

A INFLUÊNCIA DOS PRECONCEITOS NO PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA PELO JUIZ

Nadialice Francischini de Souza*

Vinicius Cardona**

RESUMO

O presente artigo, ser a pretensão de exaurir e esgotar o tema, tem o objetivo de apresentar um esboço a respeito do papel e da influência dos elementos pré-concebidos no processo de interpretação das decisões judiciais e da aplicação das normas pelos juízes, especialmente à luz de dois modelos teóricos distintos: um exemplificado pelas idéias de Francis Bacon, que defende a hermenêutica neutra, isenta de projeção das impressões e pré-concepções pessoais do interprete, e o outro consistente na Hermenêutica filosófica inaugurada por Heidegger e Gadamer, para quem a interpretação, necessariamente, somente pode ser concretizada se o hermeneuta tiver como estrutura prévia e como elemento principal do processo os preconceitos. Primeiramente, apresentam-se noções sobre a Hermenêutica e o preconceito como um elemento essencial seu. A seguir, as pré-concepções são encaradas à luz do pensamento de Bacon sobre a neutralidade do interprete, que é confrontado com a estrutura prévia da compreensão de Heidegger e o papel essencial dos preconceitos como elementos de interpretação, consoante Gadamer. Por fim, as idéias da nova Hermenêutica filosófica são postas a serviço de uma nova acepção da interpretação das normas judiciais, especialmente do papel do juiz como construtor do sentido da norma, plenamente consciente de sua posição de sujeito dotado de historicidade.

PALAVRAS-CHAVE: HERMENÊUTICA; COMPREENSÃO; PRECONCEITOS; NORMA JURÍDICA; LINGUAGEM.

* Advogada. Mestranda em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Universidade Federal da Bahia.
nadiafrancischini@yahoo.com.br

**² Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em nível de Especialização em Direito do Estado pelo curso JusPodivm.
viniciuscardona@hotmail.com

ABSTRACT

The present article, without the pretension of to exhaust and depleting the thesis, has the objective to present an sketch regarding the paper and of the influence of the elements preconceived in the process of interpretation of the sentences and the application of the norms for the judges, especially to the light of two distinct theoretical models: one represented for the ideas of Francis Bacon, who defends the neutral hermeneutics, exempt of projection of the impressions and personal daily pay-conceptions of it interprets it, and the other consistent one in the philosophical Hermeneutics inaugurated by Heidegger and Gadamer, for who the interpretation, necessarily, it only can be materialize if interpreter will have as previous structure and as main element of the process the preconceptions. First, some notions are presented on the Hermeneutics and the preconception as an essential element its. Following, the prejudices are faced to the light of Bacon's thought about neutrality of interpret it, that it is collated with the previous structure of the understanding of Heidegger and the essential paper of the preconceptions as interpretation elements, Gadamer consonant. The ideas of the new Hermeneutics are put to the service of a new conception of the legal interpretation, especially concerning the role of the judge as the constructor of the meaning of the norm, fully conscientious of his position as an historical situated subject.

KEY-WORDS: HERMENEUTICS; UNDERSTANDING; PRECONCEPTIONS; RULE OF LAW; LANGUAGE.

INTRODUÇÃO

As técnicas tradicionais de interpretação do Direito estão assentadas sobre um modelo de racionalidade científica que se propôs a expulsar todas as “interferências” que pudessem se interpor entre o sujeito cognoscente e o objeto. A racionalidade moderna, a partir de Descartes e Bacon, pretende alcançar a verdade somente através da razão, através da qual o homem tudo poderia bem conhecer se evitasse um conhecimento prévio vulgar, o qual impediria o alcance pleno do sentido do ente cognoscível.

Esse modelo ensejou a construção de uma Hermenêutica que rejeita o papel dos conceitos pré-constituídos no processo de interpretação, até que a nova Hermenêutica filosófica veio resgatar e reconstruir o papel dos preconceitos na experiência humana.

Este pequeno excuro se propõe a apresentar um esboço do movimento da Hermenêutica como mera técnica interpretativa para a Hermenêutica filosófica, sem a pretensão de esgotar uma análise da história das idéias que influenciaram e sofreram a influência dessa passagem, mas procurando gizar em linhas gerais a reconstrução do papel dos preconceitos, bem como sua importância para a Hermenêutica em geral e para a interpretação do Direito em particular.

1 NOÇÕES SOBRE A HERMENÊUTICA JURÍDICA E O PRECONCEITO COMO SEU ELEMENTO

1.1 As Pré-Concepções como Elemento de Interpretação Jurídica

A noção de interpretação tradicional se baseia em uma epistemologia baseada em evidências, que poderia construir um conhecimento claro e objetivo, digno de um saber científico (CATÃO, 2007). O vocábulo ‘interpretar’ significa, entre outros, explicar ou declarar o sentido de (texto, lei, etc.) (FERREIRA, 2000, p. 397). Por sua vez, o vocábulo ‘hermenêutica’ representa o método que visa à interpretação de textos (FERREIRA, 2000, p. 362).

Mais que um método, a hermenêutica é uma ciência, que nas palavras de Habermas (1982, p 216) não tem o objetivo de

explorar a realidade sob um outro ponto de vista transcendental; elas (as ciências hermenêuticas) têm por objetivo, muito mais, uma elaboração transcendental de diversas formas fáticas de vida, no interior das quais a realidade é interpretada de maneira diferente, em função de gramáticas que formulam o mundo e da atividade que o transforma; é por isso que, rastreando seu sentido imanente, as proposições da hermenêutica visam um contexto de aplicação correspondente – elas apreendem interpretações da realidade em vista da intersubjetividade de uma compreensão mútua, suscetível de orientar a ação para uma situação hermenêutica inicial.

À guisa de introdução de um debate sobre a ciência da interpretação, é necessário salientar que a nova Hermenêutica pressupõe uma análise dos fundamentais

contributos de Heidegger e de Gadamer à Filosofia, que por seu turno estão inseridos no contexto mais amplo da chamada revolução lingüística do pensamento filosófico do século XX.

Tal revolução reside em que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, visto que esta representa o elemento necessário constitutivo de todo o saber humano, de modo que a síntese de conhecimentos intersubjetivamente válidos requer reflexão sobre a própria infra-estrutura lingüística (STRECK, 1999, p.153). É a partir dessa renovada valorização da linguagem que toma vulto o pensamento de Gadamer que, seguindo Heidegger, passa de uma Hermenêutica clássica, vista como pura técnica de interpretação, para uma Hermenêutica filosófica, que trabalha com um “dar sentido” e com o questionamento da totalidade da existência humana e sua inserção no mundo (STRECK, 1999, p. 169).

Para Gadamer (2005, p. 356) o interpretar é muito mais do que simplesmente desvelar o sentido de um texto: fazer hermenêutica é um projetar. Isso porque a verdadeira compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração prévia de um projeto, que, obviamente, deve seguir sofrendo constante revisão com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. Desta forma, Gadamer esboça os traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica.

O papel da compreensão, rompendo com a tradicional concepção de ciência e neutralidade, é fundamental na nova Hermenêutica gadameriana e, para se entendê-lo, exige-se uma imersão na descoberta de Heidegger acerca da estrutura prévia da compreensão.

1.2 O Problema das Pré-Concepções Segundo Francis Bacon e a Clássica Interpretação Neutra

Sem embargo, antes de se discorrer acerca do pensamento de Gadamer e de Heidegger no tocante à nova Hermenêutica, impõe-se falar na teoria clássica de interpretação neutra, que teve em Francis Bacon um dos seus maiores expoentes.

Bacon almejava uma reforma total do conhecimento humano (ANDRADE, 1997, p. 10), pelo que afirmava que o método científico é um método de observação. Esse método coloca em xeque o papel científico da lógica, pois esta mais valeria para

consolidar e perpetuar erros, fundados em noções vulgares, do que para a indagação da verdade, de sorte que se mostraria mais danosa que útil (BACON, 1997, p. 35).

O projeto de Bacon consistia no seguinte:

separação entre a ciência e as humanidades (estas preocupadas com a justiça, com as pessoas, com a natureza, com o sagrado) e foi forte propulsor do empirismo, difundindo a crença de que o ponto de partida de todo conhecimento deveria ser a observação, a descrição fiel da realidade, isenta de julgamentos e interpretações (ARAÚJO, 2008).

A necessidade da separação entre a ciência e as humanidades, no pensamento de Bacon, busca afastar as interferências no pensamento que representam verdadeiros obstáculos ao conhecimento científico, pois o silogismo da lógica das ciências clássicas é formado por proposições, as proposições de palavras, e as palavras são os signos das noções. Pelo que, se as próprias noções (que constituem a base dos fatos) são confusas e temerariamente abstraídas das coisas, nada que delas depende pode pretender solidez (BACON, 1997, p. 35). Esta separação entre sujeito e objeto tornaria o saber seguro e apto a encontrar a verdade científica (CATÃO, 2008).

Segundo Bacon (1997, p. 28) somente a “cura da mente” possibilitaria a salvação do conhecimento científico. Isso significa que para alcançar o conhecimento científico, o pesquisador deveria abdicar de todas as influências, de todas as pré-concepções ou conceitos pré-determinados. Ele acreditava na possibilidade de uma experiência despida dessas interferências que distorciam seu verdadeiro sentido, a ser conquistado pela atitude científica (FURLAN, 2008).

Verifica-se que as noções que fundamentavam a ciência dialética eram prejudiciais para a construção de um conhecimento científico, pois deixava o intelecto a si mesmo, a mente sóbria, paciente e grave (BACON, 1997, p. 36). O intelecto humano ficaria livre para antecipar as definições, para concordar com o senso comum, impedindo que o pesquisador estude o objeto em todas as suas peculiaridades. O intelecto humano se deixa contagiar pela visão dos fenômenos que acontecem nas artes mecânicas, nas quais os corpos sofrem alterações por um processo de composição e separação, daí surgindo a idéia de que algo semelhante se passa na própria natureza (BACON, 1997, p. 51-52).

A influência da mente humana pelas noções preexistentes é nociva, no entender de Bacon (1997, p. 43), porque

o intelecto humano não é luz pura, pois recebe influência da vontade e dos afetos, donde se poder gerar a ciência que se quer. Pois o homem se inclina a ter por verdade ou que prefere. Em vista disso, rejeita as dificuldades, levado pela impaciência da investigação; a sobriedade, porque sofre a esperança; os princípios supremos da natureza, em favor da superstição; a luz da experiência, em favor da arrogância e do orgulho, evitando parecer se ocupar de coisas vis e efêmeras; paradoxos, por respeito à opinião de vulgo. Enfim, inúmeras são as fórmulas pelas quais o sentimento, quase sempre imperceptivelmente, se insinua e afeta o intelecto.

As noções superficiais e falsas que ocupam o intelecto humano e nele se acham implantadas foram por Bacon denominadas de “ídolos”, expressão que remete à idolatria, ou culto a algo como se fora deus ou deusa (ANDRADE, 2008).

Bacon (1997, p. 40-41), dirigido mais por um fim didático, classificou os ídolos que impedem a busca do conhecimento científico em quatro, a saber: Ídolos da Tribo, Ídolos da Caverna, Ídolos do Foro e Ídolos do Teatro. Numa visão geral:

- os Ídolos da Tribo estão ligados à natureza humana: “é falsa a asserção de que os sentidos do homem são a medida das coisas”, comparados por Bacon a um espelho;
- os Ídolos da Caverna estão na relação do indivíduo enquanto ele mesmo, são resultado do homem voltado para si mesmo;
- os Ídolos do Foro são os “provenientes das associações recíprocas dos indivíduos do gênero humano entre si”, são os derivados do homem enquanto membro de uma sociedade, enquanto ser sociável;
- por fim, os Ídolos do Teatro tem ligação com “as filosofias adotadas ou inventadas, [...] as fábulas produzidas e representadas, que figuram mundos fictícios e teatrais”.

1.3 O Círculo Hermenêutico, o Problema dos Preconceitos e a Estrutura Prévia da Compreensão Segundo Heidegger

Feitas tais considerações sobre a acepção de interpretação de Bacon, pela qual o indivíduo deve abdicar de todas as pré-noções a fim de fazer uma interpretação despida de falsos, impende esboçar algumas considerações acerca da idéia de círculo hermenêutico e a estrutura da prévia compreensão, que correspondem ao resgate do papel dos preconceitos levado a cabo na nova Hermenêutica.

Consoante Gadamer (2005, p. 355-356), toda interpretação que se queira válida deve proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas, volvendo-se os olhos para “as coisas elas mesmas”, isto é, atentar-se para a coisa através dos desvios de percepção a que está submetido o intérprete e, além, a despeito deles. Sucede, porém, que aquele que busca compreender algo está sujeito a erros oriundos de opiniões prévias, que não se confirmam nas próprias coisas.

Gadamer toma exemplo da teoria do significado, ao apontar a equivocada pressuposição geral de que alguém que fala a mesma língua do seu interlocutor toma as palavras no mesmo sentido que a este último é familiar. Gadamer parece apresentar os pré-conceitos como ínsitos ao processo interpretativo. Adverte que, ao se empreender uma leitura, não se deve necessariamente lançar fora ou esquecer as próprias opiniões prévias sobre o objeto em questão.

Exige-se, sim, uma abertura para a opinião do *alter* ou para a opinião do texto. Assim, quem se lança à tarefa de compreender algo não se pode deixar dominar completamente pelas próprias opiniões prévias, mas, antes, estar aberto ao texto. No preciso dizer de Gadamer (2005, p. 358), “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”.

Essa postura de abertura do intérprete, no entanto, não equivale a uma suposta neutralidade diante do objeto ou anulação absoluta dos próprios juízos prévios. O que vale é dar-se conta dos próprios preconceitos, apropriar-se deles, a fim de conscientemente confrontá-los com o sentido do texto. É a aceitação desse caráter essencialmente preconceituoso da compreensão que apresenta e expõe a amplitude do problema hermenêutico (GADAMER, 2005, p. 360).

A partir da idéia heideggeriana de círculo hermenêutico, Gadamer afirma que o compreender é dotado de um movimento circular: a antecipação de sentido que remete ao todo somente chega a uma compreensão explícita na medida em que as partes que se determinam desde o todo, por sua vez, determinam o todo. Compreender significa, primariamente, entende-se na coisa e apenas secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal.

A compreensão, segundo Hassemer, citado por Eros Grau (2003, p. 105), é um processo de aproximação em desenvolvimento, que aproxima o sujeito que compreende e o objeto a compreender, até um encontro mútuo, produzindo-se uma transformação

recíproca. Ao esboçar o pensamento de Heidegger, Falcão (2000, p. 176-177) apresenta a compreensão como “a capacidade que cada um tem de captar as possibilidades do ser, no conjunto do mundo vital em que cada um de nós existe. É ontologicamente essencial é antecede a qualquer ato do ser”.

1.4 Os Preconceitos como Pressupostos da Compreensão

O novo paradigma lingüístico do pensamento filosófico rompe com a dicotomia sujeito-objeto própria da tradição metafísica clássica, que alternava ora no sujeito, ora no objeto, de modo que, a partir dele, não mais se compreende a linguagem como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Sendo assim, o sujeito, no seu labor interpretativo, somente pode interpretar a partir dos pré-juízos ou pré-conceitos que compõem seu patrimônio cultural, filosófico, ideológico, político, religioso, jurídico e estético, ou seja, o seu *estar-no-mundo*.

A nova Hermenêutica leva-nos a reservas quanto ao pensamento de Francis Bacon, no que pertine à busca de um intérprete que esteja totalmente despido de suas noções, cujo intelecto é liberado e expurgado de todos os preconceitos e pré-concepções, de tal modo que o acesso ao reino do homem, que repousa sobre as ciências, possa parecer-se ao acesso ao reino dos céus, ao qual não se permite entrar senão sob a figura de criança (BACON. 1997, p. 54). Tal acepção não mais é aceita, pois a partir do chamado *linguistic turn*, isto é, a virada lingüística do pensamento filosófico, não mais se pode conceber a interpretação dissociada dos juízos prévios carregados pelo intérprete ao longo de sua experiência vital.

O intérprete apreende o objeto enquanto algo que somente é apreensível lingüisticamente. A compreensão será realizada através das condições proporcionadas pelo horizonte de sentido do próprio sujeito. Por outros dizeres, o objeto só poderá ser compreendido na qualidade de linguagem, na qual o sujeito já está previamente imerso (STRECK, 1999, p. 231).

Gadamer (2005, p. 358) afirma o seguinte:

uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos

próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.

Com base neste processo interpretativo, e em razão da fusão de horizontes, é que Gadamer rejeita qualquer possibilidade de mera reprodução de sentido do objeto pelo sujeito. Considera uma ficção insustentável a idéia de que é possível ao intérprete se equiparar ao leitor original ou produtor do texto, descobrindo-lhe a intenção, ou mesmo a possibilidade de um pretense sentido autônomo do texto. A assertiva é igualmente válida no âmbito da Hermenêutica Jurídica, pelo que não caberia falar em vontade da norma ou vontade do legislador (STRECK, 1999, p. 232).

Não por outra razão, Gadamer sustenta que a interpretação da norma jurídica é uma tarefa produtiva, criativa, e não meramente reprodutiva de sentido, e nem assim o pode ser. O intérprete não pode apreender o conteúdo da norma de um ponto de vista situado fora de sua existência histórica, mas somente a partir da situação histórica concreta na qual se situa, para o que concorrerão fortemente, como elementos da pré-compreensão, a autoridade e a tradição, que embora banidas pela racionalidade moderna de matriz cartesiana, são resgatadas por Gadamer como elementos essenciais da fusão de horizontes que ocorre no encontro entre o sujeito e o objeto linguisticamente mediado.

Na relação do intérprete do Direito com os textos jurídicos e os fatos sociais, estes não mais podem ser concebidos como objetos tão-somente, diante dos quais o sujeito se põe avalorativamente e os interpreta segundo seu *cogito*. A partir do novo paradigma, o intérprete é alguém já inserido previamente na linguagem, da qual o objeto já faz parte (STRECK, 1999, p. 230).

2 O NOVO PAPEL DO JUIZ NO DIREITO

Boa parte dos intérpretes/aplicadores do Direito ainda está fortemente arraigada ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência, segundo a qual o sujeito está diante de um objeto a ser interpretado, e mediante o qual a atividade interpretativa visa a descobrir, desvelar, e assim reproduzir um suposto sentido normativo imanente, e não a construí-lo. Dentro desta perspectiva, os juristas tradicionalmente interpretam e aplicam

o Direito segundo determinadas pré-concepções, no mais das vezes aquela que corresponde ao paradigma liberal, negando ou desconhecendo, entretanto sua imersão neste paradigma e sustentando uma pretensa neutralidade axiológica.

A neutralidade do juiz, classicamente aplicador do Direito, está ligada ao pensamento de Francis Bacon, no qual, para alcançar o conhecimento, exige-se a liberdade do pensamento de conceitos anteriores, ou seja, o não envolvimento do sujeito cognoscente com o objeto apreciado. Entretanto,

não é aceitável falar-se em uma neutralidade pura, absoluta, como se o julgador fosse máquina, sem sentimentos, sem passar por angústias, acrítico, que simplesmente atua ditando a letra morta da lei, pois, a ele é dada a tarefa de dar vida à letra da lei. Para tanto necessita fazê-lo de forma reflexiva e crítica, valendo-se das lacunas deixadas pelo legislador burguês no ordenamento jurídico, sob pena de não conseguir alcançar justiça em suas decisões. (RAMIRO. 2008)

A doutrina e a jurisprudência predominantes fixam os termos do horizonte de sentido dos juristas, que nelas buscam constante referência para exercer um labor de mera reprodução da interpretação das fontes “autorizadas”. A autoridade, aqui, não exerce o salutar papel no campo da compreensão como queria Gadamer, mas um papel pernicioso de limitação das possibilidades de construção democrática do Direito.

O fenômeno em razão do qual a comunidade de intérpretes jurídicos limita o sentido do Direito somente àquilo que diz a jurisprudência e a doutrina justifica em parte a afirmação de Rui Portanova (2000, p.124) segundo a qual “a jurisprudência dominante é a vitória de dado programa político nos tribunais”. Essa obediência cega à tradição e à autoridade, bem como o desconhecimento da própria capacidade de construir o sentido da norma jurídica, compõem aquilo que Lênio Streck, citando Warat, apresenta como “sentido comum teórico dos juristas”.

Todavia, de acordo com o novo paradigma hermenêutico, segundo o qual a norma jurídica não é um dado, mas um construído, o intérprete/aplicador do Direito deve tomar consciência da sua atividade constitutiva da norma, e não meramente declaratória. O juiz exerce papel proeminente nessa tarefa, pois, embora toda a comunidade jurídica interprete o Direito, somente o juiz realiza plenamente o processo de interpretação até seu ponto culminante, que é a elaboração de uma norma de decisão, o que levou Kelsen a considerar o juiz como o “intérprete autêntico” (GRAU, 2003, p. 24).

Demais, à vista do papel essencial e imanente das pré-concepções na compreensão da norma jurídica como objeto de interpretação, e tendo em conta que nenhum intérprete está alheio aos preconceitos e juízos prévios que compõem sua historicidade, a identificação da existência de motivações ideológicas subjacentes à norma de decisão (sentença) projeta a necessidade de conhecê-las, como garantia do controle intersubjetivo da atividade jurisdicional e como reforço de sua própria legitimação. Nesse passo, como forma de prevenir a ocultação ideológica nas razões sentenciais, Rui Portanova propõe que o juiz deva deixar expressamente consignado qual o quais circunstâncias sociais, políticas ou econômicas o levaram a decidir. Assim pondera aquele desembargador gaúcho (2000, p. 148):

É necessário que as partes possam acompanhar o raciocínio do juiz, pois só assim lhes é dado saber se, partindo de diretrizes válidas, foram devidamente considerados os fatores que envolvem o fato na realidade. Por evidente, não estarão aplacadas as ideologias, nem diminuídos os espaços ideológicos, pois a interpretação só interpreta o intérprete. O juiz continua livre para adotar uma ou outra forma de dizer o Direito. A opção é livre, mas ele deverá demonstrar como se convenceu. É uma tentativa de, na medida do possível, revelar a ideologia, ou seja, “fazer aparecer o invisível” [...]

O papel do juiz no processo, sob a ótica publicista atual, é necessariamente ativo, nunca meramente passivo. Ele garante a paz social pela atuação das regras de convivência, incentiva o contraditório, intervém no interesse do mais fraco para garantir a paridade de armas e envida esforços para aplicar a mais pura justiça (MARQUES, 2007).

3 A INFLUÊNCIA DOS PRECONCEITOS NO PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO DO JUIZ

O paradigma epistemológico racional, a busca pela essência, pelo ser em si das coisas do mundo, a separação dicotômica entre sujeito e objeto e o dualismo verdadeiro-falso, característicos do pensamento essencialista, ainda têm bastante influência sobre a epistemologia jurídica, notadamente quanto ao papel do juiz e do processo judicial na interpretação dos textos normativos (CATÃO, 2008).

Rodrigo Andreotti Musetti (2007) afirma que

a Hermenêutica Jurídica apresenta uma peculiaridade importantíssima, [...] permite interpretar o ordenamento jurídico dando-lhe um novo significado que, muitas vezes, não foi almejado pelo próprio legislador.

[...]

À Hermenêutica Jurídica cabe reconhecer os valores que estão subjacentes à letra da lei e, mais que isto, cuidar para que estes valores continuem direcionados para a causa do homem e da sociedade.

O papel desempenhado pelo juiz no processo é o de interpretar e aplicar a lei ao caso concreto, buscando a pacificação social, posto que a Hermenêutica Jurídica só se justifica quando serve aos princípios e garantias da justiça. O jurista constrói o sentido da lei a partir de um determinado caso concreto, ou seja, ele deve construir o conteúdo normativo, respeitando o caso ao qual irá aplicá-lo (MUSETTI, 2007).

A sistematização do Direito consiste na solução dos casos genéricos mediante a derivação das conseqüências lógicas do conjunto das normas jurídicas. As normas são entendidas como expressões lingüísticas, portanto como enunciados significantes, isto é, dotados de um significado definido e constante (FARALLI, 2006, p. 58).

No agir do juiz, muitas vezes lhe é exigido neutralidade, pela qual ele se despe de todos os seus preconceitos e pré-concepções para aplicar a ação. Desta forma satisfaziam-se as necessidades de segurança e limitação do poder dos juízes, tratando a atividade jurisdicional como algo mecanizado e sem criatividade, na qual o intérprete não leva em consideração valores ou outras questões subjetivas, nos moldes exigidos pelo racionalismo moderno ainda reinante (CATÃO, 2008).

Entretanto, percebe-se claramente uma confusão entre neutralidade e imparcialidade, pois, no entender de Gadamer (2005, p. 360), contrariando os ensinamentos de Bacon,

preconceito não significa pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativa [...] e no procedimento da jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva.

Depreende-se, pois, da perspectiva gadameriana, que os preconceitos, pré-noções, juízos prévios ou ideologia não devem ser temidos, disfarçados ou ocultados, pois representam elementos essenciais do processo de compreensão. Ainda segundo Gadamer (2005, p. 359):

uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das

próprias coisas. [...] São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.

Gadamer (2005, p. 358) sugere, pois, que o importante é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o texto possa se apresentar em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais e ensejando, portanto, a fusão de horizontes que é imanente à compreensão lingüisticamente mediada.

Não há como exigir do intérprete do Direito a neutralidade, pois não há como se despir absolutamente dos preconceitos. Ferreira (2000, p. 485) conceituando o vocábulo “neutro”, representa aquele “que não toma partido nem a favor nem contra; neutral”. A neutralidade pressupõe, do ponto de vista científico, o não envolvimento do cientista com o objeto de sua ciência, o que é, em nosso entender, algo de uma impossibilidade palpante (PAMPLONA FILHO, 2007).

O juiz não pode ser neutro. Não se pode esquecer que, antes de ser juiz, ele é ser humano com formação acadêmica, concepções, traumas, paixões, que não podem ser abdicadas, “eis que a manifestação de sentimentos é um dos aspectos fundamentais que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio ‘raciocínio’ das máquinas computadorizadas” (PAMPLONA FILHO, 2007). Ademais, em qualquer atividade do conhecimento humano, sempre, há escolhas que devem ser efetivadas.

Quem exige e impõe uma neutralidade ao juiz, ao contrário do que se pensa, não está de forma alguma sendo neutro, pois mesmo aquele que propugna pela neutralidade acaba tomando uma posição (ainda que seja por esta busca da neutralidade) (PAMPLONA FILHO, 2007). Deve-se exigir dele que seja imparcial – que julga sem paixão; reto, justo (FERREIRA, 2000, p. 374). A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz.

A incapacidade subjetiva do juiz, que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias (CF/88, art. 95), prescreve-lhe vedações (art. 95, Parágrafo único) e proíbem juízos e tribunais de exceção (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 51-52).

Definido a distinção entre neutralidade – que não pode ser exigido do juiz, bem como não pode ser de qualquer pessoa - e da imparcialidade – dever do juiz de não se partidar por qualquer das partes - é bom esclarecer que não se pode admitir que este aja com deslealdade quando a escolha dos fundamentos lhe fosse sugerida não pelo interesse da busca da verdade e da justiça no caso concreto, mas pelo interesse de sua vida pessoal, ou mesmo de sua vida profissional. Sobre a questão, ensina Rodolfo Pamplona Filho (2008):

estas são pequenas artimanhas cavilosas, às quais seria preferível que o juiz nunca recorresse, do mesmo modo que não gostaríamos de perceber que, certas vezes, os magistrados, chamados a enfrentar em suas sentenças questões gerais de ressonância política (como certas questões relativas à liberdade religiosa ou à liberdade de imprensa), decidem segunda a justiça no dispositivo, mas na fundamentação encontram o meio de se refugiar por trás de argumentos de fato, a fim de não se comprometerem a dar sua opinião sobre a questão de direito. Essa arte de eludir as questões comprometedoras pode ser apreciável num diplomata; no juiz, eu a qualificaria como inconveniente timidez.

O juiz não é um ser neutro, mas sim deve ser imparcial. Não há como exigir do magistrado que se dispa das suas pré-concepções e preconceitos. Ele deve apreciar o caso de acordo com os princípios da justiça, buscando a verdade dos fatos, sem se “apartidar” por qualquer das partes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este pequeno excuro procurou esboçar um quadro comparativo entre duas acepções do conhecimento hermenêutico: a primeira, dita clássica, baseada num paradigma metafísico – objetificante da filosofia da consciência, ao lado do qual podemos colocar o método de Bacon; e uma segunda, calcada na chamada revolução lingüística do pensamento filosófico do século XX, calcada no pensamento de Heidegger e no pensamento de Gadamer, como precursores da nova Hermenêutica.

A racionalidade científica moderna, partindo da dúvida metódica cartesiana, se propunha a nada aceitar como verdadeiro que não se apresentasse absolutamente evidente ao sujeito. Bacon prossegue nesse paradigma ao sintetizar seu método, cujo objetivo era expurgar a experiência humana de todas as influências, as pré-concepções e

conceitos pré-determinados, que se interporiam entre o sujeito e o alcance do verdadeiro conhecimento sobre o objeto digno de ser tomado como científico.

A acepção heideggeriana da compreensão e a idéia de círculo hermenêutico resgatam o papel dos preconceitos como elementos imanentes da interpretação do objeto. A partir de Heidegger e Gadamer, a linguagem deixa de constituir um terceiro elemento interposto entre o sujeito e o objeto: o intérprete é alguém já previamente inserido na linguagem, da qual o objeto fatalmente faz parte. Daí porque, se compreensão é mediada por uma linguagem que previamente contém o sujeito e o objeto, o intérprete, por mais que se esforce para tanto, não pode se desvencilhar dos conceitos pré-concebidos que compõem sua historicidade. O processo interpretativo enseja uma retro-alimentação entre a abordagem do objeto, saturada pelos preconceitos subjetivos, e a transformação da mundividência do sujeito a partir da (re)construção do sentido do objeto.

A nova Hermenêutica provoca a necessidade de uma radical mudança na produção, na interpretação e na aplicação do Direito. Algumas das suas conseqüências práticas são: primeira, a constatação da falácia da idéia de “verdadeiro”, “único” ou “melhor” sentido da norma. O que há são sentidos possíveis.

Segundo, a dificuldade de se continuar aceitando a idéia de mero desvendamento, descoberta ou revelação do sentido da norma, como se o sentido fosse um ente guardado no invólucro do significante textual. A atividade interpretativa do Direito é, pois, constitutiva, e não simplesmente declaratória. A norma não é um dado, mas um construído.

Terceiro, a comunidade de intérpretes do Direito precisa tomar consciência de sua capacidade de interpretar a norma a partir da construção de seu sentido, e não apenas reproduzindo interpretações das fontes consideradas autorizadas: a jurisprudência e a “melhor” doutrina.

Todos fazem parte de uma comunidade de intérpretes, para concordar com Häberle. O dador de leis produz textos, mas os sentidos dos textos legais não ficam e não devem ficar engessados e cingidos à vontade original do legislador. Os tribunais, particularmente o Tribunal Constitucional, racionalizam a atividade jurisdicional com a edição de súmulas de jurisprudência, mas suas decisões não são necessariamente melhores do que as dos juízes singulares de primeiro grau. Os advogados apresentam

versões dos fatos e do Direito aplicável ao conflito de interesses, mas elas são apenas topos na dialética envolvida no processo. Por fim, os juízes, produtores da norma de decisão, precisam de uma vez por todas dar-se conta do seu poder e dever de construir o sentido da norma jurídica para então aplicá-la, e não reproduzir mecanicamente o sentido dado, sob pena de se continuar apartando a função jurisdicional do princípio da justiça. Essa é, cremos, a grave e urgente missão da nova Hermenêutica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. *OBSTÁCULOS EPISTEMOLÓGICOS*. Disponível em: <http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol11/04ObstaculosEpistemologicos.htm>. Acesso em: 02.jan.2008.

ANDRADE, José Aluysio Reis de. *Bacon – Vida e Obra*. In *BACON*, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza / Nova Atlântida*. José Aluysio Reis de Andrade (Trad.). Os Pensadores. São Paulo, SP: Editora Nova Cultura, 1997, p. 10.

ARAÚJO, Carlos Alberto Ávila. *A ciência como forma de conhecimento*. Revista Eletrônica Ciências & Cognição. Disponível na internet em: <http://www.cienciasecognicao.org/artigos/v08/m32690.htm>. Acesso em: 02.jan.2008.

BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza / Nova Atlântida*. José Aluysio Reis de Andrade (Trad.) – São Paulo, SP: Editora Nova Cultura, 1997.

CATÃO, Adrualdo de Lima. *A visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete*. Disponível na internet no site: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Adrualdo%20de%20Lima%20Catao.pdf>. Acesso em: 09.jan.2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Candice Permaor Gullo (Trad.). Silvana Cobucci Leite (Rev. Trad.) – São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2006.

FURLAN, Reinaldo. *Uma Revisão/Discussão Sobre a Filosofia Da Ciência*. Disponível na internet no site: <http://sites.ffclrp.usp.br/paideia/artigos/24/01.doc>. Acesso em: 02. jan.2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Flávio Paulo Meurer (Trad.). Enio Paulo Giachini (Rev. Trad.) – 7. Ed. – Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e Interesse*. José N. Heck (Introd. e Trad.). Gustavo Bayer (Rev.) – Rio de Janeiro, RJ: Zahar Editores, 1982.

MARQUES, Roberto Godoy de Mello. *A apuração da verdade e os poderes instrutórios do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1129, 4 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8737>>. Acesso em: 27.dez.2007.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *A Hermenêutica Jurídica de Gadamer e o pensamento de Santo Tomás de Aquino*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=31>>. acesso em 29.dez.2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V.. *O Mito da Neutralidade do Juiz como Elemento de seu Papel Social*. Disponível na internet no site: <http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/artigos/convidados/mito-neutralidade-juiz-papel-social-rodolfo-filho.pdf>. Acesso em 27.dez.2007.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. *Imparcialidade e Neutralidade: Identidade?*. Disponível na internet no site: http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Caio_Imparcialidade.pdf. Acesso em: 09.jan.2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.