

A CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DA HERMENEUTICA FILOSÓFICA

CONSTRUCTION OF JUDGMENTS FROM THE PERSPECTIVE OF PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS

André Luís Vieira Elói¹

Sumário: 1 Introdução; 2 O Círculo Hermenêutico; 3 A Tradição; 4 O significado da hermenêutica jurídica; 5 Dworkin, o juiz Hércules e o conceito de integridade; 6 O intérprete dentro do contexto decisório; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente artigo pretende investigar e refletir a respeito da Hermenêutica Filosófica, e sua importância na aplicação do Direito diante das complexas demandas e exigências apresentadas pelo Estado Democrático de Direito. Nas abordagens positivistas a interpretação se inseria em um sistema fechado de regras e a interpretação se dava com uma extração do sentido da lei. Além disso, o direito era tratado como um objeto de estudo separado de seu intérprete, havendo uma separação entre sujeito e objeto. Tentava-se criar um método de interpretação do direito similar aos métodos de pesquisa das ciências naturais, de forma objetiva. O objeto de estudo era analisado de forma neutra e distante pelo intérprete, que em nenhum momento poderia violar esse distanciamento. O direito era encarado como uma ciência, no sentido moderno, e como tal deveria criar um método lógico e isento de influência de valores, preconceitos e tradições. Contudo, este modelo se mostrou insuficiente diante do dinamismo social e das questões trazidas pelo Estado Democrático de Direito. O modelo fechado de regras mostrou-se incapaz de prever todos os problemas que poderiam surgir, deixando lacunas que deveriam ser preenchidas pelos juízes (aplicadores do direito), deixando grande margem para o solipsismo e a discricionariedade no momento decisório. Assim, este artigo pretende através do novo conceito de compreensão trazido pelo “giro lingüístico”, mais especificamente pela Hermenêutica Filosófica, um outro horizonte para a compreensão/aplicação do Direito que melhor coadune com os preceitos do Estado Democrático de Direito. Para isso serão apresentados alguns conceitos apresentados por

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas e mestrando em Teoria do Direito no Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas.

Gadamer na construção do seu círculo hermenêutico, para que se possa compreender de que maneira sua concepção de compreensão, interpretação e aplicação, além dos efeitos da história, podem contribuir para a construção do direito de maneira mais adequada às exigências do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS CHAVES: HERMENÊUTICA FILÓSOFICA; ROMANCE EM CADEIA; DECISÃO JUDICIAL; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ABSTRACT

This article seeks to investigate and reflect on the Philosophical Hermeneutics, and its importance in applying the law in the face of complex demands and requirements made by the democratic rule of law. Positivist approaches in the interpretation was inserted in a closed system of rules and the interpretation was given to an extraction of the meaning of the law. Moreover, the right was treated as a separate object of study of his interpreter, with a separation between subject and object. He tried to create a method of interpretation of the law similar to the methods of natural science research in an objective way. The object of study was analyzed in a neutral and detached by the interpreter, that at no time would violate this gap. The law was seen as a science in the modern sense, and as such should create a logical method and free from influence of values, prejudices and traditions. However, this model proved to be insufficient considering the dynamism and social issues brought about by a democratic state. The closed model of rules was unable to foresee all problems that could arise, leaving gaps that should be filled by judges (law enforcers), leaving much to solipsism and discretion at the time making. Thus, this article intends through the new concept of understanding brought by the "linguistic turn", specifically for Philosophical Hermeneutics, a new horizon for understanding / application of the law that best benefit the precepts of a democratic state. For some it will be shown concepts presented by Gadamer in building its hermeneutic circle, so you can understand how his conception of understanding, interpretation and application, and the effects of history, may contribute to the construction of the law more adequately the requirements of a democratic state.

KEYWORDS: PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS; ROMANCE IN JAIL; APPLICABLE LAW, THE DEMOCRATIC STATE LAW.

INTRODUCAO

A teoria do discurso e a procedimentalização do direito, e conseqüente estruturação dos procedimentos de fundamentação e construção decisória, representam uma grande evolução do direito democrático, demonstrando uma preocupação de legitimação e construção legítima de decisões.

Contudo, a teoria do discurso por si só não resolve totalmente o problema do solipsismo e do não engessamento do direito pela jurisprudência. A existência de procedimentos legalmente estabelecidos no processo decisório, apesar de garantir a manifestação de todos envolvidos, não impede que o julgador tome suas decisões de acordo com suas próprias convicções e interpretações.

Não se pode acreditar que a existência de procedimentos em contraditório garanta legitimidade ao provimento, sob o risco de legitimar decisões não condizentes com o paradigma jurídico existente.

Mas, se o provimento é construído através do procedimento contraditório, como poderia o juiz decidir de forma solipsista? E como poderia tal provimento se distanciar do paradigma jurídico vigente?

Em uma primeira visualização, a teoria do discurso e a procedimentalização da construção das decisões parece resolver as questões acima. Entretanto, sob um olhar mais apurado percebe-se que na verdade o procedimento pode funcionar como legitimador de decisões solipsistas. Apesar da existência do contraditório, se os juízes se colocarem como observadores neutros a um problema a eles trazido, é gerado um risco de decisões não condizentes com a realidade e que, logicamente, não trarão soluções viáveis. Há, ainda, o risco de estas decisões representarem entendimentos individuais.

As teorias de Gadamer e Dworkin, em conjunto com a racionalidade discursiva nos traz soluções interessantes e úteis para a aplicação do Direito.

A partir destas teorias insere-se o juiz (interprete do direito) dentro do seu objeto de interpretação (o próprio Direito) tornando-o co-responsável pela sua construção (junto com as partes, que trarão argumentos e posicionamentos que auxiliarão a demonstrar o paradigma onde estão inseridos), mas também um produto do próprio objeto, que já traz consigo uma carga de conceitos, práticas e tradições, repassadas através da linguagem ao próprio interprete, estando ele consciente disso, ou não.

O ato de decidir, a partir da hermenêutica filosófica de Gadamer e do romance em cadeia de Dworkin, deixa de ser um ato de vontade do juiz para se tornar uma consequência racional da história que a precede, e na qual está inserido, havendo efeitos de um sobre o outro de maneira constante e inevitável.

O CIRCULO HERMENEUTICO

A hermenêutica filosófica de Gadamer nos traz conceitos que se mostram de extrema importância na formulação de resposta aos problemas na construção de decisões judiciais.

Gadamer parte de conceitos formulados por Heidegger para construir sua hermenêutica. Ele parte do abandono do conceito moderno de objetividade da ciência buscando uma compreensão inserida em uma historicidade.

Segundo Gadamer, Heidegger demonstra que a compreensão se desenvolve dentro de uma estrutura circular a partir da temporalidade da pré-sentença, o círculo hermenêutico. Mas o que isso quer dizer?

Para Heidegger a interpretação se inicia com conceitos prévios que, posteriormente, podem ser substituídos por outros que se mostrem mais adequados. O intérprete está sempre sujeito a opiniões prévias que podem ser, ou não confirmadas diante de um caso concreto ou de novos problemas. Quem busca compreender deve se manter aberto à possibilidade de suas opiniões prévias não serem adequadas.

Nas palavras de Gadamer:

A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija ao texto diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade. (Gadamer, 1997, p. 403)

Para Heidegger uma consciência hermenêutica se mostra receptiva, mas não se anula, não ignora suas opiniões prévias e preconceitos. Novamente nas palavras de Gadamer (1997, p. 406) “uma compreensão guiada por uma consciência metódica 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.”

Para Gadamer, o que leva o problema hermenêutico à sua verdadeira realidade é o reconhecimento destas antecipações, de seus preconceitos. O risco que nos traz uma tentativa

de compreensão objetivista é justamente este, não se preocupar com os preconceitos, não os trazendo à tona para que possam ser colocados à prova.

Somente com a colocação dos preconceitos à prova, é possível saber se estes são legítimos ou não.

Na hermenêutica de Gadamer deve-se compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo, não existindo uma interpretação subjetiva. Quando buscamos compreender algum enunciado, não é necessário compreender a constituição psíquica de seu autor, mas sob qual perspectiva ele a formulou. Ou seja, não se deve buscar estabelecer uma *práxis* de interpretação opaca como princípio, mas inserir a interpretação num contexto.ⁱ

Daí se mostra a importância de compreender alguns conceitos de Gadamer para possibilitar uma melhor aplicação da jurisprudência como referencial para novas decisões. Para que se evite decisões subjetivas diante de casos concretos que se apresentem, a jurisprudência nos demonstra as perspectivas de decisões anteriores para que o julgador presente tenha um ponto de partida.

Mas como utilizar destes referenciais sem o risco de engessar o direito, de fazer com que os entendimentos se tornem repetitivos e com o passar do tempo se distanciem da realidade?

Para isso é importante compreender como acontece a compreensão e a interpretação na perspectiva gadameriana.

Para Gadamer, o círculo hermenêutico é o espaço onde o corre dialogicamente a relação entre o intérprete e a tradição. A interpretação não é e nem pode ser subjetiva, pois é determinada pelo que nos une à tradição. A hermenêutica se dá na relação entre a faticidade e a historicidade do intérprete.

Com isso, Gadamer quer dizer que o sentido de um texto é determinado pelo tempo e contexto histórico nos quais o leitor está inserido. Ele não se esgota no momento em que o autor o escreveu, é um processo infinito.

O papel da hermenêutica, então, deixa de ser a criação de um procedimento de compreensão, mas a demonstração, o desvelamento, das condições em que surge.

A possibilidade de conhecimento está na pergunta que é feita diante de um fato apresentado, cabendo ao hermenêuta encontrá-la.

O processo de compreensão acontece na mediação do universo de linguagem prévio, onde o hermenêuta se espelha (historicidade), e o evento ou fato que se apresenta diante dele (faticidade), provocando um estranhamento que “gira” o círculo hermenêutico, eclodindo em um novo horizonte de compreensão.

Segundo Streck “Essa faticidade e historicidade é o *locus* da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação” (Streck, 2011, p. 271).

O que determinará o sentido de um texto para seu intérprete é a sua condição no mundo.

só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*), que já une todas as partes (textos) do sistema. (Streck, 2011, p. 271)

Portanto, a interpretação deixa, a partir de Gadamer, de ser uma manifestação de vontade, uma escolha, do intérprete, sendo resultado de condições pré-estabelecidas social e historicamente, e a este transmitido pela linguagem (possibilidade de manifestação de sentido).

A interpretação jurídica é uma tarefa criativa, não reprodutiva, pois depende diretamente do caso concreto, que em momentos históricos diferentes pode encontrar necessidades e soluções diferentes. Interpretar a lei é atribuir sentido ao dispositivo diante de um caso concreto.

A TRADIÇÃO

Outro conceito relevante para a compreensão do papel da jurisprudência é o conceito gadameriano de tradição.

Gadamer, em sua crítica ao *Aufklärung*, defende com uma atenção especial um tipo de autoridade, que é de fundamental importância para a compreensão do papel da jurisprudência, a tradição.

Para Gadamer, as autoridades somente são reconhecidas como tal por atos de constantes reconhecimentos, por estarem constantemente colocadas à prova.

A tradição é um tipo de autoridade que influencia de forma bastante ampla o comportamento humano, muitas vezes de maneira alheia à razão. Segundo Gadamer, os costumes podem ser adotados de maneira livre, contudo, sua legitimação e criação não são baseados em pura inspiração, mas na razão.

Não é possível compreender a tradição de forma isenta de preconceito, através da razão pura, pois o homem é um ser inserido em determinado contexto e momento históricos, dos quais a própria tradição é parte fundamental, pois à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva as nossas instituições e comportamentos.

Há de se ressaltar que Gadamer, ao defender a importância da tradição, jamais objetivou passar a idéia de que as tradições são inquestionáveis e imutáveis. Pelo contrario, a

possibilidade da conservação desta depende de constante colocação à prova. Segundo ele, “a conservação é um ato da razão, ainda que caracterizado pelo fato de não atrair atenção sobre si [...] A conservação representa uma conduta tão livre quanto a destruição e a inovação.” (Gadamer, 1997, p. 422, 423)

O reconhecimento do valor da tradição está diretamente relacionado com os efeitos que a história opera em toda compreensão, esteja o interprete ciente ou não. Ser consciente do efeitos da história é conhecer o horizonte hermenêutico no qual se está inserido, que é onde nos encontramos face à tradição que tentamos compreender.

Novos horizontes são adquiridos quando se tenta ver além do que está próximo. Nesta tentativa, entretanto, não se deixa de lado os conceitos que já possui, mas os integra em um novo todo de uma forma mais adequada diante de novos problemas.

Novamente citando Streck:

não se diga que a hermenêutica venha a favorecer um conservadorismo, já que a fusão de horizontes dará passagem a algo sempre imprevisível e novo. Em última análise, a continuidade na tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área de compreensão legítima isto será mais correto que se abandonar, com os braços cruzados, a uma metodologia que talvez nos conduza a resultados eficazes, porém, quem controla (essa) metodologia? A resposta a essa pergunta é que a tradição reclamada por Gadamer baseia-se na idéia de uma repetição produtiva no ato originário de criação. (Streck, 2011, p. 275/276)

Para Gadamer, por mais que interprete se prenda à letra do texto, não há garantia de reprodução do sentido original. Por isso a interpretação é sempre criativa.

O SIGNIFICADO DA HERMENEUTICA JURIDICA

A partir da hermenêutica gadameriana nenhum argumento lógico argumentativo acontece sem a pré-compreensão. O horizonte da compreensão está condicionado historicamente por uma tradição, que não pode ser descartada. Daí surge a grande contribuição da teoria de Gadamer para a utilização da jurisprudência.

A jurisprudência como coletânea de decisões diversas sobre uma determinada categoria de problemas traz ao intérprete, que busca uma solução para um novo caso concreto que se apresenta, como foram aplicados os enunciados legais diante de casos anteriores, expondo de quais referenciais estes partiram, novamente colocando-os à prova.

Conforme já explicado, o interprete é produto de uma linguagem social que nos transmitem os preconceitos que vem da tradição.

O interprete, no caso do direito o jurista, ao interpretar, não se desfaz de seus preconceitos na sua compreensão do direito pois:

Como fruto da linguagem social, o magistrado conta com todos os seus pré-conceitos desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das partes, etc. (Ribeiro, Braga, p. 278).

O interprete não consegue decidir de forma individual, pois seu processo de compreensão – interpretação – aplicação está condicionado por seus preconceitos, transmitidos através da linguagem.

Neste momento se mostra de fundamental importância o procedimento processual. Através do contraditório, o juiz e as partes colocarão à prova suas interpretações diante de um caso concreto, expondo, então, seus preconceitos, para que sejam aferidas as possibilidades aplicação, até que se chegue a uma melhor resposta para o caso concreto.

Nas palavras de Ribeiro:

O julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que nesse momento é ainda uma antecipação prévia de sentidos tomada de pré-compreensões ainda não problematizadas. Obviamente, deve o magistrado aprimorar o fundamento, revê-lo a partir de uma racionalidade discursiva. (Ribeiro, Braga, p. 279)

A partir desta racionalidade discursiva é dada a possibilidade a interprete de verificar mudanças nas circunstâncias históricas e sociais onde se encontra, para construir novamente a norma.

Mas e a jurisprudência, qual o seu papel? A jurisprudência, como já dito, trazendo entendimentos anteriores funciona como demonstrador da construção normativa em um outro contexto ou circunstância. Esta exposição de posicionamentos anteriores funciona como uma das formas de utilização e exposição da tradição no meio jurídico.

Como meio de demonstração da tradição, numa perspectiva gadameriana, a jurisprudência não pode e nem deve ser usada como meio de “engessar” a construção normativa, pois, como já visto, as tradições são uma forma de autoridade por serem constantemente colocadas à prova, demonstrando que sua aplicação ainda é útil diante do caso concreto. E é através da racionalidade discursiva que se verificará a possibilidade de aplicação das normas ao caso concreto e se as interpretações anteriores ainda se mostram adequadas.

Além disso, por não existir interpretação que consiga reproduzir exatamente a intenção do “escritor”, é profunda ilusão crer que no uso de decisões anteriores como referencial será alcançado o mesmo sentido em um momento posterior ao original.

Entre a decisão que serve de paradigma e a decisão tomada com base na primeira há um fosso de sentido preenchido pelo imaginário de uma analogia ingênua. A decisão paradigma real é substituída pelo signo simbólico que representa e não raro sai aplicação é imaginária, a saber, ela serve para legitimação de qualquer decisão, ainda mais quando fundamentada exclusivamente em verbetes de ementas (Morais da Rosa, in Stein e Streck, 2011, p. 131).

A jurisprudência só faz sentido se contextualizada, se demonstrar sua aplicabilidade para o caso concreto, se expostas as razões para seu uso, sob o risco de justificar decisões solipsistas e que isentem aqueles que a proferem de responsabilidade, se colocando como alguém alheio ao contexto onde se dará a aplicação do Direito.

DWORKIN, O JUIZ HÉRCULES E O CONCEITO DE INTEGRIDADE

Por pensar em um ordenamento jurídico complexo, Dworkin cria a metáfora de um juiz ideal, Hercules, para dar conta de interpretar e decidir casos a ele submetidos. Esse juiz seria um homem que conheceria todo o ordenamento jurídico e que poderia sempre achar a solução correta para cada caso. Para Dworkin, sempre existe uma única decisão correta para cada caso concreto.

Dworkin foi muito criticado por desconsiderar o fato de que uma norma jurídica ser passível de diversas interpretações, por pensar em um Hercules, que seria alguém isolado do mundo, e único com conhecimento para alcançar a resposta correta (solipismo judicial) e por ver o judiciário como superego da sociedade, sendo guardião dos valores e determinando o que é certo ou errado.

Alguns autores dizem que Dworkin confunde direito e moral. Essa crítica é fruto de má interpretação. Ele fala, sim, de exigências morais. Contudo essas só têm consistência para o direito se incorporadas a esse sistema específico. Essa incorporação se dá através de direitos fundamentais. Na medida em que essas exigências morais são positivadas, através dos direitos fundamentais, perdem seu caráter inicial de exigências morais e ganham densidade jurídica própria.

Após estas críticas, Dworkin reformulou sua teoria e lançou a idéia de Integridade, mostrando juiz Hercules como uma figura de linguagem e que ele não acredita no solipismo judicial, abandonando, também a distinção entre princípios e regras.

A interpretação jurídica seria muito semelhante à interpretação de uma obra de arte ou mesmo literária. Dworkin edifica um modelo interpretativo intitulado Romance em cadeia que implica na idéia que diferentes escritores têm a tarefa de elaborar um roteiro. Nesse contexto, é responsabilidade de cada um deles compor uma parte de um roteiro inacabado, prevalecendo a idéia de conjunto, objetivando um resultado integrado.

Na interpretação desse material em cadeia, Dworkin pressupõe que devam existir dois níveis de exigência: o primeiro referente à adequação, e, o segundo, voltado para a interpretação. No primeiro avalia-se a integração do escritor à elaboração da trama, o seu grau de envolvimento, o poder explicativo geral da obra e a verificação se, como romancista, cumpriu sua missão. A segunda, num sentido mais amplo, demandará do roteirista a escolha da interpretação que melhor reflita a intenção do texto. As duas fases não apresentam distinções profundas procurando oferecer estruturação à teoria funcional ou ao estilo de qualquer intérprete.

Se, como método, o romance em cadeia pretende demonstrar como se dá a participação do escritor (juiz) em contínuo processo de elaboração literária com outros escritores, como finalidade, atentando-se para o âmbito jurídico, essa concepção em forma de romance pretende demonstrar o produto final, a decisão em si.

Os juízes não podem tirar das leis suas próprias convicções. Eles não podem expressar tipos particulares de julgamento moral, não importando o quanto esse julgamento moral lhes seduza. Esse julgamentos morais só podem ser utilizados se estiverem de acordo com a estrutura do direito como um todo, e também com os precedentes de interpretação feitos no passado por outros julgadores.

O juiz deve se inclinar sobre as declarações de juízes anteriores não para determinar qual seria o estado de espírito deles no momento das decisões, mas para determinar o que foi realizado coletivamente, da mesma forma que cada escritor deve formar sua própria opinião sobre o que já foi feito. Cada juiz deve-se considerar um elo da cadeia, e as incontáveis decisões, estruturas e praticas que moldam a historia.

Talvez seja por isso que Dworkin abandonou a distinção inicial entre regras e princípios, pois com a idéia de integridade uma norma jurídica poderá ser tratada como regra ou como principio, dependendo das exigências da situação concreta.

O trabalho do magistrado é avaliar qual e quanto de cada um dos princípios deve prevalecer na apreciação de um caso concreto. Isso torna indispensável uma instância interpretativa, assegurando possibilidades além de uma norma jurídica que norteia um caso concreto, concluindo-se que a decisão judicial será mais segura e adequada quanto mais se obter informações fáticas e conceitos interpretativos.

Isso não significa que o juiz apenas pesquisou o significado das decisões anteriores. Para Dworkin o direito como integridade acontece no presente e se volta para o passado na medida em que as necessidades do momento assim o determinem.

A intenção não é de recuperar os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram, mas, justificar o que eles fizeram em uma longa história geral digna de ser contada aqui. O objetivo é oferecer uma aplicação do direito que se fundamente em princípios que nos ajude a ter um futuro digno.

Para Dworkin, a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, expressando um sistema único e harmônico.

A decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. Um juiz que adota um princípio em um caso deve dar a este importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não sejam similares.

Ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com os princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional.

Contudo, devemos ter consciência, que nem mesmo a máxima busca pela integridade, por parte de todos os juízes e todos os tribunais, irá produzir sentenças judiciais uniformes. O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade.

Aqui vemos que Dworkin não acredita em um juiz Hercules que, sozinho, decidiria todos os casos, como também a única decisão correta não é a única decisão correta aqui e agora, e não mais modificável. As decisões de magistrados são produzidas em processos, que devem respeitar a própria igualdade e liberdade das partes de produzirem argumentos e provas. A produção de decisão se dá sempre de forma compartilhada, com simetria entre as partes, em contraditório.

A única decisão correta é aquela construída pelas partes, em um processo que se desenvolvem com seus princípios e com suas limitações, dando suas razões, apresentando provas e agindo em contraditório.

A única decisão correta não significa uma única decisão verdadeira, como se a verdade existisse de uma vez por todas. A única decisão correta, é aquela que pode convencer todas as partes envolvidas na decisão tomada no processo em que participam. Isso porque a verdade só pode ser entendida discursivamente. Cai, então, a crítica sobre o solipsismo judicial, já que Dworkin está tratando da atividade jurisdicional, que conta com apoio das partes para produção da decisão.

Todo juiz deve procurar ser Hércules, pois deve ser sensível para se colocar no lugar de todos os afetados pela decisão para poder decidir.

O INTERPRETE DENTRO DO CONTEXTO DECISÓRIO

Chamon, para analisar a atuação do juiz no processo cria duas metáforas que se mostram muito interessantes na explicação no papel dos juízes no momento da decisão, a do “observador-neutro” e a do “partícipe-imparcial”. Apesar afirmar que o juiz não deve se preocupar com aspectos pragmáticos e morais (o que para Gadamer se mostra impossível) sua metáfora demonstra de forma clara a impossibilidade de se conseguir uma decisão adequada a determinado caso de forma distante, com a tradicional separação entre sujeito e objeto.

O primeiro assume uma postura descritiva e externa ao direito e acredita que para decidir o juiz deve levar em consideração o Direito, que para ele são normas formadas em acordos expressos ou tácitos, aceitas por todos como normas de cunho jurídico. Nesta visão seria o processo legislativo de fundamental importância, pois é o momento de criação da norma.

O observador- neutro sabe que não seria possível encontrar soluções únicas para casos difíceis, pois observando diversas decisões fica nítido não ser possível para o magistrado prolatar a mesma decisão em vários casos. Ele acaba entendendo que o próprio julgados muitas vezes adota posicionamentos que divergem de argumentos usados por ele próprio anteriormente, chegando à conclusão de que o juiz é o “senhor” da decisão, que tem o poder de escolher a decisão mais adequada através de seu “livre convencimento”.

Diante de situações que nunca foram decididas, e que não teriam normas expressas que as solucionassem, o juiz seria levado a decidir criando soluções próprias, muitas vezes ignorando as argumentações das partes do processo (que nessa situação nem poderiam ser chamados partes, mas afetados), e prolatando uma decisão que está de acordo com a *sua* visão do que seria mais adequado ao caso.

Segundo Chamon, tal posicionamento é perigoso, uma vez que pode facilmente ser levado por argumentos duvidosos e manipuláveis, recorrendo a termos como “bem comum”, “paz social” e “interesse público”.

As conclusões a que um observador neutro poderia chegar dizem respeito ao fato de que, no conjunto de suas anotações, o Direito haveria que ser compreendido como um sistema de regras, um conjunto de normas acordadas, convencionadas, e que na falta de uma convenção abriria a possibilidade aos julgados de *inventar, criar*, discricionariamente, a solução para esses novos casos. Nesse sentido, não vai entender que o Direito se reduziria a textos legislativos, muito antes, acaba também

por assumir os costumes como fatos capazes de gerar novas normas jurídicas...
(Chamon, 2008, p. 148)

Por outro lado, Chamon também discorre sobre a metáfora de um “participante-imparcial”. Segundo a ótica deste, também, o juiz há que sempre decidir casos concretos a partir do direito. Contudo, os pressupostos adotados são outros, pois ele vai compreender que o Direito não pode ser reduzido a um conjunto de normas positivadas ou formalizadas, em acordos legislativos ou práticas cotidianas.

O participante percebe que o Direito é muito mais complexo do que hipóteses e situações previamente pensadas, que nenhuma legislação é capaz de esgotar todas as situações que se fazem ou um dia se farão relevantes juridicamente. Chamon afirma que “o fato de convenções legislativas (...) serem referenciais argumentativos na construção de soluções em sede de aplicação do Direito, não significa que tais normas esgotam o conteúdo normativo do Direito.” (Chamon, 2008, p. 149)

O direito deve passar a ser visto como um sistema de princípios, que devem ser construídos em processo legislativo, mas também são frutos de um processo histórico de formação contínua e dialética do Direito em nossa sociedade.

Segundo Chamon os princípios são desdobramentos das ambições que o direito apresenta a si mesmo, reinterpretações das normas jurídicas na busca do *sentido* do direito, do igual reconhecimento de direitos fundamentais a todos.

A partir de uma postura participativa podemos perceber que para todo caso concreto é sempre possível alcançar uma resposta correta e que, para isso, o julgador deve sempre levar em consideração todos os argumentos trazidos pelas partes na construção do processo, pois são os “tijolos” na reconstrução do caso e na constante reconstrução do Direito.

O juiz deve ter consciência que, nas palavras de Chamon, “sua Atividade está definitivamente entrelaçada àquilo construído e reconstruído no bojo do processo jurisdicional”.

Novamente citando Chamon:

“... há que se envolver, há que se aprofundar no caso, e nos argumentos das partes, há que se entender o contexto, e os pressupostos que sua decisão exigem, sem que isso signifique deixar de ser imparcial, mas, por outro lado, isso definitivamente não significa ser neutro... A neutralidade é algo questionado por nosso participante exatamente porque ele mesmo não entende como é possível a apreensão de “neutralidade”, na medida em que vai compreender que a construção do Direito e da Sociedade, somente se dá através da comunicação; e para que nós possamos nos comunicar é necessário compartilharmos de determinados pressupostos comunicativos, de determinadas pré-compreensões sobre as quais não podemos pretender, divinamente, nos manter neutros...” (Chamon, 2008, p.150).

A forma como o observador-neutro vê o juiz se deve a uma compreensão do Direito como um sistema de regras fechado, que ignora questões presentes e futuras, as quais apenas as normas positivadas nunca seriam capazes de resolver. Já o participante enxerga o Direito como “uma obra social, uma construção histórica de sua comunidade política”, na qual ele está inserido e por ela é influenciado.

Sá há decisão adequada quando se colocam todos os argumentos e conceitos à prova, e em consonância com o paradigma jurídico vigente.

Não cabe ao juiz inventar ou criar normas para o caso. Deve-se sempre buscar, a partir da principiologia jurídica, que visa o igual reconhecimento da liberdades de todos, uma resposta adequada para o caso específico.

A imparcialidade não está no fato de decidir em conformidade com argumentação de uma parte, mas com o rigor da fundamentação, se pautando por argumentos que se demonstrem em acordo com o ordenamento jurídico e tragam solução efetiva ao caso concreto.

CONCLUSÃO

Como, já dito, vivermos em um mundo em constante evolução e, conseqüentemente, passando por também constantes mudanças, onde não param de surgir novas idéias, novas questões acerca da vida, novos problemas a serem resolvidos.

Neste contexto de grande diversidade, o Direito, como expressão das regras de funcionamento de uma sociedade, passa a ter, em seu fundamental papel, uma missão muito mais árdua, pois, em um mundo cada vez mais diversificado, se torna uma missão cada dia mais hercúlea manter a correspondência entre direito e realidade social, essencial para a construção da democracia.

Hoje em dia, a democracia nos parece ser a melhor forma de governo, a que mais se nos aproxima da possibilidade de se construir uma sociedade respeite a todos nela inseridos. Contudo, esta mesma democracia é, também, a forma mais difícil de governar.

Um modelo fechado de regras, talvez se mostrasse de mais simples aplicação, reduzindo a legitimidade de normas e regras à simples observância de procedimentos juridicamente estipulados, justificando o direito por ele mesmo.

Contudo, “facilidade” se mostra uma ilusão, uma vez que um sistema fechado de regras, e a objetivização do direito se mostram ineficientes para solucionar as questões que no dia a dia nos são colocadas, por não ser possível prever todas as situações que futuramente podem se apresentar.

A legitimidade plena do Estado e do Direito é uma situação que nunca foi e talvez jamais seja alcançada, mas deve servir como uma meta de toda democracia. Pois, como já dissemos, um Estado se aproxima desta legitimidade na medida da existência de homens livres e conscientes, que participem da sua construção, podendo praticar livremente o discurso, expondo suas convicções e pré-conceitos sem riscos de coerção.

Deve-se, através da participação de todos, discursivamente, buscar constantemente o fim da arbitrariedade e da coerção em questões que sejam de interesse coletivo, proporcionando meios de uma real, igualitária e constante participação de todo cidadão nos litígios que os envolvem e na construção do Direito.

Sabemos que a sociedade é resultado de processos comunicativos que acontecem durante sua própria construção. Contudo, também sabemos que esta construção é constante, e que a sociedade e o Direito devem passar por constantes mudanças e estão sob constantes questionamentos.

As teorias rapidamente estudadas neste trabalho nos auxiliam de forma decisiva nesta constante reconstrução do direito, pois superaram de forma decisiva a concepção do direito construído a partir de uma consciência individual, de concepções individuais acerca do ordenamento jurídico e de sua construção/aplicação.

Gadamer, ao não subestimar o intérprete, trazendo-o para a construção do sentido do texto que diante dele se apresenta (e o tornando co-responsável pela construção do direito), mas “negando” a este a possibilidade de “inventar” (por vincular o intérprete de maneira inseparável do contexto onde se encontra), traz ao Direito condições de se renovar constantemente sem trazer instabilidade ao ordenamento.

Tanto Gadamer quanto Dworkin, a partir do antirelativismo que o respeito à tradição, a compreensão do círculo hermenêutico, da história efetual e a integridade trazem ao procedimento decisório trouxeram grande contribuição aos trabalhos para construção da democracia e pelo fim do solipsismo.

A hermenêutica filosófica demonstra que mesmo os pensamentos julgados como mais pessoais se formam com referências coletivas.

Nesta esteira a jurisprudência não pode ser utilizada como forma de engessar o Direito. A jurisprudência deve ser encarada como meio de compreensão de uma tradição na qual estamos inseridos, e vinculação do intérprete a esta (conforme o romance em cadeia de Dworkin). Mas, como este ato indissociável de compreensão - interpretação - aplicação nunca se dá de maneira única, pelo caráter produtivo da interpretação para Gadamer, ela jamais será, e nem pode ser, um instrumento de uniformização de decisões.

Encarar e jurisprudência como uma “receita de bolo” que deve ser copiada fielmente, além de ser uma ilusão (pois o leitor jamais reproduzirá exatamente o que o escritor interpretou), gera o risco de trazer decisões solipsistas para o ordenamento, justificadas por uma interpretação solo do juiz acerca dos julgados anteriores, sendo, ainda, legitimadas pelo procedimento em contraditório.

Ou seja, o simples respeito aos procedimentos processuais não soluciona o problema da fundamentação de uma decisão, pois o Direito não pode ser encarado como um objeto de estudo separado de seu observador, pois este se encontra inserido dentro do seu objeto de estudo. Portanto, não há como dissociar o sujeito do objeto e, conseqüentemente, enxergar o direito como algo imune às transformações do homem e de seu mundo.

Uma leitura supostamente paradigática pode gerar grandes equívocos justamente por se crer alheia ao mundo que a rodeia.

REFERÊNCIAS

CHAMON Jr., Lúcio Antônio, **Teoria da Argumentação Jurídica**, Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Ed. Vozes, 1997.

LUHMAN, Niklas, **Legitimação Pelo Procedimento**, Editora UNB, 1980.

NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin**. Disponível em:

<[HTTP://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno5/dfi.pdf](http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno5/dfi.pdf)>. Acesso em: 21 de março de 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Barbara Gonçalves de Araújo. **A Teoria das Fontes do Direito revisitada: uma reflexão a partir do paradigma do estado democrático de direito**. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/fernando_jose_armando_ribeiro-1.pdf> Acesso em: 30 de março de 2012.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ⁱ Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, p.270