada dos argumentos facilmente deduzidos a partir da codificação (lógico-conceptuais e sistemáticos), que não prescindem de uma aplicação jurídico-casuística aperfeiçoada pela motivação das formas retórico-discursivas, e por isso, apesar de simplificados, são contidos de autoridade. Baseiam-se sobre um consenso de valoração, fixado dogmaticamente, ou em pontos de vista *ad hoc*, constituídos em torno de uma decisão plausível ou concludente (ESSER, 1979, p. 14), para a qual só interessa a relação de enunciados (KAUFMANN, 1998, p. 60). Nesse sentido que o

trabalho da argumentação jurídica parece sempre se assemelhar, pois, em outras palavras, limita-se à remissão para opiniões soberanas no meio ou reconhecidas¹⁰, com assento sobre uma normatização com autoridade (justificação) ou uma dogmática “eficiente”. Esses argumentos (prévios) devem só ser formulados de forma que possam ser *entendidos* e concluídos a partir de critérios dogmáticos prescritos doutrinária ou normativamente, concluindo-se junto ao caso jurídico decisões para questões controversas atuais sobre esses prejuízos (ESSER, 1979, p. 15).

Conseqüentemente, esses argumentos não são compreendidos nem em sua origem lógico/sistemática, porque, como toda dogmática, forçam a antecipação do consenso de validade nesse âmbito de autoridade do sistema legal e lógico, e onde eles não são suficientes, abre-se o campo da argumentação retórica sobre a autoridade da razão (ESSER, 1979, p. 17). Daí dizer-se que a própria ponderação racional de uma decisão prévia também é um argumento prévio prescrito, que se limita à discussão sobre a sua correção ou plausibilidade pragmática, tornando-se à questão sobre a *Vorverständnis, Wahrheit und Methode* por um lado, e que a argumentação tópica coloca a concepção do direito judicial em suspenso por outro lado, já que nem toda forma de argumentação se extenua na intenção dos pontos de vista geralmente aceitos e/ou sobre um fundo de máximas reconhecidas, que valem como extrato da experiência e da prática jurídicas.

Na verdade, isso pertence às estratégias da retórica, preferir sustentar um pré-consenso que não pode opor-se com franqueza ao destinatário sem jogo ou perda de vista, e, dessa forma, suspende-se, ao invés de pretender fortalecer a capacidade de consenso, a partir da apreciação da particularidade dos casos com base na autoridade da razão subordinada a uns consensos sobre justiça, razão e, assim por diante, quando se toma textos semelhantes e sistemas evidentes na

pretensão sobre uma razão e consciência jurídicas, porque a própria compreensão por parte dos juristas não-históricos assim impõe apelação aos pontos de vista geralmente aceitos. Entretanto, como a tópica tradicional pode ser erigida como a peça medular do método retórico clássico, pode-se afirmar, com isso, que a mentalidade dos juristas teórico-práticos e a dos retóricos é a mesma (VIEHWEG, 1964, p. 48). Afinal, existe uma identidade de atitude que não deixa de ser substancial para uma consideração da *Jurisprudência* desde o ponto de vista da Teoria da Ciência do Direito.

É nesse sentido que uma observação retórica dos pré-consensos reciprocamente aceitos direciona para o tradicional fenômeno do encargo hermenêutico (*E. Betti*): o de que existe um *esforço interpretativo* (SILVA, 2000, p. 55-56 e 432) a ser feito, que se encontra sob a condição de conceitos gerais. Por isso, pode-se falar de um círculo argumentativo, justo, porque o resultado do discurso prático criador de consenso é dependente da produtividade de determinados pré-consensos, ou, em outras palavras, porque o pensar da “universalidade” é reconhecido como condição do pretendido consenso a ser empregado no discurso prático (ESSER, 1979, p. 18). Porém, aqui, justamente, pode-se colocar a seguinte pergunta: é dependente da produtividade de determinados pré-consensos, mas pré-consensos em que sentido? A considerar que o princípio de argumentação requer o cumprimento do princípio do consenso e este do princípio de convergência, pode-se comparar com a fórmula usual, para todo jurista, da *conditio sine qua non*, que serve não só para se verificar a conformidade de uma afirmação ou negação de causalidade, mas também para auxiliar no controle de plausibilidade e convergência.

Baseado nisso, portanto, poder-se-ia, ao menos, deslocar o consenso sobre o conceito de norma consolidado institucionalmente, ou se destacar o consenso da decisão judicial perante o problema (*Fr. Müller*). Por-

que, no âmbito da tópica, por exemplo, que, dentro dos seus limites, erige uma teoria material do Direito – por possuir, incomparavelmente, base mais sólida para acometer posições enfraquecidas do positivismo jurídico –, os argumentos tópicos não servem para obter uma conclusão supostamente obrigatória com base em premissas só pretensamente verdadeiras acerca de questões, efetivamente, que só permitem aparente opinião e, por consectário, permitem conclusões erísticas.

Em contraposição, segundo argumentos tópicos, é suficiente a decisão baseada em premissas exurgentes do próprio diálogo entre partes, pois nele estão contidas a maior parte das informações ou as melhores informações (ESSER, 1979, p. 23). Nesse sentido, onde se encontra o combate entre “opinião-como-opinião” com a tópica, não se coloca a pergunta pela verdade objetiva, porém, pela capacidade de convencimento da argumentação para contestar uma conclusão resultante como “probabilidade”, que pode ser exitosamente realizada sobre premissas, pois a lógica da determinação dessa “probabilidade” é simplificada às deduções plausíveis a partir de premissas aceitas (ESSER, 1979, p. 24). Como essa conclusão tem a mesma força de convencimento que a própria opinião das partes, não passa esta de uma concessão da Justiça, que aumenta de acordo com a aceitação geral das premissas. Não obstante, isso significa *não pretender valor verdadeiro, porém, só valor de plausibilidade, ainda que tal não se esclareça* (ESSER, 1979, p. 24). E a plausibilidade é apenas o predicado da premissa, que assume o qualificativo resolutório correspondente à tensão problemática (SILVA, 2000, p. 168); é o revestimento discursivo que se apresenta como um resultado ótimo a partir da consideração dos pontos de vista relevantes (geralmente aceitos).

Em vista disso, tal otimização, no âmbito pragmático, é apenas o resultado de uma ponderação de valores conforme ao alcance do consenso dos juristas, embora este só obtenha o caráter efetivo de solução após

ser considerado pela jurisprudência tópica do momento, tornando compreensível a preocupação dos juristas. A maior força de decisão para a realização da ponderação de pró e contra serve, então, para a realização da decisão sobre um conhecimento conceptual controlado. O que forma a linguagem oficial dos discursos jurídicos, portanto, não é o discurso das partes, porém premissas idôneas que correspondem a uma linguagem de valoração/*contemplação* das circunstâncias da vida quotidiana por meio de segundas expressões pragmáticas¹¹.

Entretanto, quem determina a formação da opinião jurídica pelo emprego de argumentos de maneira puramente formal deve, honradamente, admitir, por uma parte, que, se uma opinião tal só pode ser justificada com base em um consenso formal (KAUFMANN, 1998, p. 61), por outra parte, com isso, consegue-se só a formação de muitos estereótipos e metáforas (ESSER, 1979, p. 25) na argumentação jurídica, ignorando-se a pretensão existente a partir do dito que se oculta na pretensão tradicional da propugnada clareza, o que não passa de uma atividade exercida de modo puramente contemplativo e intransitivo (SILVA, 2000, p. 226). Com fundamento nisso, pode-se, no entanto, apontar a debilidade de *teorias processuais puras*, como, por exemplo, a de Niklas Luhmann, esboçada conforme o paradigma (*horribile dictu!*) de Talcott Parsons, para a qual a verdade e a justiça têm apenas um caráter simbólico, ou, ainda, as *teorias processuais* da verdade e da justiça como, por exemplo, a do jusfilósofo John Rawls, consagrada em sua obra *Theorie of Justice* (que, de certa forma, remete a um renascimento de Rousseau, Hobbes, et al.) – esse registro, no entanto, não deve significar que se disse o essencial sobre essas teorias, porém, que essas teorias superam o tema que se desenvolve –, porque consideram o consenso como possível de ser obtido sem experiência histórica (Gadamer), sem algo de conteúdo.

Assim, ao invés de a reflexão emergir a respeito da pergunta retórica “para onde

isso vai?”, porque tal tem o mesmo fundamento objetivo que a própria forma retórica clássica, *i.e.*, porque a racionalidade do perguntado tem sempre a racionalidade do objetivo, ao menos sob o ponto de vista da conservação do interesse, deve surgir sobre o como é realizado um argumento científico em sua fundamentação (ESSER, 1979, p. 25).

4. Formação da opinião jurídica e jurisprudência dogmática

Efetivamente, porém, a jurisprudência dogmática oficial não tem-se interessado pelo objetivo concreto da norma, pois os argumentos no âmbito judicial são pontos de vista *ad-hoc*, motivados a partir dos pontos de vista da experiência geral dos *topoi* e de máximas éticas¹² (*objetivismo*) e da experiência da *praxis* individual (ESSER, 1979, p. 16) (*subjativismo*). Também nos conceitos fundamentais não se encontram apresentados os seus fins, porém, apenas conceitos, e dessa forma pode-se dizer que a dogmática tem pré-moldado essa relação do fim na própria formação dos conceitos jurídicos e do sistema. A propósito, “(...) *ist auch für das Zeitalter des Rationalismus bezeichnend, da**be**in positiver Begriff des Irrationalen die Reichweite der Rationalität sogleich begrenzte*”¹³. Nesse sentido é que os argumentos dogmáticos atribuem uma garantia objetiva de justiça à aplicação jurídica, refutando qualquer possibilidade de se afastar uma conclusão lógica ou sistemática e de tornar plausível uma proposição tópica que contraria ou não observa o suficiente o consenso ou prioridades de valor estabelecidos juridicamente (ESSER, 1979, p. 27). Os argumentos dogmáticos, desse modo, perante a dúvida obtêm a maioria e, por consequência, uma plausibilidade. A partir disso, pode-se afirmar que o argumento dogmático simula a busca da verdade científica, em vez de permitir ser decidida a formação da opinião jurídica pelo processo dialético (ESSER, 1979, p. 28).

Por isso, a dogmática tem-se apresentado como a própria *lex lata*, podendo-se interpretar a pretensão de justiça com apoio nesse estilo de argumentação como um controle sintático, em que as conclusões são obtidas a partir de premissas que ocultam uma justiça material. No estilo de argumentação tópica, ao menos o consenso é obtido a partir de uma situação mediata, em que premissas são substituídas por hipótese diante do problema situativo, sendo possível perguntar-se, ao menos em parte, pelos fundamentos de uma valoração igualada ou diferenciada (ponderação) e pela própria questão da valoração¹⁴.

Por meio do estilo de argumentação dogmática, a jurisprudência aspira uma validade preestabelecida do direito que deve ser concretizada no ato da aplicação da lei pela apresentação de uns argumentos lógico/sistemáticos constitutivos de um fundo dogmático que funciona como garantia adequada de racionalidade (ESSER, 1979, p. 28). Porém, em nenhuma parte mais, pode-se articular critérios de decisão normativa generalizada sem se fazer tais distinções perante dados reais (*Realdaten*), não podendo remanescer a jurisprudência adstrita a um tempo: ao da sabedoria de uma providência legal e da infalibilidade dos juízos jurídicos numa seleção dos fatos e do manejo da lógica e semântica jurídicas. Assim, ela não está mais sujeita ao dogma da probabilidade de uma unívoca concepção jurídica correta junto dos métodos e procedimentos manipuladores corretos. Isso serve, ao menos, para apontar a argumentação lógico-demonstrativa falaciosa sobre as leis e, nesse sentido, a forma de argumentação tópica possui um melhor potencial de racionalidade (ESSER, 1979, p. 29) – já que, ao permitir o erigir de *prós* e *contras*, constitui-se, ao menos, num meio extraordinariamente eficaz contra o simplismo do operacionismo jurídico que marcha cegamente para o seu objetivo (VIEWEG, 1964, p. 32). Sim, potencial, pois não sustenta nem uma garantia em relação aos vícios análogos aos de uma argu-

mentação dogmática, possivelmente existentes, tais como, por exemplo, o emprego da forma metafórica depreciativo da jurisprudência dogmática, nem um monopólio da argumentação dogmática.

Agora, uma objetividade jurídica, conforme pode ser advogada por meio da argumentação dogmática, não pode ser obtida em torno de uma racionalidade “pura”, cuja “pureza” se torna tão estéril, como diz A. Kaufmann, que não se sabe nada (1998, p. 13) – essa exigência pela objetividade jurídica no sentido de um conceito ideal é, antes de tudo, uma exigência pela própria racionalidade do trabalho jurídico, que deve ser controlado e discutido, e por uma justiça objetiva no sentido da inclusão das prescrições jurídicas e dos elementos objetivos da normatividade, na concretização – da exatidão da decisão a ser produzida no sentido de um racionalismo metódico (*Galilei e Newton*)¹⁵ “(..) *wie ein Mechanismus zu 'funktionieren' und zugleich wir selbst zu sein*”¹⁶.

Em realidade, a primeira tarefa a ser realizada quando se fala sobre racionalidade (não só) é verificar o conceito articulado, palavra fundamental do pensamento ocidental, que nos determina. Seguramente esse termo não acontece como uma palavra conceptual, pois, antes mesmo da linguagem e do seu uso, está o pensamento do pensador (*Goethe*) – como amplitude da linguagem indeterminada. Nesse sentido, antes de mais nada, caberia, portanto, verificar-se o grupo de linguagem a que pertence a palavra, o que não será feito dentro dos limites deste escrito, mas de um outro, vindouro. Essa é, sem dúvida alguma, uma das condições sob as quais se encontra o próprio pensar filosófico. Porém, também cabe perguntar como ele próprio tem-se articulado e como ele tem articulado o conceito de racionalidade? Como tem sido articulado esse conceito perante o domínio das aplicações técnicas neste mundo moderno? E o que isso quer dizer sobre o que é racionalidade, *ratio*, razão, sim, a própria agregação desses conceitos individuais?

Entretanto, no pensamento jurídico, não se encontram momentos puramente racionais um ao lado do outro nem consecutivos momentos valorados. Nesse sentido, trata-se de um (pre)juízo deformado sobre o conceito de objetividade e racionalidade das ciências da natureza, por parte da *Jurisprudência*, ao recorrer ao positivismo das leis. Porque a norma não está pretextada no texto, nem é técnica a ser aplicada. Conseqüentemente, a objetividade e racionalidade jurídicas também não se encontram pretextadas, porque o *Normtext* e o caso, ambos, não podem ser contrapostos sem uma compreensão sobre o mundo circundante (*Heidegger*)¹⁷ ou sobre *Lebensverhaltensache* (*Fr. Müller*).

Racionalidade “máxima” possibilita, sim, esclarecer o próprio proceder e, dessa forma, coloca a exigência da formação jurídica diante da impossibilidade de uma racionalidade completa, ao contrário de uma objetividade no sentido de um racionalismo da Ilustração, que só torna possível uma ótima honradez dos métodos¹⁸, ou em outras palavras, “*Rationalität ist damit Wahrheit auf die Rationalität der Mittel reduziert, die gegeben selbstverständlichen Zwecken dienen*”¹⁹. O que provoca, conseqüentemente, pouca ou nenhuma consciência a respeito de uma valoração jurídica, porque também não se pode subestimar o caráter da valoração do direito na decisão. Contrário a isso é que, num Estado de Direito democrático, o resultado da concretização da norma não pode ser claro só na sua tendência, porém também nos elementos da qualidade da formação jurídica, como, por exemplo, relativo às condições jurídico-teóricas estatais e constitucionais compromissadas com a formação de uma opinião jurídica²⁰. Nesse sentido, objetividade e racionalidade vêm a ser indicadas, aqui, como a determinação objetiva da tarefa da jurisprudência a ser circunscrita a partir de um modelo dinâmico de estruturação da própria norma, em que o exercício de uma *racionalidade* não é só funcional, porém também substancial no sentido de que quem exer-

ce uma função jurídica não pode proceder somente pela técnica, mas deve proceder também por um *ethos*, como condição de possibilidade para um Estado de Direito Constitucional material, justo por a validade do direito não decorrer do texto mesmo (*SILVA*, 2000, p. 445). O que, em última instância, vem a colimar na própria pergunta pela técnica, que é a pergunta pela constelação da verdade²¹.

5. Conclusão

A rejeição à argumentação como um *factum brutum* é, antes de tudo, a rejeição ao critério da evidência, i.e, ao critério de uma *res cogitans* desmundanizada. Porém, simultaneamente, significa a reabilitação da opinião-*como*-opinião. Só assim pode-se dizer que a última palavra sempre pertence ao *Als* hermenêutico. Não obstante, em nosso tempo ainda domina uma racionalidade reduzida que identifica e reduz a coisa aos seus conceitos com base em seguidas operações metódicas. Racionalidade que pode ser comparada, na verdade, com um (ir)racionalismo válido, pois todo pensamento operacional não parece irracional. O que só funciona para fazer parecer racional uma insensatez (jurídica) conjunta. Deve-se ainda dizer que só é possível alcançar um *maximum* de racionalidade pelo que logre reconhecer onde estão os limites da filosofia da racionalidade (tradicional) e a sensatez, bem como onde outras “forças e paixões” assumem o comando. Por isso, uma concepção de argumentação racional, porque compromete tanto o homem que a elabora quanto o que a admite, pode, por tal razão, ser submetida ao imperativo categórico de *I. Kant*, muito embora este tenha-se limitado a formular com este uma reflexão abstrata, que diz respeito à *auto-responsabilidade prática* de cada um, ou a um dos ensinamentos mais importantes que oferece a história da filosofia para essa questão da formação da opinião jurídica, que diz respeito à sabedoria prática que Aristóteles chamou *phrónesis*, justamente, por a universalidade prática que está implí-

cita no conceito de racionalidade abarcar a todos e, totalmente, podendo, por isso, servir como instância suprema de responsabilidade para o saber teórico em geral e para a formação da opinião jurídica pelos argumentos jurídicos em específico, já que é em virtude desta que tudo depende em sociedade, especialmente, para se alcançar o consenso para a assunção, por todos, dos fins a perseguir e sobre o como encontrar os meios mais justos.

Notas

¹ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. p. 134, in fine, e p. 135-136., todas do Tomo I.

² GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1990, besonders, S. 312 und ff., über "Analyse des wirkungsgeschichtlichen Bewußtseins"; MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Berlin: Duncker & Humblot. S. 47 und ff.; FUNKE, G. *Problem und Theorie der Hermeneutik*. Auslegen, Deuten, Verstehen in Emilio Bettis *Teoria Generale della Interpretazione*, In: *Zeitschrift für philosophie Forschung* 14 (1960), S. 161-181; KUHN, H. *Wahrheit und geschichtliches verstehen*. Bemertungen zu H.G.Gadamer philosophischer Hermeneutik, In: *Historische Zeitschrift*, 193 (1961), S. 376-389.

³ Para isso, ver Kelly Susane After da Silva, 2000, especialmente, p. 280 et passim.

⁴ Para isto ver, *Der Pragmatismus*. Neure Bahnen in der Wissenschaftslehre di Auslans. Eine Würdigung von Günter Jacoby, Leipzig, 1909.

⁵ TOMÁS DE AQUINO. *Santo Suma Teológica*, II, II, 57, 1.

⁶ Sobre isso, ver 193, 194 e ss. Da obra de Kelly Susane Alflen da Silva, bem como , sobre a interpretação jurídica e m função normativa, ver da mesma obra, p. 221 et passim.

⁷ Sobre sentido de tradição adotados no limite deste texto, ver p. 259 e ss. Da obra referida na nota 10, deste texto.

⁸ Kelly Susane Alflen da Silva (2000, p. 170). Com o M. Heidegger heraclitiano, esclarece-se tal fórmula romântica no sentido de que buscar entender o discurso/obra melhor que o próprio autor significa pretender, por exemplo, que o próprio I.

Kant não sabia direito o que realmente queria e que o intérprete que lhe segue o sabe corretamente. E a isso ainda é de se responder acrescentando o seguinte: dizer que um pensador pode ser "melhor compreendido do que ele mesmo se compreende não é atribuir-lhe nenhuma falta mas, bem ao contrário, assinalar a sua grandeza, eis que somente o pensamento originário esconde de si um tesouro que sempre permanece impensável e que pode, a cada vez, ser melhor compreendido, i.e., ser compreendido diferentemente do que o possível de ser compreendido literalmente". HEIDEGGER, Martin. *Heráclito*, p. 78.

⁹ Para isto, ver M. Heidegger heraclitiano, *Sein und Zeit*, 15. *Das Sein des in der Umwelt begnenden Seinenden*. S. 68 u. 69.

¹⁰ Ver, sobre isto, Kelly Susane Alflen da Silva da (2000), sobre pensamento de Viehweg Theodor.

¹¹ A respeito da interpretação como contemplação, especificamente, ver Kelly Susane Alflen da Silva, (p. 193, 2000), e concernente à relação possível de ser haurida entre a interpretação contemplativa e a reprodutiva, ambas reciprocamente consideradas entre si, verificar as páginas seguintes à página referida supra.

¹² Observa-se, a respeito disso, que, hoje, aliás, as máximas modernas são, na maior parte, reduzidas aos chamados princípios jurídicos, que fazem, de modo semelhante, o atual fundo da tópica jurídica, por meio do reconhecimento geral do direito, sobre base ética, política e base pragmática, podendo-se erigir um catálogo tópico atual. Ver, para isso, Alexy, Robert. *Theorie der Argumentation und auch Recht, Vernunft, Discurs*. Studien zur Rechtsphilosophie. Suhrkamp-Verlag, 292 S.

¹³ GADAMER, Hans Georg. *Gesammelte Werke. Neuere Philosophie; Probleme, Gestalten*. Bd. 3, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), S. 30. "(...) também é característico da época do racionalismo que, um conceito positivo do irracionalismo limita, igualmente, o alcance da racionalidade" (Tradução da autora).

¹⁴ ESSER, Josef. *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts.*, S. 30 u. 31. Assevera-se, entretanto, a limitação da aplicação do emprego da tópica no âmbito da interpretação no direito constitucional.

¹⁵ Nesse sentido, "Aber Galilei tat das Seine mit beispielloser Kühnheit, indem er gegen allen Augenschein die Grundgesetze der Mechanik als Wissenschaft begründete. Kein Wunder, dab das Wissenschaftsbild, das die Mathematik darstellte, nun auch die Philosophie ihrem eigenen Mabstab unterwarf. So kam es zu dem mos geometricus, der der groben alten Vernunftwissenschaft, der Metaphysik, eine neue Wissenschaftlichkeit garantieren sollte. Das Zeitalter der erwachenden Naturwissens-

chaft wurde damit zugleich das Zeitalter der Philosophie des Rationalismus, d.h., einer unkritischen Extrapolation der neuen Rationalität der Methode auf die Metaphysik." GADAMER, Hans Georg. op.cit., p. 28. "Porém o ser de Galileu atua com ousadia sem par, nisto ele fundamenta contra toda verificação a lei básica da mecânica como ciência. Nenhum milagre, que este quadro da ciência, o qual a matemática representa, também submeta apenas a filosofia à sua regra particular. Tal como se produziu o *mos geometricus*, que é a mais antiga ciência da razão, a metafísica, possibilitaria umas novas garantias de cientificidade. Com isso, a época da ciência da natureza tem despertado, igualmente, a época da filosofia do racionalismo, isto é, uma extrapolação não crítica da nova racionalidade dos métodos a partir da metafísica" (Tradução da autora).

¹⁶ GADAMER. op. cit., S. 29. " (...) como um mecanismo para 'funcionar' e, da mesma forma, para nós próprios sermos" (Tradução da autora).

¹⁷ Para isso, ver Günther Jacoby. *Wahrheit und Wirklichkeit*. In: *Der Pragmatismus. Neue Bahnen in der Wissenschaftslehre des Auslands*. Leipzig, 1909.

¹⁸ Sobre isso, no mesmo sentido, encontra-se em MÜLLER, Fr. *Normstruktur und Normativität*, S. 71, in verbis: "Maximale Rationalität erhellt ihr eingenes Vorgehen möglichst redlich; optimale Methodenehrlichkeit provoziert im nachprüfenden juristischen Bewusstsein ihrerseits möglichst wenige pauschale Wertungen." "A racionalidade máxima possibilita-lhe esclarecer apropriadamente o proceder reto; a metodocidade ótima, por sua parte, provoca na consciência jurídica verificada valorações globais pouco possíveis" (Tradução da autora).

¹⁹ GADAMER. op. cit., S. 30. "Racionalidade é, com isto, reduzida à verdade a partir da racionalidade do meio, que pode ser comparada à compreensão da própria finalidade" (Tradução da autora).

²⁰ MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. S. 71.

²¹ HEIDEGGER, Martin. *Die Technik und die Kehre*. 9. Aufl. Stuttgart: Neske, 1996, S. 33.

FUNKE, G. *Problem und theorie der hermeneutik*. Auslegen, Deuten, Verstehen in Emilio Bettis *Teoria Generale della Interpretazione*. In: *Zeitschrift für philosophie Forschung* 14 (1960), S. 161-181.

GADAMER, Hans Georg. *Gesammelte Werke: Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 1. Aufl. Bd. 1, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990.

_____, *Gesammelte Werke: Wahrheit und Methode: Ergänzungen Register*. 1. Aufl., Bd. 2, Tübingen (ESSER, 1979, p. 6): J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990.

_____, *Gesammelte Werke: Neuere Philosophie: Problem, Gestalten*. Bd. 4, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 17 Aufl. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1993.

_____, *Die Technik und die Kehre*. 9 Aufl. Stuttgart: Neske, 1996.

KAUFMANN, Arthur. *La filosofia del derecho en la posmodernidad*. Colombia: Temis, 1998.

KUHN, N. *Wahrheit und geschichtliches Verstehen*. Bemertungen zu H.G.Gadamer philosophischer hermeneutik, *Historische Zeitschrift*, 193 (1961), S. 376-389.

LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt a.Main: Suhrkamp, 4 Aufl., 1997.

MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Berlin: Duncker und Humblot.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart: K. F. Koehler, Achte Auflage, 1973

SCHOLZ, Oliver Robert. *Verstehen und Rationalität: untersuchungen zu den Grundlagen von Hermeneutik und Sprachphilosophie*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1999.

SILVA, Kelly Susane Alflen. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

TOMÁS DE, Aquino. *Santo Suma teológica*. Madrid: La Editorial Catolica, Tomo II-III, MCMLIX, Tradução do original em latim da edição crítica Leonina por Francisco Barbado Viejo, [19--?].

VIEHWEG, Theodor. *Topik und jurisprudenz*. Tradução de Díez Picazo Pence de León. Madrid: Taurus, 1964.

Bibliografia

ESSER, Josef. *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*. Heidelberg: Carls Winter Universitätsverlag., 1979.