

A INFLUÊNCIA DO INCONSCIENTE DO INTÉRPRETE NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

THE INFLUENCE OF THE JUDICIAL INTERPRETER UNCONSCIOUS IN IMPLEMENTING THE CONSTITUCIONAL NORM

MELINA ALVES TOSTES*

RESUMO

Este artigo procurará destacar o papel da pré-compreensão do jurista na interpretação das normas constitucionais. Para tanto, primeiro será desnudada as particularidades que cercam a norma constitucional e, conseqüentemente, o processo interpretativo que essa sua natureza própria impõe. Serão adotados como referenciais teóricos no campo da hermenêutica, as teorias hermenêuticas concretistas, notadamente, a teoria estruturante do Friederich Müller e a teoria normativa de Konrad Hesse. A pré-compreensão do intérprete irá ser estudada sob a ótica dos estudos de Freud sobre a mente humana e o inconsciente. Por fim, o mito da racionalidade objetiva e um nova concepção de racionalidade, tendo em conta a figura do inconsciente também será exposta.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Jurídica. Pré-Compreensão. Racionalidade.

ABSTRACT

This article will seek to highlight the role of prior comprehension of the jurist in the interpretation of constitutional norms. To this end, the first will be laid bare the particularities surrounding the constitutional norm and, consequently, the interpretive process that nature itself imposes. Will be adopted as theoretical frameworks in the field of hermeneutics, hermeneutic theories Concrete, notably the theory of structural and normative theory Friederich Muller and Konrad Hesse. The prior comprehension of the interpreter will be studied from the viewpoint of Freud studies regarding the human mind and its conscious. The myth of objective rationality and a new conception of rationality, taking into account the figure of the unconscious will also be exposed.

KEYWORDS: Interpreter. Pre-Comprehension. Rationality.

* Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procuradora da República.

1. INTRODUÇÃO

“Nenhum intérprete pode pretender estar frente ao texto normativo livre de pré-compreensões, pois isto equivaleria a estar fora da história e a fazer emudecer a norma.” - Fernandes Lago

A segunda metade do século XX foi palco de uma revolução no campo hermenêutica jurídica. Em decorrência da superação da Escola da Exegese e a busca de um maior racionalidade nas decisões judiciais, novos referenciais teóricos surgiram. Em que pese, a diversidade de teorias propostas, pode-se apontar um ponto convergente entre elas: o destacado papel que foi dado ao intérprete e, conseqüentemente a pré-compreensão que o acompanha no processo interpretativo.

Com efeito, essas novas teorias hermenêuticas impõem ao intérprete um atividade cognitiva, de construção do sentido da norma a ser aplicado ao caso. Porém, não se ignora que a condição humana desse intérprete faz com que a neutralidade desapareça desse processo. Assim, pela sua natureza de pessoa, todo intérprete carrega consigo uma pré-compreensão particular, que obviamente irá participar e infligir no sentido que ele irá atribuir ao texto legal. Com isso, não se pode de fato pretender compreender a interpretação constitucional, sem ao menos procurar investigar o que seria essa pré-compreensão do intérprete, como ela é formada, como de fato influenciará na suas escolhas.

Esse trabalho busca então desconstruir o mito da racionalidade objetiva, posto que na realidade, a tão falada pré-compreensão do intérprete é formada não apenas pelo consciente, mas também, pelo inconsciente, tipo de personalidade, hábitos mentais, projeções inconsciente coletivo, dentre outros elementos. Dessa forma, através das obras de Freud e Jung se tentará mostrar toda a complexidade que permeia a construção do juízo crítico do intérprete, e conseqüentemente, qual a norma que ele irá construir. Além de, alertar para a importância de que esses conteúdos não conscientes sejam conhecidos e racionalizados do

intérprete, bem como, fundamentados, no momento em que este realiza a concretização.

Com estudo dessa pré-compreensão e conseqüentemente dos fatores que a constroem, espera-se tentar atingir uma maior clareza, segurança e legitimidade a atividade de interpretação jurídica, e em, especial, da interpretação constitucional, que pela sua natureza normativa aberta, política e indeterminada, impõe um maior esforço e controle de seu resultado prático, trazendo maiores desafios ao intérprete.

2. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DA NORMA

Hermenêutica é a ciência da interpretação, onde se estabelecem princípios e métodos a serem seguidos na atividade interpretativa. Durante muito tempo, a interpretação jurídica ficou relegada a um segundo plano. Sob o domínio da Escola da Exegese, a qual surge com a Revolução Francesa e se consolida com os códigos napoleônicos em 1804, o juiz ficava restrito a interpretar a lei e apenas a lei. Assim, bastaria saber a lei para saber interpretar. A lógica dedutiva-formal era o principal e único instrumento da interpretação. A interpretação, portanto, ocupou papel pouco relevante no pensamento jurídico daquela época. Sendo o único método de aplicação do direito uma mera subsunção do fato à norma, desconsiderava-se no processo a figura do intérprete ou as particularidade do fato, aplicando-se assim à situações fáticas desiguais a mesma solução jurídica pronta, em estrita homenagem à igualdade formal, tão cara aos princípios liberais. Na célebre fase de Montesquieu, o aplicador do direito se conformava ao papel de “boca da lei”.

Não obstante, com o advento da modernidade, a sociedade torna-se complexa e multifacetada. Nesse processo de evolução da sociedade e da ciência jurídica, a escola exegética torna-se cada vez mais insuficiente para atender aos anseios dos

operadores do direito. Em tal contexto, deve-se destacar com um dos propulsores desse mudança, a superação da filosofia a consciência, com o advento da filosofia da linguagem. Essa mudança de paradigma filosófico irá reverberar sobremaneira sobre a hermenêutica jurídica. Um nova hermenêutica se inicia, cujas origens podem ser extraídas da obra de Schleiermacher e estabelece como pilares a aproximação do direito a ética e a reaproximação entre direito constitucional e filosofia do direito. Outro fator de mudança é o papel dado ao intérprete, o qual será melhor detalhado ao longo deste trabalho.

Sob o novo paradigma da filosofia da linguagem, interpretar seria extrair um sentido, uma norma individual e concreta de um texto expresso em linguagem. Essa atividade de interpretar é imprescindível e necessária, na medida em que, a linguagem, o texto, os símbolos podem ter vários significados. É próprio da linguagem, e em especial, da linguagem contida nos textos jurídicos, um alto grau de generalidade, abstração e imprecisão. Isso faz com que a atividade interpretativa se faça sempre imprescindível diante de um texto legal. A interpretação pode ser considerada então uma tarefa, na medida em que toda norma é “significativa”, entretanto, esse significado não constitui um dado prévio, mas o resultado dessa tarefa

Essa função de interpretação ganha maior complexidade e complexidade no ramo do direito constitucional. Ocupando a topo da pirâmide normativa, as disposições constitucionais são particularizadas por uma maior abertura (e, conseqüentemente, uma menor densidade) amplitude e abstratividade que torna indispensável uma operação de concretização na qual se reconhece às entidades aplicadoras um “espaço de conformação” mais ou menos amplo (CANOTILHO, 2007:1208-A). Ademais, pode se somar como fator de contribuição para tal problema da interpretação constitucional, a significativa carga política presente no texto de uma lei que pretende organizar um Estado, sedimentar suas instituições, distribuir competências, estabelecer

programas, sem se esquecer do objetivo de proporcionar um arranjo de estabilidade democrática e da tarefa de se manter atual ao longo da evolução histórica.

Como exemplo, Celso Ribeiro Bastos filia-se a essa doutrina de que a interpretação da Constituição não pode ser realizada da mesma monta de uma lei infraconstitucional. Isto porque, as particularidades do documento constitucional impõem que a sua interpretação também seja diferenciada, levando-se em conta tais particularidades.

Justificariam, na visão do autor, a Constituição ter uma forma de interpretação própria: a) caráter inicial do texto; b) termos mais sintéticos, genéricos e abstratos; c) adoção em grande escala de princípios; d) norma hierárquica superior, sobre a qual todas as demais normas do ordenamento devem retirar sua validade; e) forte conteúdo político e ideológico (BASTOS, 1999: 49-63).

Para Canotilho, a hermenêutica constitucional encontra dificuldades não presentes na hermenêutica das demais normas jurídicas. Atribui tais dificuldades a *textura aberta* das normas constitucionais. Essa textura ocasiona problemas de aplicabilidade direta e de densificação legislativa e judicial no processo de concretização da norma. Uma segunda questão que particulariza a interpretação constitucional seria a *dimensão política*. Nesse sentido, prescreve que o procedimento interpretativo e o seu resultado devem considerar-se neutros ou pressupõe uma leitura moral sobre os bens e valores da comunidade. Por fim, propõe o combate do denominado *epigonismo positivista*, resumido nos seguintes postulados: a) as soluções do caso encontram-se nos textos das normas; b) a interpretação/aplicação é a aplicação da regra geral e condicional precisa e suficientemente definida nos “códigos”. Apenas com a superação de tais postulados pelos intérpretes, seria possível ir além dos textos, com a emergência de uma metodologia pós-positivista (CANOTILHO, 2007: 1118-1119).

Defnida as particularidades da interpretação constitucional, parte-se para a exposição das teorias interpretativas usadas aqui neste artigo como referencias teóricas, a saber a teoria estruturantes de Müller e a teoria normativa de Hesse. Ambos, partem da premissa que o texto legal não traz uma norma pronta e acabada, quando que na realidade essa norma é construída ou concretizada pelo intérprete, tendo em conta o caso concreto, a realidade que o cerca, e a sua pré-compreensão.

Müller afirma ser impossível a separação entre direito e realidade. Enfatiza que a disposição e a ordem de cada um constituem “momentos ativos” na concretização do direito. Há assim, elementos da realidade social que devem ser considerados como elementos pelo intérprete quando da concretização da norma. Nesse sentido, traz a figura do “âmbito normativo”, o qual representa a conexão de fatos materiais extraídos da realidade social, mediante a perspectiva seletiva e valorativa do “programa normativo”. Lembrando que para ele, a norma não existe, não é aplicável, mas produzida no processo de concretização.(MÜLLER, 2009: 29-30).

André Ramos Tavares explica de forma clara a evolução hermenêutica que culminou com a ideia de concretização proposta por Müller, a qual abre uma “nova frente na elucidação do processo hermenêutico”. Com efeito, relembra que tradicionalmente a interpretação referia-se apenas como a descoberta de sentido do texto normativo. Todavia, em um segundo momento, aceita-se que o processo interpretativo não é apenas cognitivo, mas também volitivo, criativo. O intérprete atribui um significado a norma e não a descobre. Assim, a partir da concretização, são incluídas no processo de interpretativo os fatos da realidade. O método estruturante de Müller seria realizado mediante dois processos parciais. Em um, mediante a análise do texto, sob a ótica da teoria da linguagem, obtém-se o “programa normativo”. Já no segundo processo, com a obtenção de dados empíricos, chega-se ao “domínio” ou “âmbito normativo”. A resposta a esses dois processos é a atribuição de

um sentido ao texto legal, a sua concretização-interpretação (TAVARES, 2006: 60-63).

Inspirado no método criado por Müller exposto acima, Konrad Hesse desenvolve um método próprio, conhecido como hermenêutico-concretizador, o qual defende que a interpretação da norma não pode ser dissociada da aplicação ao caso concreto, formando assim interpretação e aplicação um processo unitário, já que não existe interpretação de norma em abstrato. Elege como elementos básicos: o problema a ser resolvida; a norma a ser interpretada e a compreensão prévia do intérprete. Para o autor, a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa, dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (SBROGIO`GALIA, 2007:38).

Na teoria de Hesse, este afirma enfaticamente que interpretação constitucional é concretização. E a concretização, por sua vez, pressupõe a compreensão do conteúdo da norma da norma a ser concretizada. Por outro lado, essa compreensão não pode vir desvinculada da pré-compreensão do intérprete e do problema concreto a ser resolvido (HESSE, 1983: 43). Propõe assim, que através de uma atuação tópica, orientada e limitada pela norma, o intérprete traga a colação diversos pontos de vista relacionados ao problema

A interpretação abarca toda a realidade de mundo, e o intérprete está sempre inserido nesta realidade multifacetada e complexa trazida pela modernidade. Nesse sentido, assim descreve Streck:

O intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio) ambiente cultural - histórico, é dizer em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico concreto, mergulhado na tradição. Para ter acesso a um texto (e compreendê-lo), é impossível ao intérprete fazê-lo como se fosse uma mônade psíquica, utilizando o cogito herdado da filosofia da consciência. O intérprete é já, desde sempre, integrante de um mundo linguístico. (STRECK, 2004: 267)

Dessa forma, percebe-se o papel central que a figura do intérprete, e consequentemente da sua pré-compreensão adquiriram na nova hermenêutica jurídica, sob o paradigma da filosofia da linguagem. Nessa esteira, que os elementos que compõe e constituem essa pré-compreensão devem ser desnudados e conhecidos no processo interpretativo. Todavia, além do conhecimento dessa pré-compreensão e de sua influência no processo de construção de sentido da norma, necessário que essa pré-compreensão seja racionalizados na fundamentação da decisão. A pré-compreensão do intérprete por fazer parte da concretização não pode assim permanecer em uma zona sombria, em que a teoria do conhecimento jurídico-hermenêutico não acesse ou simplesmente ignore, sob pena de se permitir arbitrariedades e irracionalidades no processo interpretativo, o que não se coaduz com o ideal democrático a que se está sujeito.

3. PRÉ-COMPREENSÃO DO INTÉRPRETE: A INFLUÊNCIA DO INCONSCIENTE

Consoante exposto no item anterior, a nova hermenêutica põe luz a figura do intérprete e a pré-compreensão que ele carrega consigo, a qual irá influenciar na concretização da norma jurídica. Com efeito, nesta parte será analisado o que seria essa pré-compreensão e o que a compõe, para que seja respeitada o paradigma democrático no processo interpretativo. Para tanto, se irá se utilizar como referencial teórico a escola da psicanálise de Freud.

Konrad Hesse aborda a questão da pré-compreensão do intérprete estar conformada por seus hábitos mentais, condicionados pelos seus conhecimentos e prejuízos. Chega a afirmar que o intérprete não pode captar o conteúdo da norma de um ponto de vista situado fora da sua existência histórica.

El intérprete o puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino

unicamente desde la concreta situación en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios. El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una pre-comprensión que es la que va a permitirle contemplar la norma desde ciertas expectativas, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto necessiatdo aún de comprobación, corrección y revisión a través de un análisis más profundo, hasta que, como resultado de la progresiva aproximación a la «cosa» por prte de los proyectos en cada caso revisados, la unidad de sentido queda claramente fijada. (HESSE, 1983: 44).

Gadamer, com base na estrutura prévia da compreensão de Heidegger, remete-se ao círculo hermenêutico e o problema dos preconceitos do intérprete. Alerta que toda a interpretação correta deve ser protegida “da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para as coisas elas mesmas”. O intérprete deve sempre atentar para os desvios em que é constantemente submetido, em virtude as ideias que lhe ocorrem. Com efeito, a compreensão somente alcançaria sua possibilidade quando as opiniões prévias em que o intérprete primeiro deduz não sejam arbitrárias. Essa arbitrariedade pode ser evitada por ele, mediante um exame da legitimidade dessas opiniões, quanto à sua origem e validade (GADAMER, 2008: 357-358).

Com fundamento em Heidegger, descreve que uma compreensão guiada por uma consciência metodológico buscará não apenas concretizar suas antecipações, porém, primeiro torná-las conscientes para poder controlá-las e, dessa forma, adquirir uma compreensão correta das coisas (GADAMER, 2008: 359). Preconceito, em sua definição identifica-se no juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. Portanto, o problema hermenêutico somente pode ser selecionado quando o intérprete tem em conta o caráter essencialmente preconceituosos de toda a sua pré-compreensão (GADAMER, 2008: 360).

Por outro lado, é Müller quem parece preocupar-se mais com o conteúdo da pré-compreensão do intérprete. Expõe, em princípio que não existe compreensão alguma sem pressupostos. Assim a pré-compreensão, cujos elementos seriam tanto os preconceitos produtivos, como os destrutivos - é pressuposto e condição da compreensão, ao lado do texto normativo. Aduz que as questões de interpretação são pré-decidas pela pré-compreensão consciente e inconsciente. A pré-compreensão condiciona a compreensão do problema, bem como a compreensão da norma concretizanda. Ainda especificamente sobre a pré-compreensão, dispõe:

A interpretação no caso individual não coincide com a auto-interpretação do homem e a sua interpretação do mundo, mas não pode ser descolada delas, ao mesmo tempo nas ciências humanas. O “preconceito” como experiência do gênero não é obtido pela reflexão; ele surge da totalidade da interpretação do mundo num determinado mundo circundante (Unwelt) e sobretudo já é dado na linguagem. A concretização do direito, impossível fora da linguagem, sempre é co-caracterizada por esse horizonte universal, pré-jurídico da compreensão. (MÜLLER, 2009: 80-81)

A pré- compreensão do intérprete assim parece estar condicionada a sua personalidade. A personalidade para Freud está representada no conjunto de características físicas e psíquicas (como a vontade, a emoção, a inteligência) que distinguem uma pessoa das demais. Personalidade seria a condição ou maneira de ser da pessoa, a organização, mais ou menos estável, que a pessoa imprimiria à multiplicidade de relações que a constituem (GROENING, 2007:99-111).

Lídia Prado destaca que um dos aspectos mais importantes na decisão é a personalidade do julgador. Nesse sentido:

O aspecto importante na sentença, embora não o único é a personalidade do juiz, sobre a qual influem a educação geral, a educação jurídica, os valores, os vínculos familiares e pessoais, a posição econômica e social, a experiência política e jurídica, a filiação e opinião política, os traços intelectuais e temperamentais. Pode controlar as devidas influências desses fatores, se forem

inconscientes, a boa disposição que os juízes tiverem para se autoanalisarem, adquirindo consciência de cada um deles (PRADO, 2009:21).

Renato Nalini também pondera que as influências psicológicas (traços de personalidade e preconceitos) refletiram na decisão judicial. Chega a sugerir, que pelo desgaste causado pela função de dirimir conflitos, deve ser implantado um serviço de acompanhamento psicológico ao juiz. Lembra que a exigência legal de uma conduta privada irrepreensível pode tornar o magistrado muito crítico em relação as pessoas com comportamentos flexíveis ou prepotente, pela parcela de poder que exerce e a possibilidade de decidir sobre o destino alheio (NALINI, 1997: 6-10).

A professora Maria Garcia em artigo que trata sobre a relação entre a análise transacional e o direito revela a necessidade de um estudo integrado entre os dois ramos de conhecimento Direito/Psicologia, haja posto que ambos se voltam ao estudo do comportamento humano e as relações que o homem desempenha na sociedade. O direito assim pode se auxiliar da psicologia a fim de melhor conhecer e decifrar a figura do intérprete e sua pré-compreensão (GARCIA, 2001:91-97).

Dessa forma, percebe-se que a influência da personalidade e, conseqüentemente do inconsciente, na pré-compreensão do intérprete é percebida e exposta por diversos autores. Todavia, com isso, se impõe conhecer o que seria a esfera do inconsciente criada por Sigmund Freud (1856-1939), precursor da escola de psicologia, chamada psicanálise, a qual se caracteriza por uma abordagem mentalista e enfatiza a origem psíquica/mental de muitos aspetos do comportamento. Freud acreditava que a chave para a compreensão do comportamento estava no reconhecimento de institutos, anseios e impulsos que forneceriam a energia utilizada nas ações individuais (HENNEMAN, 1981:34-37)..

Zimmerman elucida que Freud, ao longo de sua época, estabeleceu três teorias do funcionamento psíquico. A primeira -

“traumática” - trata das neuroses; a segunda, “teoria topográfica” considera o psiquismo como composto de três lugares: o consciente, o pré-consciente (ou subconsciente) e o inconsciente); a terceira “teoria estrutural” concebe a mente de forma dinâmica, dividida em três instâncias psíquicas: *id*, *ego* e *superego*. Um dos lemas de sua psicanálise era “tornar consciente tudo aquilo que for inconsciente”. O inconsciente funcionaria como uma usina geradora de pulsões, ao mesmo tempo em que serve como sede e abriga os recalcamientos, isto é, as repressões de tudo aquilo que o consciente não tolera (ZIMERMAN, 2007: 120-135).

A descoberta do inconsciente como fator influenciador das atitudes humanas representou um grande golpe na vaidade humana. Isto porque, a esfera do inconsciente, em regra, não é acessível ou conhecida pelo consciente da pessoa¹. Logo, aceitar que certas atitudes sejam causadas por fatores desconhecidos ou obscuros, retira a tão propagada “racionalidade”, ou esfera da razão, superior privilégio e fator de diferenciador da razão humana e torna o comportamento aparentemente irracional.

Na cabeça do intérprete sempre há vozes, indicando um fazer e um não-fazer, que se digladiam com efeito, a consciência humana estaria dividida em uma esfera psíquico consciente e psíquico inconsciente. O inconsciente, inacessível em primeiro plano, seria formado ainda na vida intrauterina e composto de um material reprimido pela mente humano - desejos reprimidos e repositório de velhas lembranças - que podem atravessar, pelo processo de recalcamiento, e chegar até o consciente de forma enigmática e fragmentada, influenciando a razão humana e seu agir. O inconsciente somente pode ser decifrado pela psicanálise.

A psicanálise propõe mostrar que o Eu não somente é o senhor na sua própria casa, mas também está reduzido a contentar-se com

1 Freud usa de um metáfora de um iceberg para explicar a divisão entre consciente e inconsciente. A parte visível do iceberg seria o consciente, enquanto que a parte oculta, muito maior e que de fato é a responsável pelas colisões com os navios e seu naufrágio, é o inconsciente.

informações raras e fragmentadas daquilo que se passa fora da consciência, no restante da vida psíquica (...). A divisão do psíquico num psíquico consciente e num psíquico inconsciente constitui a premissa fundamental da psicanálise, sem a qual ela seria incapaz de compreender os processos patológicos tão frequentes quanto graves, da vida psíquica e fazê-los entrar no quadro da ciência (...). A psicanálise se recusa a considera a consciência como constituindo a essência da vida psíquica, mas nela se vê apenas uma qualidade desta, podendo coexistir com outras qualidades e até mesmo faltar. (FREUD, 1988:15)

Em resumo, como bem adverte Zimerman, a capacidade de julgar a realidade exterior depende diretamente de como é o *juízo crítico* de cada pessoa em relação ao seu mundo interior. Por outro lado, a formação desse juízo crítico depende de uma série de fatores conscientes e inconscientes (ZIMERMAN, 2007, 135:147).

Assim, vale o alerta que admitir a existência do inconsciente implica em admitir que as motivações das atitudes humanas nem sempre estarão acessíveis ou serão conhecidas, sendo transmitidos ao intérprete como meros ruídos ou desconfortos interiores. Logo, o reconhecimento do inconsciente na pré-compreensão do intérprete implica uma maior sensibilidade e responsabilidade deste em um contexto democrático, o que será melhor descrito a seguir.

4. O MITO DA RACIONALIDADE OBJETIVA

A partir das ideias expostas no tópico anterior, com a tomada de consciência pelo homem moderno a partir da obra de Freud, pode-se concluir que a aceitação do inconsciente como influenciador e motivador das decisões humanas, impõe, por sua vez, uma mudança no conceito de razão, e em especial, da própria racionalidade humana, a qual já não pode mais ser tida como exclusivamente de caráter objetivo.

O período iluminista e o Estado Liberais foram mestres em propagar o mito da neutralidade do intérprete. Essa neutra-

lidade seria possível pela operação lógica e mental orientadas exclusivamente na razão, que existia no momento da aplicação do direito. O sujeito seria assim capaz de no momento da aplicação anular-se como sujeito cognoscente e ficaria limitado a apreender o objeto.

Antigamente entendia-se por racionalidade a capacidade humana de perceber a verdade. Weber utilizava o esquema meio/fim para se referir à ação que poder qualificada como racional. Depois de Weber, nas ciências entende-se por racionalidade a especialização funcional ou, dito de outra maneira, o direito é racional não por ser lógico, mas porque desempenha uma função específica na solução dos problemas sociais². O processo de racionalização ocidental acarreta em uma característica para a modernidade que consiste na separação das esferas axiológicas (ou esferas culturais de valores) que passaram a se auto-regular segundo suas leis internas (LOSANO, 2010: 376-377).

Vale lembrar, que a quebra de paradigma dessa racionalidade neutra e objetiva pode ser encontrada desde o conceito de ideologia, trazido por Marx, o qual defende que teorias científicas ou filosóficas podem ser usadas como instrumentos de dominação ou para esconder uma realidade social, econômica e política. Seriam ideias socialmente determinadas pelas relações de dominação entre as classes e que determinam tais relações, dando-lhes uma falsa consciência. Revela assim, a falsa “objetividade científica” que estaria sempre condicionada a outros fatores. A ideologia teria assim uma conotação negativa que denotava o caráter “mistificante” de falsa consciência de um crença política (BOBBIO, 2010: 585).

2 A racionalidade adquire um conceito próprio na teoria dos sistemas proposta por Niklas Luhmann. Villas Bôas assim comenta: “cada subsistema social tem sua específica racionalidade, que não coincide com a dos outros subsistemas. O racional, no direito, não é mais equiparável ao racional no objetivo e ambos não o são mais com o racional da lógica. A cada diferenciação da racionalidade corresponde a uma diferenciação das funções. O direito cumpre a sua função específica de consolidar as expectativas de comportamento, de sustentar a ação do ator e de subtraí-la de todo juízo moral “. (FILHO VILLAS BÔAS, 2009: 60.

Atualmente, porém, a concepção de racionalidade acima não pode prosperar. A ciência há muito tempo já não aceita verdades absolutas ou objetividade pura em nenhum campo do conhecimento. A partir do momento em que a racionalidade é algo próprio do homem, ela está conseqüentemente, imersa em campo de subjetivismo e sentimentalismo. E é esse subjetivismo/sentimentalismo que abre a porta para o inconsciente e demais fatores psicológicos³.

A racionalidade do intérprete, ainda que subjetiva, muitas vezes pode e deve ser controlada ou ao menos conhecida no dever de fundamentação da decisão, isto é, na motivação, onde repousam claras as escolhas e rejeições feitas pelo aplicador.

Nesse sentido, Hesse afirma que o intérprete deve estar consciente do pré-juízo presente na sua compreensão e explicá-lo, Somente assim, evitaria-se arbitrariedades na interpretação. Segundo ele, a fundamentação da pré-compreensão do intérprete é, antes de tudo, uma tarefa da teoria constitucional (HESSE, 1983: 44).. Porém, alerta que a decisão jurídica, e em particular a decisão constitucional nunca poderá ser racionalizada totalmente.

La corrección de los resultados obtenidos a través del proceso expuesto de concretización de las normas constitucionales no tiene, por ello, el carácter de lo exactamente demostrable que puede darse en las ciencias de la Naturaleza; en él ámbito de la interpretación jurídica ello nunca pasaría de ser la ficción y la perpetua mentira de los juristas tras de la cual, y de una forma implícita e incontrolada, se ocultarian los verdaderos motivos de la decisión o esta última sería sencillamente ocultada. (HESSE, 1983: 51)

3 Essa transformação de paradigma é comentada por Losano: “Tão logo o direito foi formulado em normas gerais a decisão de cada caso - ou seja, a emanação da sentença - tornou-se um dos problemas capitais da ciência jurídica. Como passar de uma norma geral à sentença individual? Na aplicação de uma norma jurídica ao caso concreto, a racionalidade se manifestara no recurso a operações lógicas para deduzir a norma individual daquela geral, ou seja, para subsumir o caso concreto em norma abstrata. (...) Por volta do início do século XIX, desenvolve-se um saver científico que, no direito, atua contra o sistema. A psicologia lembra que o agir humano não pode ser reduzido à lógica e a razão.” (LOSANO, 2010:142)

Müller dá um passo adiante e recomenda um método de distinção no âmbito da pré-compreensão entre a “camada da interpretação do mundo e da linguagem” e a outra camada formada por pré-opiniões jurídicas. Os elementos da pré-compreensão (incluindo os preconceitos produtivos e destrutivos) devem ser para ele introduzidos de forma racionalizada e controlável no nexo da fundamentação jurídica, “sob pena de permanecerem fontes de erro sem responsabilização, posto que irracionais” (MÜLLER, 2009: 82-83).

Dessa forma, percebe-se que, em que pese a racionalidade não ser exclusivamente objetiva e neutra mas sujeita aos hábitos mentais, inconsciente, personalidade e trajetória de vida do homem racional, isso não implica um cheque em branco para arbitrariedades e uma liberdade descontrolada no momento de interpretar. Assim, sob a vigência de um Estado constitucional democrático, é dever do intérprete não apenas conhecer a influência da sua subjetividade na concretização da norma, como introduzi-la na sua fundamentação, o que a torna passível de controle. Somente assim, resta obtida a legitimidade da concretização alcançada pelo intérprete.

CONCLUSÃO

A sociedade moderna, multifacetada e marcada pela sua complexidade, não pode mais comportar que a interpretação jurídica se restrinja a um procedimento lógico-dedutivo ou enseje apenas um ato político. Nesse sentido, a segunda metade do século XX é palco de uma preocupação com uma nova concepção da tarefa interpretativa, influenciada pela emersão no campo da filosofia do paradigma da linguagem. A interpretação no campo do Direito Constitucional, devido as particularidades presentes na Constituição, parece estar ainda mais sujeita a esses fluxos de mudança no campo da hermenêutica jurídica.

Sob esse novo domínio, Müller e, na sua esteira, Hesse, propõe o fim da separação entre direito e realidade. A norma não estaria pronta e acabada, cabe ao intérprete construir o sentido

da norma contida no texto legal, em um processo denominado de “concretização”. Esse processo deve ter em conta não apenas o dispositivo legal, mas a realidade que o certa, os fatos e problemas do caso concreto e, em especial, a pré-compreensão do intérprete.

Na medida em que se admite a influência da pré-compreensão do intérprete na solução do problema de concretização, impõe-se o conhecimento dessa denominada pré-compreensão. Com fulcro nos estudos sobre as motivações da conduta humana de Freud, percebe-se os elementos passíveis de compor tal pré-compreensão, a saber, o inconsciente, hábitos mentais, pré-conceitos, tipo de personalidade. Ressalta-se, o dever do intérprete de tomar consciência dos elementos que compõe essa sua pré-compreensão.

Com isso, destaca-se que a racionalidade humana não pode mais ser tida como algo objetivo e neutro. A razão também está vinculada e sofre oscilações do inconsciente e da personalidade. Sendo assim, em um Estado Constitucional e Democrático, o processo de concretização das normas jurídicas somente adquire validade e legitimidade quando o intérprete tem consciência dos elementos que compõe sua pré-compreensão e os racionaliza na fundamentação de sua decisão, a fim de que passe a ser controlável pelos demais.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999

BOBBIO, Norberto, MANTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13 ed.,2010

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.7 ed. Coimbra: Almedina.

FILHO VILLAS BÔAS. Orlando. *Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009

FREUD, Sigmund. *Cinco lições sobre a Psicanálise*. vol. XVI das Obras Completas. Rio de Janeiro: Imago, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10 d. Coleção Pensamento Humano. Petrópolis: Vozes Ed., 2008.

GARCIA, Maria. *A Análise Transacional e o Direito: uma reflexão sobre a psicologia social na área jurídica*. In: Aspectos Psicológicos na prática jurídica. Org. COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMMERMAN, David. 2ed. Campinas: Millenium Ed. 2007

GROENING, Giselle Câmara. *Os Direitos da Personalidade e o Direito a ter uma Personalidade*. In: Aspectos psicológicos na prática jurídica. Org. COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMMERMAN, David. 2ed. Campinas: Millenium Ed. 2007.

HENNEMAN, Richard H. *O que é Psicologia*. Coleção de Psicologia Contemporânea. 10 ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1981.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1983.

LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito. vol. 2 - O século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Sistema e Estrutura no Direito. vol. 3 - Do século XX à pós-modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NALINI, José Renato. *A formação da vontade judicial: fatores legais, sociais e psicológicos*. In: Revista do Supremo Tribunal Federal, Lex, março de 1997.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. 5 ed. Campinas: Millennium, 2009

SBROGIO`GALIA,, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica*

da construção do Direito. 5.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2006

ZIMERMAN, David. *A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional - a crise do magistrado*. In Aspectos psicológicos na prática jurídica. Org.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David. 2ed. Campinas: Millenium Ed. 2007

_____. *Uma Resenha Simplificada de como funciona o Psiquismo*. In: Aspectos psicológicos na prática jurídica. Org. COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David. 2ed. Campinas: Millenium Ed. 2007.

Recebido em 14/07/2012.

Aprovado em 29/11/2012.

