

# DO PENSAMENTO JURÍDICO: DECIDIBILIDADE E FINS PRÁTICOS

## LEGAL THOUGHT - PRACTICAL DECISIONS AND ENDS

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA<sup>1</sup>

### RESUMO

A ruptura metodológica do pensamento jurídico na pós-modernidade visou à aproximação entre teoria e prática. Para a hermenêutica jurídica contemporânea, importa a decisão do caso concreto considerando a intenção prática como concretização do direito voltado para resultados e fins úteis. O estudo do pensamento jurídico tem, cada vez mais, se tornado importante matéria para o Direito pelo fato de ter grande influência na aplicação das leis aos casos concretos. A teoria crítica da razão jurídica discute a debilidade do sistema constitucional considerando o subjetivismo em relação à generalidade dos princípios constitucionais. Compreender a importância do pensamento jurídico na pós-modernidade e a crítica dirigida à atuação dos Tribunais em relação à efetivação dos mandamentos constitucionais representa o achamento, dos fins práticos do direito.

**Palavras-chave:** decidibilidade; fins práticos; pensamento jurídico.

### ABSTRACT

The methodology rupture of the legal thought in the post modernity era aimed at the approach between praxis and theory. What is important for the contemporary legal hermeneutics is the decision of the concrete case considering the practical intention as a useful realization of Law towards the results and ends. The study of the legal thought becomes more and more important subject to Law because it has great influence in the application of the laws in concrete cases. The critical theory of the juridical reason argues against the agony of the constitutional system considering the subjectivism of the generality of constitutional principles. Under-

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora permanente dos Programas de Mestrado em Direito da UNIMAR – Marília-SP e em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR – Umuarama-PR.

standing the importance of legal thought in the postmodern time and the critical to the performance of the Courts in relation to the effective of the constitutional orders represents the finding, of the practical ends of the Law.

**Key-words:** decide; legal thought; practical ends

## Introdução

A investigação do pensamento jurídico atual analisa as dimensões e relevos da ligação entre pensamento e concretização, idéia e realização prática. Nesse passo, reafirmam-se as premissas indispensáveis ao desvelar a compreensão efetiva do direito como ordenamento para a vida social.

O interesse pela compreensão da argumentação jurídica permanece para ser aprofundado no âmbito da comunicação lingüística dos Tribunais, visando a agregar elemento fundamental para compreender a autonomia do juízo jurídico.

Presentemente, indaga-se sobre essa autonomia e sobre a ligação entre o pensamento jurídico contemporâneo e sua aplicação na decisão de caso concreto. Sendo assim, será perquerida, no âmbito da interpretação dos Tribunais, a presença da chamada interpretação da intenção prática e as respectivas ligações com os pressupostos metodológicos dos princípios, dirigidos às conseqüências práticas.

Este estudo visa a constatar o avanço da compreensão acerca da interpretação do direito definida nas decisões jurídicas que não se limitam a conhecer os princípios, mas aplicá-los, concretamente, no deslinde dos casos concretos. Eis o momento da chamada dimensão humana do direito, no qual a presença dos valores é indispensável como regramento de condutas.

Na seqüência, a prática dos valores-princípios deve ser apreciada no discurso jurídico, especialmente, dirigido à comunicação do julgador das Cortes Superiores. A teia investigativa alcança a maneira como se comunicam, juridicamente, os julgadores no ambiente dos limites e possibilidades da realização da justiça social.

A fase seguinte permanece atrelada ao caráter inovador. Assim, matém a prioridade na busca da formulação dos caminhos de interconexão, objetivando reunir a investigação metodológica aos canais de decidibilidade para daí concluir pela adequação ou inadequação do emprego da razão prática no mérito das decisões.

## 1. Pensamento jurídico e metodologia jurídica

Além disso, tem-se sustentado o equívoco de apreender o pensamento jurídico como sinônimo de metodologia jurídica. Torna-se indispensável a

diferenciação entre ambos, delimitando a estreita relação entre pensamento jurídico e metodologia.

Para Homem,

O pensamento jurídico não se identifica com a metodologia jurídica. A metodologia jurídica é apenas uma das manifestações do pensamento jurídico. É importante evitar alguns equívocos. De um lado, não se pode perder de vista a historicidade da formação dos conceitos de ciência e de método; de outro, a metodologia jurídica, enquanto dimensão prática do trabalho jurídico, não pode ser reduzida a uma única tarefa, como pretendeu o chamado método jurídico do positivismo, na verdade um programa de interpretação e aplicação da lei. Com isto, perde-se a riqueza de outros temas próprios da metodologia: o método da feitura das leis, das sentenças, do processo, do notariado etc.<sup>2</sup>

Em outras palavras, a metodologia jurídica é caminho de ensinamento e aprendizagem, dos afazeres jurídicos, meio indispensável ao estudioso para compreender o Direito criticamente.

De fato, segundo Miller,

A metodologia jurídica é uma lógica do concreto. Como metodologia do trabalho jurídico quotidiano, ela deve ser largamente diferenciada segundo os tipos de normas, os tipos de funções e as situações típicas de regulamentação e de decisão dos ramos particulares do direito.<sup>3</sup>

O Estado Democrático de Direito e Social contribui para com a redesignação do pensamento jurídico e da metodologia jurídica na pós-modernidade, despojando-se da trilogia liberalismo-individualismo-normativismo para absorver a plasticidade social, explicitada pela crítica do Direito e presente no novo modo de pensar o Direito para os indivíduos, para o cidadão sujeito de direito, enfim, para a própria sociedade.

Dessa forma,

A metodologia da interpretação das leis deve ser entendida sempre por relação ao regime político, no sentido em que cada tipo de regime procura adequar a disciplina de interpretação das leis à natureza do regime (autoritário, democrático, monárquico); institutos como a

---

2 HOMEM, A. P. B. *História do pensamento jurídico*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 83.

3 MÜLLER, F. *Discours de la méthode juridique*. Paris: PUF, 1996, p. 48-49.

disciplina das inspeções aos juízes, a sua responsabilidade, tal como o regime de acesso, exercício e responsabilidade pelo exercício da profissão de advogado e de acusador devem igualmente ser compreendidos a esta luz; também não pode ser ignorada a dimensão cultural das práticas da administração e dos tribunais: a preferência pela escrita; pela decisão colegial e por práticas concretas quanto ao modo de decidir; pela hierarquia e delegação; do mesmo modo, deve ser tida em atenção a dimensão espiritual do pensamento jurídico, ou a negação de tal natureza – como sustentada por correntes naturalistas, positivistas e outras.<sup>4</sup>

O ordenamento jurídico nacional convive com a angústia metodológica que implica romper com o paradigma pretérito para então e só então conseguir absorver as pautas axiológicas definidas pelo pensamento jurídico atual, em boa parte decorrentes do texto constitucional.

O pensamento jurídico é produto do caldo social filtrado pelo poder, especialmente, demarcado pelo regime político ao qual se encontra vinculado. Não por outra razão, a própria evolução e transformações do Estado refletem e interferem no tipo de pensamento jurídico de cada época.

## 2. Teoria contemporânea da interpretação

A contemporaneidade do direito volta-se para um redirecionamento da interpretação na busca de resultados práticos para os problemas submetidos à apreciação do Judiciário. A questão transcende o estudo e a absorção dos valores pelo direito, avançando para a aplicação desses valores enquanto princípios, presentes no ordenamento jurídico.<sup>5</sup>

A refinada compreensão da doutrina contemporânea indica para o papel dos julgadores “chamados a realizar operações valorativas no momento em que decidem”.<sup>6</sup>

A ponderação de Castanheira Neves defende:

---

<sup>4</sup> HOMEM, A. P. B. Op. cit., p. 84-85

<sup>5</sup> “Outro elemento fundamental para compreender a autonomia do juízo jurídico é a ligação entre o pensamento jurídico e a aplicação ou ainda a concretização. O conceito hermenêutico de aplicação é igualmente decisivo para compreender a originalidade do pensamento jurídico. A ligação entre o pensamento filosófico atual e a hermenêutica jurídica das Luzes deve ser realçada, precisamente porque é nos autores setecentistas que se entende pela primeira vez esta lição. Porém, é necessário não esquecer, era a época dos legisladores absolutos, em que instituições censoras velavam pelo cumprimento por parte dos professores universitários das instruções contidas nos Estatutos pombalinos[...]. A aplicação da hermenêutica filosófica teve uma leitura política, indiscutível nos escritores portugueses que a ela se referem, como Pascoal de Melo”. HOMEM, A. P. B. *História do pensamento jurídico*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 93).

<sup>6</sup> Op. cit. p. 94

O direito não é elemento, mas síntese, não é premissa de validade, mas validade cumprida o sentido útil e viável de que o julgador deverá decidir na concreta realização do direito [...] a decisão jurídica, em si mesma, é uma ação [...] O direito não é *prius*, mas *posterius*, não é dado, mas solução, não está no princípio, mas no fim.<sup>7</sup>

De acordo com Barbas Homem:

A teoria contemporânea da interpretação, mesmo que divergente em muitos pontos, converge hoje neste sentido: a interpretação jurídica distingue-se de outros tipos de interpretação pela sua intenção prática. Não é apenas uma prática, mas um pensamento intencionalmente pensado para a prática. A idéia de intencionalidade é decisiva para compreender esta relação. De novo, rejeitamos a possibilidade de uma concepção meramente metafísica do direito. Igualmente refutamos que os elementos empíricos possam ser suficientes para caracterizar o direito e a ciência do direito.<sup>8</sup>

A pós-modernidade realça a importância da realização dos fins práticos do Direito consignando a advertência indispensável à prática referenciada integrada por uma prática permanente de valores. Praticar valores é tarefa da hermenêutica na atualidade, vale dizer, tarefa a ser cumprida pelo julgador do caso concreto, estruturando a decisão nos princípios como praticados pelo ordenamento.

Por isso,

É importante não perder de vista a filosofia dos valores de Scheller e Hartmann, assente, não apenas na convicção da existência de valores, mas na possibilidade de proceder a uma graduação e hierarquia do seu peso e importância. Distante nos pressupostos metodológicos, a moderna metodologia dos princípios está próxima nas conseqüências práticas. A especificidade do direito reside neste aspecto: a decisão jurídica não se limita a conhecer os valores, mas aplica-os aos casos controvertidos. De novo insistimos na dimensão humana do direito; o legislador, o juiz ou o funcionário administrativo são chamados a realizar operações valorativas no momento em que decidem; os professores quando ensinam; os advogados quando alegam ou quando preparam a minuta de um contrato.<sup>9 10</sup>

---

7 NEVES, A. C. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 586.

8 HOMEM, A. P. B. Op. cit. p. 93.

9 HOMEM, A. P. B. *História do pensamento jurídico*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 93 - 94.

10 A dogmática é o caminho de tornar questões de justiça, nos seus diversos âmbitos, juridicamente operacionais. A dogmática não constitui, apenas, um elemento decisivo na captação do material jurídico; ela permite a verificação racional das soluções encontradas e a sua crítica; pressupondo um nível organizatório

Segundo Barbas Homem:

[...] a orientação metodológica proposta assenta nesta concepção analítica e descritiva do pensamento jurídico, precisamente porque mais adequada a transmitir a multiplicidade de manifestações e de conteúdos de que o pensamento jurídico se pode revestir. A função da história do pensamento jurídico é a de identificar os problemas de organização e de concretização do direito, descrever as respectivas respostas e compreendê-las criticamente.<sup>11</sup>

As realizações mais significativas do pensamento jurídico são aquelas que permitem reunir nos ambientes reais a teoria e prática, destacadamente a prática dos valores. A interpretação e a concretização do Direito comparecem, vez mais, vocacionadas na busca e realização do justo. Este sim, um outro nível de problema decorrente do nível anterior, aquele em que a decisão jurídica apresenta o problema sem conhecer dos valores que, necessariamente, deveriam estar presentes na composição do julgamento.

### 3. Pensamento jurídico e problematização

“O estudo do direito do século XXI exige um distanciamento histórico que, em grande parte ainda não existe, como também falta um levantamento rigoroso das fontes que faculte ao investigador um conhecimento preciso do pensamento jurídico”, de acordo com Homem.<sup>12</sup>

A doutrina mais abalizada na análise do pensamento jurídico passa a considerar como indispensável a questão metodológica referente aos problemas e às soluções possíveis. É nesse contexto que Barbas Homem (2003, p. 111), faz referência ao binômio “problema-resposta”, no qual as respostas podem ser convergentes ou distintas, considerando o binômio espaço-temporal em que foram apresentadas.

Segundo Castanheira Neves:

---

elevado da ordem jurídica, ela deve servir as necessidades da vida (ESSER, 1998).

11 A identificação dos problemas de que se ocupa o pensamento jurídico constitui, assim, a primeira tarefa metodológica da história do pensamento jurídico. [...] o estudo de diversas classes de problemas que o pensamento jurídico historicamente tem identificado e procurado resolver: problemas de organização, em torno da institucionalização da sociedade e da institucionalização das controvérsias jurídicas; problemas de comunicação, com a identificação dos instrumentos de comunicação (dogmática) e de uma ética da comunicação; problemas de concretização, a propósito da criação, interpretação e aplicação do direito e da descrição de formas de pensamento jurídico de acordo com a organização institucional (pensamento legislativo; judicial; forense; acadêmico). HOMEM, A. P. B. Op. cit. p. 101.

12 HOMEM, A. P. B. *História do pensamento jurídico*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 117.

[...] um momento problemático na metodologia jurídica define-se naquele momento que temos, entendemos como modelo metodológico em geral, e não menos capital na compreensão metodológica da norma em particular – o momento problemático. Efetivamente – como melhor haveremos de concluir, ao considerar *infra* a questão da norma aplicável – só a norma-problema (i. é, a norma compreendida normativamente em função do problema normativo-jurídico que pressupõe e a que visa dar solução) poderá ser critério para o juízo normativo que se proponha resolver o caso jurídico concreto, já que a problematicidade desse cargo exige a problematização da norma ou normas que lhe possam servir de critério. Como resposta-solução jurídica tipificada de um problema prático-jurídico que normativo-metodologicamente pressupõe, a compreensão da norma jurídica nesse sentido só será lograda se se explicitarem tanto os *pressupostos jurídicos desse problema* (e que são verdadeiramente as suas coordenadas problemático-jurídicas) como o *sentido problemático* específico que o constitui (que constitui o conteúdo intencional da sua pergunta) e vai correlativamente implícito na solução que para ele a norma prescreve.<sup>13</sup>

O modelo metodológico de realização do direito defendido pelo autor propõe definir o tipo de racionalidade jurídica considerada a mais adequada a essa realização. Racionalidade que se estrutura em duas dimensões – o sistema e o problema.

Segundo Viehweg *apud* Roesler “[...] parece claro que a ligação entre pensamento problemático, tópica e Jurisprudência seja derivada de sua função social”.<sup>14</sup> O autor procura demonstrar a constância desta relação precisamente por causa da função social que o direito possui. Viehweg afirma que “a função social continua a mesma, apenas a fundamentação é que foi alterada, legitimando-se antigamente de um modo, e contemporaneamente de outro”.<sup>15</sup>

Ao final, prevalece a ponderação de Castanheira Neves defendendo:

---

13 NEVES, A. C. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 151.

14 ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento atual, 2004, p. 202.

15 O saber jurídico não precisa ser compreendido como um saber menor ou justificar-se pela sua não-cientificidade. A estrutura de discurso que lhe é peculiar e que mostra ao mesmo tempo toda a sua complexidade, não é nem melhor e nem pior do que qualquer outra. Avaliá-la em sua integralidade, enquanto dogmática e enquanto zetética, pode nos auxiliar, sustentamos, a compreender melhor o fenômeno que estudamos. A discussão colocada nesse contexto acentua a complexidade do saber jurídico ao mostrá-lo em relação constante com dois pólos: a necessidade de contribuir para a decisão dos conflitos sociais e o saber científico (VIEHWEG *apud* ROESLER, Op. cit., p. 203 e 206).

O objetivo é de convocar o pensamento jurídico (encarne ele no legislador, no juiz ou no jurista em geral) para a preparação ou a definição através do direito, das soluções socialmente mais convenientes – não a soluções axiológico-normativamente válidas e normativamente fundadas e sim as soluções finalístico-pragmaticamente mais oportunas ou úteis e instrumentalmente adequadas ou eficazes – no pressuposto de uma básica preferência pela pragmática utilidade (e a sua racional eficiência) relativamente à axiológica justiça (e a sua apelativa normatividade) ou da performance relativamente à validade – o técnico-sociologismo é sempre um utilitarismo”.<sup>16</sup>

De acordo com a doutrina de Castanheira Neves, o Direito vem dos problemas jurídicos e a solução deve ser encontrada no sistema, mas a decisão jurídica deve observar o conjunto dos enunciados crítico-reflexivos do modelo metodológico específico:

[...] o sentido útil e viável de que o julgador deverá decidir na concreta realização do direito em autônoma constituição normativa, como se fora legislador, invocando o princípio da generalização ou da universalização kantiano, hoje tão largamente invocado como critério de validade para a razão prática.<sup>17</sup>

Para evitar contradições de valoração, é útil orientar “a interpretação aos *princípios ético-jurídicos*”, de acordo com Lorenz.<sup>18</sup> Tais princípios foram, na verdade, sujeitos nas regulações particulares a uma configuração distinta e nem sempre conseqüente; podem colidir com outros princípios ou fins jurídicos de idêntico escalão<sup>19 20</sup>

O neoconstitucionalismo institui o Estado Democrático ,assegurando como valores supremos, expressos no preâmbulo da Carta Magna, “os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.<sup>21</sup>

16 NEVES, A. C. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 55-56.

17 Op. cit., p. 286.

18 LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1997, p. 487.

19 LARENZ, K. Op. cit., p. 491.

20 A interpretação conforme à Constituição, se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei. O Tribunal Constitucional Federal tem tido repetidamente que uma interpretação conforme à Constituição não é possível em face do claro teor literal da disposição. E tão pouco deve a interpretação conforme à Constituição deixar de atender ao escopo da lei. Op. cit. p. 480 e 481)

21 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 9. ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Revista

O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF), elencado dentre os princípios fundamentais, impõe-se como princípio nuclear, promovendo a interconexão em relação a ordem principiológica constitucional. Fica estabelecido o diálogo dos princípios.<sup>22</sup>

A prevalência dos direitos humanos, os princípios da liberdade, igualdade e solidariedade conduzem à concretização do Estado Democrático que busca construir uma sociedade livre e justa, com a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais.

Nesse particular, a face social do Estado pós-moderno propugna a defesa da paz e a solução pacífica de conflitos. A propriedade é assegurada, porém, atendendo sua função social, restando superada a concepção histórica de propriedade, herdada do Estado liberalista. Isso ocorre porque

É também verdade que estes direitos fundamentais e princípios não estão uns a par dos outros, sem conexão, mas que se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si.<sup>23</sup>

Ao Estado Democrático importa a própria Jurisprudência dos Valores, mais que isto, valores tais, redesignados em princípios, formam a estrutura principiológica que concretiza o ideal e as intenções do processo democrático, configurados na idéia de Estado social.

A adoção das pautas axiológicas é reconhecida como canal de produção legislativa infraconstitucional e veículo de interpretação indispensável ao aplicador do Direito.

A interpretação conforme a Constituição<sup>24</sup> é significativa da prevalência dos valores constitucionais em todos os âmbitos da hermenêutica jurídica e

---

dos Tribunais, 2004, p. 17.

22 Nos princípios ético-jurídicos de escalão constitucional, como o princípio do Estado de Direito e do Estado Social, bem como o princípio geral de igualdade do art. 3º, trata-se, bem entendido, de um Direito diretamente vigente, mas que não está, ou só o está parcialmente, formulado em normas jurídicas, nas quais previsão e consequência jurídica estejam claramente delimitadas. Enquanto princípios são pautas carecidas de preenchimento, para cuja concretização são convocados tanto o legislador ordinário como a jurisprudência. Aqui vale, segundo a Constituição, um primado de concretização do legislador. Este significa que onde o princípio deixe em aberto diferentes possibilidades de concretização, os tribunais estão vinculados à escolhida pelo legislador ordinário, não lhes sendo, portanto, lícito substituí-la por outra – porventura, por via de uma interpretação conforme a Constituição ou de uma correção da lei – que em sua opinião seja de preferir. Op. cit., p. 481 a 482)

23 LARENZ, K., op. cit., p. 483.

24 O Tribunal Constitucional Federal tem-se referido reiteradamente a uma ordem de valores imanente à Lei Fundamental, à qual tem mesmo por vezes denominado de ordem hierárquica de valores. Considera-se chamado a decidir em relação à revisão de sentenças dos tribunais comuns transitadas em julgado, sempre que a sentença viole o Direito Constitucional. Esse é sobretudo o caso, quando assenta numa concepção, em princípio incorreta, sobre o significado e alcance de um direito fundamental, ou quando o resultado

da qual depende a interpretação dos textos normativos infraconstitucionais. As codificações não são mais eixos interpretativos, pois que, superadas pela constitucionalização, insuperável no que se refere à concretização da interpretação conforme a Constituição.

Os princípios ético-jurídicos de escalão constitucional [...] enquanto princípios, são pautas carecidas de preenchimento, para cuja concretização são convocados tanto o legislador ordinário como a jurisprudência. Aqui vale, segundo a Constituição, um primado de concretização do legislador. Este significa que onde o princípio deixe em aberto diferentes possibilidades de concretização, os tribunais estão vinculados à escolhida pelo legislador ordinário, não lhes sendo, portanto, lícito substituí-la por outra – porventura, por via de uma interpretação conforme a Constituição ou de uma correção da lei – que em sua opinião seja de preferir.<sup>25</sup>

“Não há hermenêutica pura. Hermenêutica é faticidade; é vida; é existência, é realidade. É condição de ser no mundo. A interpretação não se autonomiza da aplicação”.<sup>26</sup> Segundo Streck, o processo hermenêutico é vital à aplicação do Direito.

A faticidade retoma a questão dos fins sociais, implicando na compreensão da vida, da existência, do “ser no mundo” – em paz ou em conflito – realidade social e jurídica, vertentes indissociáveis da interpretação concretizadora dos fins práticos do Direito.

---

da interpretação não é compatível com as normas de direitos fundamentais e com a ordem de valores nelas estabelecidas. A expressão ordem de valores, ou mesmo ordem hierárquica de valores, é, no entanto, equívoca. Não deve conceber-se como tal, algo como um catálogo completo de valores válidos em si (com inclusão da posição hierárquica que em cada caso lhes cabe). Algo assim transcende, mesmo que fosse de todo em todo possível, as faculdades e também a competência de um legislador constitucional. Mas é verdade que subjaz à Lei Fundamental o reconhecimento de determinados valores humanos gerais como, sobretudo, a dignidade humana e o valor da personalidade humana, e que para a tutela destes valores foram atribuídos ao indivíduo direitos fundamentais amplamente tutelados, como também se elevou a Direito vigente de escalão constitucional certos princípios ético-jurídicos e político-constitucionais – como o princípio da igualdade, o princípio do Estado de Direito e do Estado Social. É também verdade que estes direitos fundamentais e princípios não estão uns a par dos outros, sem conexão, mas que se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si (LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1997, p. 482 a 483).

25 Op. cit., p. 481.

26 STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 161.

#### 4. Crítica da razão jurídica

A investigação toma por marco teórico, nesta fase, a doutrina de Alejandro Nieto, centrada na crítica da razão jurídica. Na concepção do autor, o Direito tem função instrumental, “[...] um sistema de valores positivados para o exercício dos valores superiores: Justiça, Ordem, Paz, Progresso assumidos pelo Poder político e pela sociedade em cada momento histórico e em cada situação concreta”.<sup>27</sup>

Questão nuclear repousa na metodologia de feitura das leis, nos valores contidos ou não nestas mesmas leis, a validade e a eficácia das leis dirigidas à proteção dos interesses sociais. Nieto, em síntese, considera, de forma especial,

[...] que a aplicação da lei é feita por juristas e juízes, e por conterem valores gerais, estas leis são facilmente corrompidas quando aqueles não desempenham sua função. Ainda mais que cada sujeito de direito possui uma idéia subjetiva do conceito de cada valor.<sup>28</sup>

Essa é a grande fragilidade da axiologia, pois cada pessoa pode conceituar de maneira distinta. Como os valores são materializados pelo legislador, pode-se afirmar que prevalece o interesse do Poder na determinação. Porém, é por meio da Constituição que se determinam estes valores prevalecentes.

Dessa forma, o Direito, ou está subordinado ao Poder ou é instrumento dele, na medida em que decide de acordo com o império dos dominantes. Para o autor, a principal dificuldade decorre dos modelos em que as Constituições somente determinam os valores, fracassando no que se refere às suas interpretações que são subjetivas. Ele afirma que “A Constituição por si só não garante nada e de nada valem os valores por ela declarados se não forem bem aplicados dada sua grande generalidade”.<sup>29</sup>

O pensamento nietiano, nesse contexto, desconsidera a objetividade dos valores consagrados pelos ordenamentos jurídicos internacionais, reafirmados pelos textos constitucionais dos processos democráticos, responsáveis pela consolidação do Estado de Direito. O autor, contudo, não nega os valores objetivos, porém a restrição e crítica são dirigidas àquelas circunstâncias na quais o poder político controla o Direito de acordo com os seus interesses.

Sem dúvida, a subjetividade existe, mas é preciso visualizar que a generalidade axiológica não é critério de autonomia. A produção legislativa com base nos valores fundamentais e a interpretação que desses valores se faz, no âmbito da decisão jurídica, estão inseridas no contexto das cláusulas gerais, cuja leitura permanece vinculada e limitada pela interpretação conforme a Constituição.

---

27 NIETO, A. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 42.

28 Op. cit., p. 43 a 46.

29 Op. cit., p. 131.

Nesse contexto, Karl Larenz observa, com muita propriedade, a questão relativa aos

fins que o legislador intenta realizar por meio da lei”. O autor complementa a observação ao afirmar que os fins “são em muitos casos [...] fins objetivos do Direito, como a manutenção da paz e a justa resolução dos litígios, o equilíbrio de uma regulação no sentido da consideração otimizada dos interesses que se encontram em jogo, a proteção dos bens jurídicos e um procedimento judicial justo.”<sup>30</sup>

O que torna a Constituição um elemento essencial ao Direito é a vontade daqueles que operam as leis. Para transformar a Constituição em algo prático é que existem os órgãos jurisdicionais. Entretanto, a vulnerabilidade política pode transformá-la em instrumento do poder. Assim,

o relativismo ideológico acabou se desprendendo da fase de determinação dos valores superiores, que hoje se encontram expostos na Constituição, e se fixando na determinação do conteúdo de tais valores. Assim, de nada vale a garantia constitucional se não se sabe como será aplicada.<sup>31</sup>

Considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito fundado nos valores humanos, direitos fundamentais e princípios constitucionais, a hermenêutica neoconstitucional está dirigida à efetividade da decisão, conforme a Constituição.

O ambiente jurídico contudo, aponta para uma “baixa constitucionalidade”<sup>32</sup>. Da análise levada a efeito em julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se a absorção parcial das pautas axiológicas constitucionais efetivando resultados práticos. Ainda assim, a percepção hermenêutica das Cortes Superiores nacionais “deve apontar para a construção das condições de possibilidade de uma aplicação do Direito dirigidas ao resgate das promessas da modernidade [...] sem inibir o acesso à justiça e a realização dos direitos fundamentais [...]”.

---

30 LARENZ, K. *Op. cit.*

31 NIETO, A. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 51-52.

32 STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 216 – 857.

## 5. Pensamento jurídico e decidibilidade

O emprego da razão prática nas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, fundadas nos princípios adotados pela hermenêutica constitucional, visa à consecução dos fins do direito.

O êxito da influência do pensamento jurídico no âmbito das decisões das Cortes Superiores do país se faz mediante incursões distintas, considerando limites e restrições impostos pelo poder, na busca de um reconhecimento da jurisdição constitucional construída no plano real pelo conjunto das decisões às vezes justas outras injustas. Cabe reconhecer, neste ambiente, um processo de aprendizagem em conformidade com a metodologia direcionada à prática dos valores.

Para fins de estudo, são selecionados julgados paradigmáticos onde a comunicação lingüística de consenso é fundamental, a um para arredar a comunicação de imposição, a dois para dar visibilidade à recepção da problematização no contexto prático-jurídico com base nos valores. As decisões analisadas com o propósito de enfrentar a questão do problema-solução, de forma eficaz, conhecem da realidade do problema, como descrito no plano concreto, fundamentando suas razões nos princípios norteadores da interpretação reveladora da solução adequada ao deslinde do caso concreto.

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça ao apreciar recursos especiais e agravos regimentais referentes ao tratamento de saúde e fornecimento de medicamentos a necessitados, obrigação de fazer do Estado, tem se manifestado, reiteradamente, pela proteção constitucional à saúde, à vida e aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO A PESSOA HIPOSUFICIENTE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. (REsp 771.616/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20.06.2006, DJ 01.08.2006, p. 379)

A função da Constituição, e em conformidade com as análises críticas levadas a efeito, recebe consideração apropriada e distinguida por parte dos julgadores sensíveis, que, no inteiro teor do julgado, assim se manifestam:

A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana”. (REsp 771.616/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20.06.2006, DJ 01.08.2006, p. 379)

No mesmo julgado, vem consubstanciada a realização da moderna hermenêutica referente à busca dos fins práticos. Cabe frizar o entendimento consolidado pelo Tribunal ao sentenciar que: “a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente.”

A consolidação da transição hermenêutica da subsunção para a hermenêutica dos valores está consagrada pelo julgado na eleição e reconhecimento do resultado prático.

Por fim, os julgadores demonstram a capacidade e autonomia do discurso jurídico de decisão ao garantir a função social do Direito, concretizada na solução do problema. Mais que isso, a decisão sinaliza para a consideração da função e papel do Poder Judiciário frente ao Estado Democrático de Direito e Social.

O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados”. (REsp 771.616/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20.06.2006, DJ 01.08.2006, p. 379)<sup>33</sup>

A decisão, evidentemente, denuncia, com vigor, o Estado-Parte, parte de muitas inadimplências, que por não fazer a sua parte, auto excluí-se da parte social de si próprio. Esse Estado Democrático abdica de sua porção social para deixar ao Poder Judiciário atribuições e funções que lhes são inerentes enquanto Estado Social.

---

33 Em igual sentido ver: Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 775.567/RS, DJ 17.10.2005; REsp 770.524/RS, DJ 24.10.2005; REsp 770.951/RS, DJ 03.10.2005; REsp 699.495/RS, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005; AgRg no REsp 895.447/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.08.2007, DJ 18.10.2007 p. 303; AgRg no REsp 855.787/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14.11.2006, DJ 27.11.2006 p. 258; REsp 833.712/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.05.2007, DJ 04.06.2007 p. 347.

Streck o define:

Numa palavra, é a partir da superação da crise paradigmática do Direito (crise de modelos de Direito e de Estado) é que poderemos dar um sentido eficaz à Constituição, inserida no novo modelo de cunho transformador que é o Estado Democrático de Direito. Ao lado disto, é imprescindível uma nova hermenêutica jurídica, que possibilite ao operador do Direito a compreensão da problemática jurídica-social, inserida no contexto de uma sociedade excludente como a brasileira, onde a dignidade da pessoa humana tem sido solapada desde o seu descobrimento”.<sup>34</sup>

Assim sendo, a eficácia dos princípios constitucionais, dos direitos sociais, e fundamentais não mais se espera, senão por vias do Poder Judiciário. A inversão de papéis decorre, desgraçadamente, de um Estado inadimplente de suas mais nobres obrigações para com a própria sociedade.

### Considerações finais

O pensamento jurídico atual prioriza as dimensões da concretização e realização prática. A argumentação jurídica é indispensável ao âmbito da comunicação lingüística dos Tribunais.

A prática dos valores-princípios deve ser apreciada no nível do discurso jurídico presente na comunicação das decisões judiciais.

A metodologia jurídica é caminho de ensinamento e aprendizagem, “uma lógica do concreto”.

O pensamento jurídico pós-moderno realça a importância da realização dos fins práticos do Direito implicando na prática permanente de valores, por meio da ponderação útil e necessária à concreta realização do Direito.

Ao subjetivismo contrapõe-se a objetividade dos princípios éticos e jurídicos de escalão constitucional. A necessidade da objetivação dos valores para contemplação dos interesses sociais representa o grande desafio para as Cortes Constitucionais dos Estados Democráticos de Direito para afastar as ingerências do poder.

A metodologia jurídica pós-moderna rompe com a racionalidade da subsunção. Os julgadores da Corte Superior, passam a decidir com base e fundamento nos juízos valorativos, orientados pelos princípios. A interpretação conforme a Constituição é indicativo de condição de transformação.

---

<sup>34</sup> STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 870 a 871.

A nova metodologia realiza seus afazeres evoluindo do pensamento para a concretização. A jurisprudência analisada sinaliza para a decidibilidade útil dos litígios de acordo com a razão prática.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial / Agravo de Instrumento. 771.616/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de junho de 2006. DJ 01.08.2006, p. 379.

HOMEM, A. P. B. *História do Pensamento Jurídico*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MONCADA, C. *O Problema Metodológico na história do direito português*. Vol. II, Coimbra, 1949.

NEVES, A. C. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Universidade de Coimbra: Coimbra editora, 1993.

NIETO, A. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007,

ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARELLO, V. G.. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.