

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

BERNARDO GONÇALVES ALFREDO FERRNANDES

ILTON GARCIA DA COSTA

VITOR BARTOLETTI SARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes, Ilton Garcia Da Costa, Vitor Bartoletti Sartori – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-135-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O presente livro aborda temas que, muito embora raramente tratados em conjunto, são de grande relevância na medida em que há possibilidade de uma análise que mostre certa confluência entre os mesmos. As temáticas que permeiam as distintas teorias da justiça, da decisão e da argumentação são muitas e, certamente, é possível tratá-las, até certo ponto, separadamente. No entanto, igualmente válido é observá-las em sua unidade. Temos em conta nesses termos, que um tratamento do Direito que deixe de problematizar a própria prática jurídica (bem como sua fundamentação) é, para dizer o mínimo, insuficiente. Neste sentido, pode-se considerar bastante proveitosa a posição segundo a qual, há uma unidade inseparável entre os textos que compõem o presente livro.

Justamente ao passar por uma grande variedade de temas e de autores, tem-se algo central à teoria do Direito contemporânea: a explicitação do fato segundo o qual qualquer abordagem jurídica envolve, ao mesmo tempo, a apreensão da especificidade do Direito e o modo pelo qual esta última relaciona-se com distintas esferas da sociabilidade, como a moral, a ética, a política, dentre muitas outras, as quais, de modos diversos, são tematizadas aqui.

Para que se ressalte algo, é bom trazer à tona um aspecto que não pode ser deixado de lado: é de conhecimento de todos aqueles que leram com o mínimo de atenção a obra de Hans Kelsen que sua Teoria pura do Direito não é uma teoria do Direito puro (embora seja necessário destacar que, por vezes, falte muita atenção na pesquisa jurídica realizada no Brasil). Por conseguinte, há de se perceber que mesmo um autor normativista, como Kelsen, que não tematiza a todo o momento acerca do processo decisório e da fundamentação das decisões judiciais, não fecha a porta de modo resolutivo à teorização acerca da maneira pela qual pode haver na prática jurídica, e não em uma teoria pura - uma relação necessária, por exemplo, entre o Direito e alguma posição moral, política, filosófica, etc, etc.

Ainda sobre o ponto, pode-se destacar que justamente o capítulo final da obra magna do autor abre um grande espaço para estas questões que, ao fim, aparecem quando se tem em conta a questão da interpretação, bem como de sua relação, a ser vista de um modo ou doutro, com a aplicação.

Certo é que interpretação e aplicação, a rigor, não podem ser retiradas de campo quando se aborda o Direito: tanto as codificações, quanto quaisquer espécies normativas, não dizem nada por si mesmas, não podendo haver uma fetichização do texto, como apontaram os mais diversos autores (muitos deles tratados por aqueles que contribuem para o presente volume).

Neste sentido, não pode deixar de ser interessante tratar dos temas aqui albergados em conjunto (mesmo que eles possam, como mencionamos, ser vistos separadamente também), sendo de bastante relevo para aqueles interessados na teoria do Direito e nas áreas a ela relacionadas a apreensão da especificidade, bem como da indissociabilidade, entre os diversos autores tratados neste volume.

É interessante que mesmo que se parta de Kelsen que pode ser visto como o maior autor do positivismo de cunho normativista, percebe-se que a questão da fundamentação, bem como da argumentação as quais remetem à problemática da justiça não podem ser tiradas de cena ao se tratar do Direito.

A questão, claro, ganha bastante destaque posteriormente ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, tendo-se, com este debate, uma problematização explícita tanto das bases filosóficas da teoria do Direito quanto do modo pelo qual, ao final, haveria uma relação entre Direito e moral, seja ao modo de um conceito semântico de Direito em que se tematiza a relação entre a perspectiva interna e externa, como em Hart, seja com uma concepção decididamente hermenêutica como a de Dworkin.

Outra questão a se destacar é que, embora o debate metodológico tenha se passado permeando principalmente a teoria do Direito de talhe anglo-americano, ele influenciou todos aqueles que, posteriormente, trataram do Direito com seriedade. A teoria do Direito alemã, com Alexy principalmente, dentre outras coisas, procurou debater com a concepção de Dworkin acerca dos princípios, trazendo à tona, novamente, questões que remeteram à filosofia e à teoria do discurso.

Neste sentido, é bom que se tenha claro: aquilo a ser conhecido ao se ter em conta as teorias sobre o Direito ganha mais amplitude ainda, sendo necessário ao jurista, por exemplo, averiguar a qual teoria acerca da linguagem adere: Austin? Wittgenstein? Habermas? Apel? Algum outro? Também neste sentido, o modo pelo qual aparecem os diversos textos deste volume (em conjunto) não deixa de expressar a situação particular na qual os estudos sobre o Direito se encontram explicitando-se justamente que uma concepção tecnicista acerca do Direito não é mais possível. Mais ainda: uma concepção tecnicista sobre o Direito, justamente ao não abordar aquilo no que sua argumentação se embasa aceita,

inadvertidamente, posições não explicitamente tematizadas. E justamente a tematização disto parece ser essencial.

Ainda para que se remeta ao modo pelo qual amplia-se o estudo do Direito ao se ter em conta o panorama atual um autor como Roberto Gargarella não deixou de mostrar como uma análise entre a posição de Rawls e de Dworkin poderia ser central e, neste sentido também deve-se destacar que, ao se tratar da teoria do Direito, também se tem uma conexão estreita com a teoria da justiça (embora não só com ela, claro). Ou seja, justamente a conformação do debate em torno do Direito atual propicia uma aproximação entre teorias da justiça, da decisão e da argumentação e, nesses termos, o presente livro talvez possa contribuir, mesmo que de modo modesto.

Poderíamos enumerar vários outros modos pelos quais a questão se delineia no presente livro, apontando, por exemplo, a importância da teoria de Honneth na contemporaneidade, ou as questões ligadas às minorias, ao racismo, ao sexismo e transfobia; poderíamos ainda destacar a importância destas questões passando pelo modo, por vezes apressado, pelo qual elas aparecem nos tribunais superiores no Brasil. No entanto, havendo destacado o cenário geral, passamos a citar os textos aqui trazidos a lume.

O primeiro texto diz respeito a temática entre a Hermenêutica filosófica e a teoria da Argumentação jurídica. Esse tema vem sendo objeto de debate na doutrina brasileira nos últimos anos, entre aqueles que são adeptos da hermenêutica filosófica e entendem que as teorias da argumentação desprezam a hermenêutica, e aqueles adeptos da teoria da argumentação, que entendem que os hermeneutas dão muito peso a hermenêutica e desprezam as técnicas de argumentação que produziriam racionalidade e segurança no processo de decisão do Direito. O texto se intitula: OS JURISTAS SABEM DO QUE ESTÃO FALANDO OU FALAM SOBRE O QUE SABEM? UM DIÁLOGO ENTRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; O segundo texto aborda a situação dos refugiados numa interface com a obra de Hans Kelsen e é intitulado A ILUSÃO DA JUSTIÇA POR KELSEN; O terceiro busca trabalhar a questão da fundamentação das decisões e é intitulado ANÁLISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO; Já o quarto texto apresenta uma crítica ao art.489 do novo CPC e é intitulado de TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSUFICIÊNCIAS DO MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO E A PROPOSTA DE UMA RACIONALIDADE PRÁXIS; O quinto texto traz um estudo de Aristóteles, Kant e Sandel e é intitulado JUSTIÇA EM ARISTÓTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO; O sexto texto trabalha

com Rawls e Dworkin tendo como base as teorias da justiça desses autores do liberalismo norte-americano e é intitulado A EQUIDADE EM UMA DEMOCRACIA: ANALISE COMPARATIVA ENTRE RAWLS E DWORKIN; O sétimo versa também sobre Dworkin, mas pela ótica da jurisdição constitucional e é intitulado CONTRIBUICOES DE RONALD DWORKIN A JURISDICAÇÃO CONSTITUCIONAL; O oitavo texto discute novamente a teoria da justiça pela ótica do embate entre o liberalismo e o comunitarismo e é intitulado IGUALDADE E DIFERENÇA: O CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR E ALÉM DO COMUNITARISMO E DO LIBERALISMO; O Nono texto volta a temática de Ronald Dworkin e a sua teoria da justiça a partir da ótica do planejamento e tem como título JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RONALD DWORKIN E A OBRIGACÃO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAR; O decimo texto trabalha com as teorias da justiça e é intitulado de LIBERALISMO, LIBERAL-IGUALITARISMO OU COMUNITARISMO?; O decimo primeiro ensaio trabalha a temática da relação entre a liberdade e a justiça, tendo como pano de fundo a perspectiva marxista, e é intitulado de LIBERDADE VERSUS JUSTIÇA SUBSTANTIVA: TEORIAS ACERCA DAS (DES)IGUALDADES E (NÃO)LIBERDADES NA VISÃO DE ROUSSEAU E MARX. TERA SIDO MARX INFLUENCIADO PELAS IDEIAS DE ROUSSEAU E ATÉ QUE PONTO?; O decimo segundo texto aborda a questão das normas de direito internacional na interface com a Corte Internacional de Justiça e é intitulado de NORMAS PROCESSUAIS E NORMAS SUBSTANTIVAS: A PRIMAZIA DAS NORMAS DE JUS COGENS E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA; O decimo terceiro texto trabalha a questão da fundamentação das decisões e é intitulado de O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE A IDEOLOGIA DA TEORIA POLÍTICA; O decimo quarto ensaio versa sobre a perspectiva pragmatista na teoria da decisão e é intitulado de MODELO PRAGMATISTA DE DECISÃO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL À INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA; O decimo quinto ensaio trabalhou a obra do professor Humberto Ávila pela ótica da interpretação do direito e é intitulado de OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO ÁVILA E SUA APLICAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFÍCIS; O decimo sexto texto trabalha a obra do professor de Kiel Robert Alexy e é intitulado de RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY; O decimo sétimo ensaio trabalha a questão do pluralismo jurídico na teoria da decisão e é intitulado de AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURISDICCIONAL; O Decimo oitavo texto trabalha a obra do professor Axel Honneth e a crítica do mesmo as tradicionais teorias da justiça e é intitulado de AXEL HONNETH E A RECONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA: UMA TENTATIVA DE SUPERACÃO DO PARADIGMA DA DISTRIBUIÇÃO; O decimo nono

texto trabalha a obra de Paul Ricoeur e é intitulado de A TEORIA DA JUSTICA NA CONCEPCAO DE PAUL RICOEUR EM FACE DA INTERGERACIONALIDADE DO IDOSO BRASILEIRO; O vigésimo texto desse livro aborda a obra de David Trubek e é intitulado de A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPCAO DE DAVID M. TRUBEK; Logo em seguida temos o importante tema da justiça de transição abordado no texto DAS DIVERSAS FORMAS DE JUSTICA E DA JUSTICA DE TRANSICAO; O vigésimo segundo texto trabalha os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e é intitulado de OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISAO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA; O próximo ensaio trabalhou a obra de Amartya Sen na interface com o processo civil e é intitulado A IDEIA DE JUSTICA EM AMARTYA SEN E A RAZOAVEL DURACAO DO PROCESSO; Novamente temos o professor Amartya Sen como marco teórico, agora no tocante a questão do gênero no texto A IDEIA DE JUSTICA DE AMARTYA SEN: UM ENFOQUE SOBRE A IGUALDADE DE GENERO; O vigésimo quinto texto trabalha os conflitos intergeracionais e é intitulado de MORTOS, VIVOS E NAO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS; O vigésimo sexto texto apresentado envolve o intenso e atual debate europeu sobre o multiculturalismo e a xenofobia e é intitulado de MULTICULTURALISMO, TOLERANCIA E XENOFOBIA: UMA CRITICA DO RECENTE CONTEXTO EUROPEU; O vigésimo sétimo texto aborda a questão da transexualidade e é intitulado de JUSTICA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS; O vigésimo oitavo ensaio volta a questão da transexualidade a partir da ótica das teorias do reconhecimento e é intitulado TRANSEXUALIDADE E TEORIA DO RECONHECIMENTO: DE UM MODELO PATOLOGIZANTE A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR ATRAVES DA CONTRIBUICAO TEORICA DE NANCY FRASER.

Os organizadores convidam a todos a lerem os textos, que como já externalizado, guardam uma interface entre as teorias: da justiça, da argumentação e da decisão.

O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE À IDEOLOGIA DA TEORIA POLÍTICA

EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN CONTRA DE LA IDEOLOGÍA DE LA TEORÍA POLÍTICA

Kamilla Pavan

Resumo

Na perspectiva de análise do Princípio da Motivação das Decisões Judiciais, intenciona-se na forma de esclarecer seus aspectos normativos, frente à ideologia da Teoria Política. No desígnio de apontar esse princípio, como uma garantia fundamental de todo cidadão que postula em juízo um direito, ou daquele que se atém a defender-se de um fato, caracteriza-se como um primado obrigatório reconhecido pela Ciência Jurídica há muitos séculos, sendo que no Direito Brasileiro, anterior a independência política já havia a concretização jurídica da motivação das decisões judiciais. No enfoque de que a Ciência Jurídica ao ser aplicada pelos Operadores do Direito deve haver uma correlação com os demais sistemas sociais, como a política, como a economia, deve-se atribuir um juízo de valor à norma a ser aplicada ao caso concreto. Nesse juízo de valor encontra-se a teoria política, como uma forma de orientar todo o sistema jurídico, com finalidade precípua, a busca da certeza, da resposta correta ao que fora postulado ao Poder Judiciário, demonstrando, como objetivo desse trabalho, a forma de interpretar e aplicar as normas jurídicas em decisões que detenham o poder de eficácia. Com a intenção de não esgotar o tema nesse articulado, utilizou-se do método indutivo para a realização do mesmo, com a inter-relação dos métodos operacionais das técnicas de pesquisa bibliográfica, do fichamento, do referente, meios metodológicos capazes de ensejar uma pesquisa científica.

Palavras-chave: Princípio da motivação das decisões judiciais, Teoria política, Valores sociais, Respostas corretas

Abstract/Resumen/Résumé

En la perspectiva de análisis del Principio de la Motivación de las Decisiones Judiciales, intenciona-se en la forma de esclarecer sus aspectos normativos, frente a la ideología de la Teoría Política. En el designio de apuntar ese principio, como una garantía fundamental de todo ciudadano que postula en juízo un derecho, o de aquel que se atém a defenderse de un hecho, se caracteriza como un primado obligatorio reconocido por la Ciencia Jurídica hay muchos siglos, siendo que en el Derecho Brasileño, anterior la independencia política ya había la concretización jurídica de la motivación de las decisiones judiciales. En el enfoque de que la Ciencia Jurídica al ser aplicada por los Operadores del Derecho debe haber una correlación con los demás sistemas sociales, como la política, como la economía, se debe atribuir un juízo de valor a la norma a ser aplicada al caso concreto. En ese juízo de valor se

encuentra la teoría política, como una forma de orientar todo el sistema jurídico, con finalidad precípua, la búsqueda de la certeza, de la respuesta correcta al que fuera postulado al Poder Judicial, demostrando, como objetivo de ese trabajo, la forma de interpretar y aplicar las normas jurídicas en decisiones que detengan el poder de eficacia. Con la intención de no agotar el tema en ese articulado, se utilizó del método inductivo para la realización del mismo, con la interrelación de los métodos operacionales de las técnicas de investigación bibliográfica, del fichamento, del referente, medios metodológicos capaces de enseñar una investigación científica.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principio de la motivación de las decisiones judiciales, Teoría política, Valores sociales, Respuestas correctas

INTRODUÇÃO

Em uma época de pós-positivismo tratar do princípio da motivação das decisões judiciais, como sendo um princípio fundamental, inserido na sede constitucional, vislumbra a sua grande relevância na época contemporânea.

O Direito como uma ciência jurídica autônoma não há que se quedar quanto aos acontecimentos sociais. Muito se disse que o Direito deve “caminhar” conforme às evoluções sociais. A isso, não paira dúvidas quanto à formalização desse entendimento. Mas, está na ciência jurídica a concretização dos anseios sociais, a qual, vinculada à política jurídica formalizará a criação de novas conexões e valores.

Está nesse entrelaçamento que o Direito far-se-á um novo Direito. Osvaldo Ferreira de Melo considera a importância da política jurídica situando o Direito desde os lugares dos acontecimentos sociais, da cidadania, os quais direcionam os novos destinos sociais. A política jurídica é uma forma de quebrar paradigmas, que criar, recriar ou reviver valores, sendo estes, sociais, políticos e econômicos. Nas palavras do Autor supramencionado, “o papel da política jurídica como instrumento de mediação entre as praticas de administração de Justiça e a realização da política”.¹

A política jurídica tem uma estreita relação como a ciência jurídica amparada no objetivo de buscar o justo, de efetivar o direito para com os anseios sociais. Nessa linha, não há como sustentar a teoria do positivismo estrito, sendo que constitui uma ciência que evolui conforme os acontecimentos sociais, devendo ser permeável às mudanças culturais e às conquistas sociais.

Segundo a linha de raciocínio do doutrinador Osvaldo Ferreira de Melo, para que a norma tenha uma aceitação social, ou seja, para que a mesma seja respeitada pela sociedade na qual foi constituída, tornando-se, assim, eficaz, deve ser caracterizada como uma norma ética, legítima, justa e útil. Continua afirmando que “a qualidade da norma em manter-se compatível com o socialmente desejado e basicamente necessário ao homem, enquanto indivíduo e enquanto cidadão”.²

Com a transposição da modernidade para a pós-modernidade, resgata essa forma racional de entrelaçamento do Direito para com a realidade social. Quando a Autora Maria da Graça afirma que “a produção e aplicação do conhecimento implicam dimensões sociais, políticas e éticas, envolvendo ao mesmo tempo questões referentes ao poder e aos valores da vida humana”, reforça a interação entre as ciências, sendo fundamental para a realização do que é justo.³

1 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 14.

2 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 16.

3 DIAS, Maria da Graça dos. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 11.

Para na ciência jurídica a busca, o resgate da eficácia e da efetividade das leis, perfazendo o ideal de justiça, contribuindo, de forma absoluta, para a democratização da cidadania. Maria da Graça declara que a “democracia e a cidadania não podem ser concebidas apenas enquanto categorias políticas, mas sim existenciais”.⁴

Seguindo a intenção laborativa desse trabalho, através da política jurídica requer-se aferir o raciocínio para os valores, as formas, os fundamentos pertinentes às decisões judiciais emanadas do poder judiciário.

A discricionariedade das decisões judiciais é alarmante. Decisões sem qualquer fundamento decisório, amparadas, tão somente, em textos normativos, pareceres inconcebíveis na realidade jurídica, faltando com efetividade e eficácia do Direito para com a sociedade.

Diante do princípio da fundamentação das decisões judiciais intenciona-se na concretização de uma garantia constitucional, a qual declara que todo tipo de decisão advinda do poder judiciário deve ser motivada, afastando-se do efeito discricionário, subjetivo de cada julgador. Não se busca a imutabilidade de decisões, sendo que a evolução social clama por desenvolvimento, também, jurídico, porém, as decisões judiciais devem seguir uma linha de direcionamento que produza, além de eficácia, eficiência para as partes que esperam soluções. Ao expor a fundamentação, o Juiz emitirá um juízo de valor, um posicionamento subjetivo, com a finalidade de buscar a resposta correta à situação fática para com o mundo jurídico.

Nessa ideologia que se quer ressaltar o quão importante à política jurídica, a qual tem um vínculo direto com os acontecimentos sociais, políticos e econômicos e a pertinência jurídica produzindo respostas de cunho jurídico, eficaz, eficiente, justa e, principalmente, útil.

O objetivo dessa pesquisa repousa em, diante de uma decisão judicial, que demanda respostas sociais, econômicas, políticas têm que haver uma resposta correta, fundamentada, inserida de valores sociais, éticos, políticos, econômicos, afastando-se do positivismo estrito, devendo haver um sentido constitucional, prevalecendo às garantias constitucionais, dignificando a pessoa humana diante do ordenamento jurídico existente.

Não se espera que o leitor tenha uma compreensão absoluta do que se pretende ajustar, quanto ao princípio da fundamentação das decisões judiciais e a política jurídica, mas, sim, tem-se a intenção de lançar ao leitor uma visão crítica das decisões discricionárias infundadas, vazias de eficácia e efetividade, ressurgindo, na política jurídica, calcada em valores sociais, uma forma infundável de soluções pertinentes e úteis para os fatos judicializados, repercutindo-se, assim, a efetivação do direito frente aos ditames da sociedade em geral, nos quais se justificam os estudos articulados.

4 DIAS, Maria da Graça dos. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 14.

Com a intenção de não esgotar o tema nesse articulado, utilizou-se do método indutivo para a realização do mesmo, com a inter-relação dos métodos operacionais das técnicas de pesquisa bibliográfica, do fichamento, do referente, meios metodológicos capazes de ensejar uma pesquisa científica.

1. UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO, DA MORAL E DA POLÍTICA COMO INSTITUTOS CORRELACIONADOS.

Na tentativa jurídica que entrelaça o direito, a moral e a política, Pérez Luño, faz uma relação de quatro modelos, os quais relatam a distância, bem como, a aproximação dessas ciências. Em princípio aduz uma separação total, radical entre o direito, a moral e a política. Cada ciência é caracterizada como autônoma e independente, como linhas paralelas, exemplificativamente, por Pérez Luño. No desenvolvimento dessa forma, conduz ao positivismo jurídico.⁵

Hans Kelsen, como precursor dessa tese jurídica afirma a ideia de pureza do Direito como um elemento que diferencia sua doutrina das demais teorias do ramo Jurídico. Para Kelsen o direito deve tomar como objeto o estudo do direito em si, sendo o direito uma estrutura jurídica normativa auto-suficiente, auto-diferente e coerente.⁶

Na autoria de Kelsen para diferenciar o direito da realidade se remete a distinção Kantiana do “ser” e do “dever ser”, situando o Direito e a ciência jurídica no âmbito do “dever ser”. Um dever ser normativo e não ético⁷.

Na teoria de Kelsen o fundamento de validade de uma norma não pode ser mais que outra norma e para evitar um regresso infinito, deve partir de uma norma fundamental, entendida como norma suprema do ordenamento de que todas as normas recebam a validade e eficácia para o qual foram legisladas⁸.

Na segunda situação afirmada por Pérez Luño, o qual denomina separação relativa do direito, da moral e da política; não há uma separação da autonomia e independência conceitual de cada uma dessas três formas normativas, porém, na tentativa de representar essa relação relativa, na forma de uma pirâmide, separa a moral, o direito e a política, situando a moral no ápice da pirâmide, a qual “como critério legitimador del derecho que a su vez actúa como ordem normativo encauzador de la actividad política”.⁹

5 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho. Uma concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 132.

6 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho. Uma concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 133.

7 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 06.

8 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 07

9 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho. Uma concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p.134.

O defensor desse modelo é Herbert Hart. Na sua teoria há defendido de um conteúdo mínimo de direito natural. Quanto a teoria dos direitos humanos, Hart admite que exista um direito natural e universal que se traduz em direito de igualdade de todos os homens livres.¹⁰

Uma terceira análise do direito, da moral e da política, a integração absoluta, a qual seria representada por círculos concêntricos, sendo que “la moral posee um significado omnicompreensivo abarcador de las demás normatividades. A su vez, el derecho debería ser la pauta regulamentadora de la vida política”. Ainda aduz que “la ley positiva contraria al derecho natural no es ley, sino corrupción de la ley”.¹¹

Nesse sentido aduz Pérez Luño:

Por ello, desde ka perspectiva de la estructura ontológica del derecho, el derecho natural, entendido como derecho objetivo justo, se identifica con la noción mesme del derecho, es más a tenor de este planteamiento, la própria noción de derecho justo constituye um pleonasma, ya que pueden existir leyes injustas, pero no um derecho injusto.¹²

Nos ensinamentos de Gustav Radbruch considera o direito natural enquanto encarnação dos valores éticos da Justiça, como um direito superior a lei, supra legal. Assim referenda que “aqueel rasero com el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrários a derechos, como desafueros bajo forma legal”.¹³

Como último modelo citado por Pérez Luño, à integração relativa entre a moral, a política e o direito. Essa forma de integração relativa, a qual corresponde ao jusnaturalismo moderado, afasta as teses que propugnam a separação entre os institutos. Nesse ponto há defendido a autonomia e a independência relativa do direito, da moral e da política em determinados casos. Essa forma de integração relativa é defendida por Dworkin. A validade das normas concretas depende da conformidade com o procedimento que irá formalizar a produção jurídica.¹⁴

Seguindo-se na visão Kelsiana, a qual faz do Direito uma ciência pura, autônoma, independente do ramo da moral e da política, indica que somente a norma traz consigo o universo jurídico, ou seja, na lei está o Direito e o que não estiver na norma jurídica, não estaria inserido na ciência jurídica. Para este Autor aquilo que traduzia o Direito deveria ser diferenciado daquilo que relatasse o que seria a Justiça. A construção jurídica de Justiça não se correlaciona com a construção da norma jurídica.

A norma jurídica é reflexo de um estado social. Ao passo que uma sociedade evolui, os cidadãos conduzem-se ao direcionamento do individualismo para o coletivismo, ou seja, dos

10 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho. Uma concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p.135.

11 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho. Uma concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 136.

12 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho. Uma concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 137.

13 RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. 4. ed. Granada: Comares, 1999, p. 180.

14 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho. Uma concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 139.

objetivos individuais refletem-se aos interesses societários, assim, como a norma, a mesma tem origem de um fato individual que renascerá para um grupo social.

Nessa formação normativa, que vai formalizar a Justiça, o “dever ser” do direito irá depender do juízo de valores sociais, sendo que haverá uma suposição de valores diante das diferenças políticas, éticas de um grupo social.

O Direito não é o resultado das atividades humanas, mas, sim, é a formalização de sua norma aos fatos da vida social. Quando na teoria de Kelsen há menção de que a Justiça não é um valor absoluto, mas relativo, refere-se que, na visão axiológica do termo, a norma em si pode ser justa ou injusta, a qual terá a sua caracterização no momento de sua aplicação, observando-se o lugar, o tempo e as circunstâncias fáticas de sua formalização.

Percebe-se que, ao aplicar o Direito, a norma em si, no caso concreto, quem dirá seu conteúdo axiológico, afirmando ser justa ou não, é o Julgador, o Juiz aplicador da lei ao fato real. Há casos em que o julgador falece a norma, ou renasce a mesma, havendo dessa forma, a aplicação do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais, sendo este, uma garantia constitucional, que é normatizado pelo Direito como uma garantia fundamental, sendo um direito de informação, de esclarecimento ao feito que está judicializado.

2. UMA POSIÇÃO AXIOLÓGICA QUANTO ÀS NORMAS JURÍDICAS.

As normas jurídicas pairam num sistema normativo integrado de conceitos, preconceitos, os quais se indagam a pertinência para com as demais ciências sócias. No Direito, podem-se haver normas consideradas justas e injustas, uteis e inúteis, eficazes e ineficazes, passando-se por uma análise subjetiva, ou por um juízo de valor, ao serem aplicadas, revelando-se, assim, a sua efetividade para com os interesses de uma sociedade.

Nos ensinamentos de Osvaldo Ferreira de Melo, esclarecem a diferença, ou a forma de raciocínio, quanto a Teoria de Kelsen, a Teoria Pura do Direito, em decorrência temporal da Primeira e Segunda edição de sua obra, as quais referendam a teoria por ele desenvolvida. Assim descreve:

O autor entende preliminarmente que o problema da busca de um padrão axiológico “como problema valorativo, escapa a uma teoria jurídica que se limita a uma análise do direito positivo como realidade jurídica” e, sem estabelecer juízo crítico a respeito, admite que o mesmo seja “de decisiva significação para a Política Jurídica”.¹⁵

Dessa feita, a ciência política correlaciona-se com a ciência jurídica, mesmo sendo uma visão contrária aos estudos Kelsianos, o qual considerava a política jurídica uma ciência autônoma.

¹⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 38.

“As normas jurídicas se diferenciavam das normas do direito, pertenciam a universos diferentes, ou seja, “dois fenômenos diferentes que devem manter-se distintamente separados”¹⁶

Nessa forma de relacionar a teoria política com a ciência jurídica, Maria da Graça dos Santos Dias aduz que:

A construção de sistemas normativos para novos tempos que, segundo se pretende, vinham a ser iluminados pela ética e pela Justiça, terá, assim, que se fundamentar nesses critérios de valor para que tenha a necessária validade material e tão desejada eficácia social.¹⁷

Desde a formação do processo legislativo de uma norma jurídica, até suas formalidades executivas para que, ao fim, o valor jurídico seja apresentado ao meio social, deve haver uma fundamentação de que o Direito, mesmo sendo uma ciência autônoma, venha a preocupar-se com as manifestações do pluralismo sócio-cultural. O ser humano, nas suas atividades e atitudes para com o meio real emitirá juízos de valores sobre suas condutas e demais comportamentos. A caminhada evolutiva do direito para com a sociedade, se não houver uma correspondência real entre esses meios, não haverá o devido crescimento, o qual é tão desejado pela sociedade em geral.

A norma jurídica reclama a Justiça, a validade e a eficácia. Norberto Bobbio, quanto a este tema elucida que:

A mi juicio, si se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, el primer punto que hay que tener bien claro es si toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones, y cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es justa o injusta, 2) si es válida o inválida, 3) si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres diferentes problemas: a de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica.¹⁸

Para Bobbio, quanto à validade, a eficácia e a esfera da Justiça da norma, esta última corresponde a norma e aos valores superiores ou finais que formalizam o ordenamento jurídico. Conforme expõe:

El problema de la justicia es el problema de la más o menos correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. No es suficiente comprobar que todo ordenamiento jurídico persigue algunos fines, y aceptar que estos fines representan los valores para cuya realización el legislador, más o menos conscientemente, más o menos adecuadamente, dirige a su propia obra. Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntase se es apta o no para realizar esos valores. Pero también en el caso de quien no crea en valores absolutos, el problema de la justicia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si esa norma es apta para realizar los valores históricos que inspiran esse ordenamiento jurídico, concreta e historicamente determinado. El problema de si una norma es o no justa es un aspecto de la oposición

16 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 36.

17 DIAS, Maria da Graça dos. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 90.

18 BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho**. Madrid: Debate, 1991, p. 33.

entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es lo que debe ser, norma injusta es lo que no debería ser.¹⁹

Nessa linha de raciocínio de que a axiologia, como pré-juízos de valores as normas, tem-se sua importância quanto à eficácia e a efetivada dos ordenamentos jurídicos ao concretizar o Direito aos anseios de uma sociedade, a qual espera por soluções rápidas, eficazes e condizentes com seus clamores sociais. A norma não basta estar no mundo jurídico para refletir sua eficácia ou validade, assim, não basta existir. A mesma deve ser interpretada, analisada e aplicada aos fatos reais, perfazendo-se o Direito conforme o meio legítimo para a conquista das garantias constitucionais.

3. A TEORIA POLÍTICA ACERCA DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Uma ciência reguladora da sociedade, o Direito, na esfera do poder dos juristas, está em pleno desenvolvimento, seja na criação, seja na sua extinção ou no seu redirecionamento normativo. O sistema normativo deve aperfeiçoar-se com as anuancias do meio social, não sendo uma ciência estática, mas, sim, aquela decorrente do efetivo movimento social.

Nesse aspecto, ocorrências cotidianas são judicializadas, direitos postos em juízo para serem formalizados, efetivados. Ao processo normativo os juristas devem observar os acontecimentos sociais, na possibilidade de ter o direito como uma ciência transformadora, progressiva, a qual justificará os fatos sociais de acordo com o contexto normativo, o qual declarará a formalização da norma.

O Direito, no que pertine a construção da ciência política, tem de estar fecundado na teoria política. Nessa ciência, que encontrará o fundamento das decisões judiciais. O jurista, ao motivar suas decisões deve entrelaçar essas ciências, demonstrando o quanto é pertinente à correlação da ciência jurídica com as demais ciências sócias. Nessa linha, Osvaldo Ferreira de Melo aduz:

É preciso acrescentar que a Política Jurídica, conforme a entendemos, é o mais adequado instrumental de que dispõe o jurista para participar do esforço de todos os cientistas sociais no direcionamento das mudanças sócio-econômicas, levando em conta as utopias da transmodernidade.²⁰

Para Miguel Reale, na obra de Osvaldo Ferreira de Melo²¹, quando da interferência política na ciência do direito, fundamenta que o fim do Direito seria o bem comum, a

19 BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate, 1991, p. 33 e 34.

20 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 44.

21 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 50.

ordem social justa como a busca da efetivação de interesses comuns a toda sociedade.

Assim, aduz:

O Direito é o resultado de uma síntese de condições objetivas e de apreciações subjetivas, segundo uma ordem de valores: é sempre objetivo-subjetivo, porquanto não teria eficácia real uma norma editada arbitrariamente pelo estado á revelia dos sentimentos, das aspirações e das tendências da coletividade, embora pudesse valer tecnicamente pela sua coercibilidade objetiva.

Se o Direito sempre logra êxito na consecução do valor proposto, é necessário ao menos, que haja sempre uma tentativa de realizar o justo.²²

Na construção da teoria jurídica, caso se possa viabilizar a construção do Direito através dos valores sociais, os quais se formalizam em normas jurídicas, haveria a inserção da política jurídica como instrumento da efetivação da Justiça. Nessa linha aduz Osvaldo Ferreira de Melo:

Ora, parece-me que para a teoria e práxis da Política Jurídica, é fundamental pensar o valor, como o faz Reale, como “intencionalidade historicamente objetivada no processo de cultura, implicando sempre o sentido vetorial de uma ação possível. Possibilidade e realizabilidade são, em suma, qualidades inseparáveis do valor, e, por via da consequência, da experiência jurídica, enquanto é, necessariamente, experiência de valores.²³

O julgador ao construir sua fundamentação decisória ao caso posto em juízo perfaz uma ponderação de valor da norma ao caso concreto. Esse juízo valorativo transcende da subjetividade em relação a determinado período, lugar, condições sociais, enfim, a norma ditada pelo jurista haverá de descrever a normatividade imposta ao caso *sob judice*. Nesse momento, a lei passará por uma análise jurídica para ser efetivada ao caso judicializado.

Ao fundamentar a decisão, o julgador fará um estudo da aparência jurídica sob os aspectos sociais decorrentes de sua realidade fática, emitindo-se assim, um juízo de valor correspondente ao lugar, ao período, ao contexto social. A norma será interpretada segundo seus ideais jurídicos, segundo uma visão jurídica ao fato concreto. Nesse momento, poderá decorrer uma paráfrase ao livro “O Príncipe”, de Maquiavel, no qual se menciona “todos vêem o que tu pareces, mas poucos os que são realmente²⁴”.

Nessa citação requer-se enunciar o quanto é primordial a fundamentação do ato decisório, pois ao motivar, o jurista, estar-se-á lançando-se do mundo jurídico para o mundo fático, enfatizando-se a sua objetividade jurídica para o mundo social-real.

Diante da importância do princípio da fundamentação das decisões judiciais está no fato de haver a justificação legal, doutrinária, subjetiva, ao caso enfático. Na visão judicial do julgador a

23 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p 1.

24 MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Antonio Carurcio-Caporale. São Paulo: L&PM Editores, 2001.

norma será concretizada no mundo concreto, real, devendo estar na motivação às razões de sua efetivação, a qual relatará os efeitos de justiça e de utilidade da lei para com a realidade social. Dessa forma, a norma estará sob a visão do julgador que, através de sua decisão fundamentada dirá o Direito ao caso concreto, perfazendo-se, assim, a Justiça ao que fora postulado pela sociedade.

O princípio da fundamentação das decisões judiciais, visto como uma garantia fundamental expressa nos textos constitucionais tem por primazia estabelecer a garantia, a estabilidade decisória como instrumento de garantia aos direitos, às tutelas e às liberdades individuais.

Não pairam dúvidas do seu valor constitucional, um princípio que reafirma o Estado Democrático de Direito, não sendo uma visão doutrinária de mero primado programático, nem mesmo um reflexo da ideologia filosófica ou política, mas, sim, uma conduta jurídica que limita as condutas do poder judiciário.

Gustav Radbruch esclarece a relação do Estado/Direito para com a finalidade motivatória de uma decisão para com o Estado/Sociedade. Os fundamentos de uma decisão devem transparecer a realidade da norma ao fato judicializado, fazendo-se verdade, eficácia aos aspectos expostos no mundo jurídico. Assim aduz:

Para la Justicia rige lo que es válido para la verdad: lo oportuno y eficaz no es por sí verdadero (como cree el pragmatismo), sino al revés la Verdad y justamente en cuanto puede desarrollarse más desligada de todo fin, es lo que constituye la más eficaz y oportuno. Por eso al mismo tiempo que el fomento de la ciencia por el Estado, tiene que existir la libertad de la ciencia ante el Estado. Y sí, no sin razón, se han calificado de “conocimientos” a las sentencias de la administración de justicia, la independencia judicial no significa, por conseguinte, otra cosa que la libertad de la ciencia trasladada al dominio de la ciencia jurídica práctica²⁵”.

Na pragmática doutrinária e judicial o direito processual formaliza o direito material, sendo essa circunstância o fim processual das normas judiciais. Com isso, o julgador ao formalizar os fatos narrados no processo, segundo as normas materiais irão expor seus motivos, as determinações legais quanto ao que foi postulado e ao que fora decidido. A norma é escrita, clara, determinante, advindo do julgador a decisão para o caso em comento, sendo fundamental a motivação do seu ato decisório.

Gustav Radbruch aduz ainda que “exigimos saber qué especie de realidad sea está destinada a server a la justicia; y para ello, en efecto, podemos desde aquel sentido de la realidad jurídica tornar la mirada hacia se esencia”.²⁶ Nas construções motivadoras das decisões judiciais estarem-se exteriorizando valores, realidades de vidas, experiências, as quais, através de um contexto normativo irão se referir na ideia do direito, na efetivação da Justiça.

25 RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. 4. ed. Granada: Comares, 1999, p. 86.

26 RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. 4. ed. Granada: Comares, 1999, p. 86.

Conforme expõe Osvaldo Ferreira de Melo, segundo os ensinamentos de Antonio Carlos Wolkmer, na pesquisa realizada sobre o pluralismo jurídico, aduz que essa nova concepção jurídica não se reporta nem mesmo ao jusnaturalismo, nem ao positivismo, mas numa forma normativa interdisciplinar, o qual possui uma sintonia com o “dinamismo e as flutuações de uma articulação social em permanente fluidez, mutabilidade e circunstancialidade”.²⁷

A interpretação da norma diante de sua abstração normativa legislada é um reflexo do pluralismo jurídico, pois conforme expõe Osvaldo Ferreira de Melo, o “Juiz que tiver uma postura criativa, com relação a essa fenomenologia, ajudará a construir o direito justo porque o trabalho de interpretação que aproveitar todas as fontes legítimas de direito será mais consequente e capaz de ganhar o consenso social”.²⁸

Não estaria na esfera do poder decisório dos juízes a possibilidade de formular, de recriar a norma, mas, sim, de interpretar a norma conforme o caso concreto. Não se estaria preferindo a violação dos poderes, diante de suas funções privativas, nem mesmo usurpar do poder decisório, mas, sim, estar-se-ia desvendando a vontade do legislador ao formalizar o instituto legal. Conforme os ensinamentos de Osvaldo Ferreira de Melo:

Não se pode esperar a evolução do Direito apenas com a contribuição do Judiciário. A este cabe produzir a norma individualizada. Só a lei pode criar norma jurídica geral e por isso às posições doutrinárias mais prudentes propugnam pela construção de um direito renovado, positivado sempre que possível, para prevalecer o geral sobre o individual, dando-se ao juiz o poder de aplicá-lo dentro do princípio da epiquéia, entendida esta como a licitude de operar fora da letra da norma, colocando assim a hermenêutica como mediadora entre a lei e a consciência Jurídica da sociedade, nos casos concretos²⁹.

Na perspectiva de Osvaldo Ferreira de Melo, quanto a percepção da norma como legítima e eficaz, tende a fixar que ao se interpretar uma norma diante de um fato social, estar-se acerca de valores, nos quais se buscam a legitimação do direito como justiça social. Assim predispõe:

Se buscarmos a legitimidade da lei na sua capacidade de resposta às crenças sociais, o conceito de “legítimo” tem a afastar-se do conceito “legal” para aproximar-se do de “justiça social”. Porém, observa-se, por mais que o legítimo se aproxime do justo, deste não será mais que uma condição favorável de realização. Quero dizer que a legitimidade é requisito do valor Justiça e é condição especial para a criação de consenso, de confiança, de predisposição á obediência e portanto á eficácia da norma³⁰.

27 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 76.

28 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 76.

29 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 78.

30 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 78.

Ainda dispõe:

Ocorre que a Política Jurídica, a proposta dogmática não satisfaz, pois a legitimação que se busca é no sentido de assegurar valores, estejam estes contidos ou não no ordenamento jurídico. Trata-se de legitimação extra-sistema, arbitrada pela consciência Jurídica, entendida essa categoria num sentido amplo, ou seja, abrangendo não só o sendo teórico do jurista mas também o sendo jurídico popular³¹.

Os julgados do poder judiciário representam a interpretação legislativa seguindo um critério subjetivo do julgador. Valores sociais são expressos numa decisão, na qual há neutralidade do julgador para com o fato social judicializado. A imparcialidade conjugada com a mutabilidade reflete uma posição conservadora do Juiz para com a Lei, na finalidade de dar eficácia a norma promulgada.

O Direito, como ciência jurídica, como um conjunto de normas de um ordenamento jurídico, há de percorrer as evoluções sociais, demonstrando que a norma, existente no mundo jurídico, não é válida somente por este motivo, mas sim, por ser eficaz ao pressuposto fático de sua existência, enfoque este, perfectibilizado pelos julgadores no momento da aplicação da lei, através de formas interpretativas, hermenêuticas que, por meio da fundamentação, concretizam a norma, refletindo a eficácia da Justiça.

O poder discricionário do Juiz, o qual é limitado pelas imposições legais, tem a flexibilidade de criar suas decisões com reflexos sociais concretos, com eficácia. Osvaldo Ferreira de Melo anuncia que o Juiz vinculado ao texto legal deixa de interpretar, de criar o direito, segundo a norma, ao caso concreto.³²

Seguindo os ensinamentos de Osvaldo de Melo, a “participação como operário do direito, será possibilitar a formação de favorável ambiente ao desenvolvimento de uma sociedade mais livre, mais justa e mais esclarecida, na qual as pessoas encontrem uma clara razão de viver”.³³

Quanto à expressão “operários do Direito” tem-se uma relação com os aplicadores do direito, sendo eles Juízes, Advogados, Legisladores, partes processuais, enfim, àquele que possui uma ligação direta para com os fatos sociais e com as leis.

Na obra de Miguel Reale, seguindo suas ideias minutadas, a pessoa humana seria o ser possível de eleger os valores constitutivos de o seu agir, sendo o próprio homem “como libre criador de nuevos bienes, cualesquiera que puedan ser los ordenamientos políticos jurídicos de la convivencia social”.³⁴

Em uma obra elaborada em homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold, o autor Paulo de Traço Brandão faz uma citação de Warat que esclarece a verdadeira

31 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 78 e 79.

32 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 96.

33 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 79.

34 REALE, Miguel. **Teoría Tridimensional del Derecho**. Valparaíso: Edeval, 1978, p. 92.

relação da filosofia com a ciência jurídica, formalizando-se, assim, o caráter político do Direito na realização da cidadania.³⁵

Assim, o operador do direito, situando-se numa visão moral, ética, analisará o ordenamento jurídico como um sistema maleável aos acontecimentos sociais, fato este que será analisado em seguida.

4. A TEORIA VALORATIVA NAS DECISÕES JUDICIAIS.

Diante de uma ideologia de Justiça, há que haver uma predominância valorativa do Direito quanto à realidade social.

Nos escritos de Maria da Graça dos Santos Dias há um questionamento do Direito como meio restrito às leis, sendo que, deve haver uma adequação do mesmo quanto à realidade social revalorizada pelo valor da Justiça. Assim, aduz:

Questiona-se a redução do Direito ao âmbito restrito à lei, isto é, da lei produzida pelo Estado. Esta identificação Direito com a lei, produzida pelo Estado, foi eficazmente explicitada na teoria monista defendida por Hans Kelsen³⁶.

Quando se tem o direito nos modelos de normas positivadas, escritas em um ordenamento jurídico, estático a um conjunto de normas, segundo sua validade decorre de um poder de legitimação e do suporte de uma norma fundamental, faz com que “não se considera o valor intrínseco do sistema nem se avalia a correspondência da norma jurídica ao ideal de Justiça expresso pela sociedade”.³⁷

Na visão axiológica da ciência do direito e da Justiça, percebe-se que o primeiro tem uma estreita caracterização das leis em sentido estrito, ou seja, é um complexo de normas jurídicas positivados pelo poder legislativo que remete a aplicação e a efetivação ao poder judiciário, sendo este a fonte hermenêutica de sua eficácia.

No que pertence à Justiça, tem-se como uma abordagem subjetiva, ou seja, seguindo o ditado popular, como forma exemplificativa, “o que é justo para alguns, pode não ser para outros”, reflete que este Instituto, através de um critério valorativo a determinada situação fática, tem a funcionalidade de expressar, declarar o que é justo diante do contexto social.

O Direito e a Justiça são expressões sobre salientes no contexto da ciência jurídica. Há uma legação horizontal entre essas duas expressões, sendo que o Direito deve efetivar pelo o que é justo,

35 COSTA, Salezio. *Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 391.

36 DIAS, Maria da Graça dos. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 35

37 DIAS, Maria da Graça dos. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 36.

ou seja, deve ser o reflexo da Justiça. O Direito tem que se preocupar com os acontecimentos sociais, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento, Maria da Graça aduz:

O Direito não pode ser reduzido a simples instrumento de controle social, de coerção, vinculado ao poder organizado; antes, deve constituir-se em instrumento de realização da Justiça.

A consciência e o sentido de Justiça são próprios do ser humano e apresentam-se como critérios para avaliar o direito vigente, opondo-se a este sempre que o considerar injusto. É exatamente por este motivo dialético, esta tensão entre o direito vigente e as aspirações da consciência jurídica dos cidadãos que se processa a evolução do Direito.³⁸

Diante da efetivação das garantias fundamentais tem-se a formalização do que é justo, ou seja, da Justiça. Maria da Graça anuncia que a Justiça do Direito e do Poder Estatal está na materialização dos direitos sociais, nos direitos básicos de uma vida digna ao cidadão. Em suas palavras “a justiça fundamenta-se, portanto, no princípio da vida justa, onde os direitos fundamentais são respeitados”.³⁹

A Justiça analisada como uma questão ética perpassa do objetivo e paira no subjetivo, ou seja, ao considerar uma questão justa ou não, aplica-se um juízo de valor, sendo ele, político, social, econômico. Sendo um reflexo sobre as questões consideradas justas, a Justiça depara-se com uma profunda relação com a Ciência Jurídica, sendo esta a formalizadora das relações sociais justas, o meio garantidor dos direitos e necessidades sociais que dignificam a pessoa humana.⁴⁰

Naquela noção de que o juiz deveria ater-se ao ditado “boca da lei”, seguindo um positivismo estrito, conforme a teoria de Montesquieu, já é uma concepção ultrapassada, sendo que decorre a importância dos efeitos valorativos envolvidos, ou decorrentes de um meio social. A lei não serve como condição de efetiva Justiça, mas, sim, a sua interpretação para com os fatos aclamados, faz com que a cidadania seja firmada conforme os valores sociais⁴¹.

Sob um estudo superficial, ou seja, não havendo um devido aprofundamento da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a qual intitulou o Direito como um conjunto de normas não havendo qualquer interferência valorativa moral, econômica ou política, transformando o direito em uma ciência fechada, com seus fundamentos e justificações normativas positivadas em um ordenamento jurídico, tem um positivismo estrito, considerando o Direito um conjunto, tão somente, de normas.⁴²

Segundo sua teoria, a essa positivação estrita teria uma única vantagem, a sistematização ao direito e a segurança jurídica para com os casos judicializados. Segundo o Autor, Kelsen teria

38 DIAS, Maria da Graça dos. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 37 e 38.

39 DIAS, Maria da Graça dos. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 39 e 40.

40 DIAS, Maria da Graça dos. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 42.

41 DIAS, Maria da Graça dos. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 43.

42 COSTA, Salezio. **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 304.

desviado da validade material da norma jurídica para uma única importância, a estrutura formal que compunha o ordenamento jurídico, sendo que qualquer outra forma de analisar o direito, este estaria repleto de interesse ideológico e político.⁴³

A essa teoria cabe afirmar que a crítica é válida. Fundamental a crítica é que diante da evolução social e econômica, não seria o direito positivado, fundado em um ordenamento de normas, num sistema justo, pois nem todos os acontecimentos sociais poderiam estar positivados nesse instrumento estático. Acentuam os autores da obra em Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold:

Sob essa perspectiva, são apontadas algumas críticas a Kelsen, pelo suposto empobrecimento que deu ao universo jurídico, ao restringir todo o Direito a um sistema de normas, formalmente positivadas, não levando em consideração, portanto, as manifestações e anseios substanciais advindos da esfera social. Por essa razão, Kelsen teria contribuído para legitimar o ordenamento jurídico positivo e, conseqüentemente, os grupos econômicos que detêm a hegemonia desse mesmo Estado, constituindo-se na contraparte política do Direito.⁴⁴

Na obra “Qué es justiça?”, quanto a teoria de Kelsen, transpassa que o mesmo não nega a existência de diversas formas de justiça. Múltiplas interpretações, que através das normatizações refletem o que seria ou não justo. A sua negatização respalda quanto a uma fórmula única e válida de justiça, que prepondera a todo tempo e em qualquer lugar, a qual seria caracterizada por ser imutável, única e universal.⁴⁵

Assim, anuncia, “la ciencia, com sus métodos y resultados, es incapaz de decidir entre las diversas fórmulas de Justicia, cuál es la justa. La ciencia, según Kelsen, no es capaz de resolver la cuestión del comportamiento justo”.⁴⁶

Quanto a sua Teoria Pura afasta da Ciência jurídica, como um ordenamento jurídico composto de normas escritas e predeterminado, qualquer juízo de valor ético ou moral. O juízo de valor sobre determinado ordenamento, o qual se caracteriza por um nome “valor de Justiça”, paira no momento em que, ao se prolatar uma sentença, sobre determinado lugar estará objetivando uma das características da teoria política, a qual visa à construção do Direito conforme a época o qual está sendo formalizado. A norma jurídica deve fundar-se no equilíbrio social, o qual deve adequar-se aos anseios sociais e aos interesses através de um estudo, de uma interpretação jurisdicional.

43 COSTA, Salezio. *Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 305.

44 COSTA, Salezio. *Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 253.

45 HANS, Kelsen. *¿Qué es Justicia?* Barcelona: Ariel, 1991, p. 10.

46 HANS, Kelsen. *¿Qué es Justicia?* Barcelona: Ariel, 1991, p. 11.

Essa função jurisdicional de adequar à norma aos interesses sociais cabe aos juízes, os quais irão desencadear a ordem jurídica para o mundo social, teorizando os valores éticos e morais diante da convivência humana.

Os autores Cademartori e Rosetto declaram que:

Um dos objetivos da Política Jurídica consiste na busca da construção do Direito adequado a cada época. Por isso, exige-se que a norma jurídica, resultado da função jurisdicional, se comprometa com os critérios de validade não só formal como material, e com os objetivos de justiça e de finalidade, visando o necessário equilíbrio social. Com a ajuda da Política Jurídica, o julgador deverá ser observador e estudioso da norma desejável, mais adequada aos anseios e ao bem comum da coletividade.

Quanto à questão produção jurisdicional do Direito positivo, o Juiz assume posição fundamental, pois precisa interpretar, integrar ou esclarecer o conteúdo da norma jurídica, tendo isso, como consequência, a reconstrução pragmática do Direito diante de situações novas não amparadas previamente no Direito Positivo.⁴⁷

O ordenamento jurídico é caracterizado como uma ciência autônoma. Mesmo nesse sentido, pretende-se esclarecer que é uma ciência que se deve relacionar com as teorias políticas, econômicas e sociais, fazendo-se com que as normas jurídicas sejam interpretadas e aplicadas conforme os anseios, os interesses sociais.

Maria da Graça dos Santos Dias afirma que não há como entender-se o direito como um conjunto de normas sem valores, sem haver a definição do justo e do não justo, sem haver os interesses de uma sociedade em determinado período e lugar. Ainda declara:

Assim, os juízos de valor fundam-se nas compreensões do considerado justo, ético, necessário, útil e prioritário, guardando profunda relação com as reais condições de existência das pessoas e populações.

Entender o direito como mera legalidade é reduzi-lo, estritamente, à função asseguradora da ordem estabelecida. O fim exclusivo do Direito não consiste apenas na promoção da disciplina social, mas também na promoção do bem-estar da comunidade. Os valores constituem uma dimensão real, concreta, da vida humana, manifestando-se na cotidianidade como desejo, como querer próprio das pessoas e da comunidade.⁴⁸

O direito, como ciência jurídica positivada, como um conjunto de normas, na qual a axiologia não é aplicada, separa o direito da filosofia, da sociologia, da ciência política, enfim,

47 COSTA, Salezio. **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 255.

48 COSTA, Salezio. **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 309.

separa a ciência jurídica do mundo social, sendo que os valores éticos e morais não são avaliados deixando de considerar o que é justo, ou injusto.⁴⁹

Nos escritos de Maria da Graça dos Santos Dias declara a fundamental intenção social da correlação entre ciência política e jurídica, a qual afirma que a Política Jurídica é o processo criativo do Direito, ou seja, do “dever ser” do Direito diante das demandas históricas existências da sociedade.⁵⁰

Aduz a Autora mencionada, ainda que:

Fundamentar o processo de avaliação e criação do Direito nas exigências da consciência jurídica da comunidade implica na superação do dogmatismo da Ciência de modelo positivista. Isso não significa um retorno ao paradigma jusnaturalista, que concebeu o Direito Natural como um metadireito, mas a admissão do caráter histórico-cultural do Direito. A consciência jurídica constitui, portanto, um dos referentes fundamentais da Política jurídica.⁵¹

O Direito não pode ser uma ciência sem vínculo com os demais ramos que norteiam o mundo social, pois aquela regra que não corresponde aos anseios sociais, não se fundamenta em conceitos éticos e sociais, não correspondendo a certa utilidade pessoal, territorial e temporal, passará despercebida diante do processo legal.⁵²

O ordenamento jurídico é uma ciência autônoma, mas não deve ser um sistema fechado, que deixa de analisar as mudanças sociais. Assim, explica Maria da Graça dos Santos Dias:

A Filosofia do Direito e a Ciência Jurídica, como os demais ramos do conhecimento jurídico, precisam mover-se em uma perspectiva dialética de complementaridade e, assim também, devem posicionar-se em relação a outras áreas do conhecimento.

O Direito precisa abrir-se á problemática social e política e comprometer-se com as exigências histórico-axiológicas da sociedade. Há que se superar o valor instrumental do conhecimento científico e se observar sua destinação ético-política.⁵³

Nesse sentido que se pretende fazer parte dos ensinamentos de Osvaldo Ferreira de Melo e Maria da Graça dos Santos Dias, no sentido de que a ciência jurídica e as ciências sociais estão inteiramente interligadas, sob uma única justificação:

49 COSTA, Salezio. **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, P. 310.

50 COSTA, Salezio. **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 312.

51 COSTA, Salezio. **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 314.

52 COSTA, Salezio. **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, 316.

53 COSTA, Salezio. **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 318

Afinal é a vida humana, com suas surpreendentes manifestações, o objeto de investigação de toda teoria sociocultural.⁵⁴

Nessa mesma linha de pensamento:

Diante dos avanços das práticas democráticas e pluralistas nas sociedades contemporâneas, torna-se impraticável pensar a vigência de um Direito Positivo insensível às transformações culturais, às conquistas da sociedade e às demandas existências desta.⁵⁵

Na obra de Miguel Reale, *Teoría Tridimensional del Derecho*, quanto a axiologia na ciência jurídica, os valores éticos, sociais, estéticos, enfim, preexistentes no meio social, sendo que, com a evolução temporal da ciência jurídica, suas normas irão moldar-se quanto às reformulações dessas normas para com seus valores.⁵⁶

Na interpretação axiológica diante de um parecer decisório, o Juiz atribuirá um juízo de valor, um juízo subjetivo da norma ao fato em juízo, sendo que essa manifestação calcada nos anseios de um meio social, pois aquilo que pode ser justo para um grupo societário, pode não ser para outros grupos.

Nesse momento, demonstra-se a fundamental importância do julgador expressar sua ideia decisória, pois estar-se aqui julgando um fato real conforme um ordenamento jurídico atemporal, ou temporal, justo ou injusto, útil ou inútil, manifestações estas, que irão defender a real fundamentação decisória.

5. TEORIA POLÍTICA CORRELACIONADA COM O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS COMO RESPOSTA CORRETA AO DIREITO.

Na esfera jurídica sabe-se que a resposta correta no direito é uma ideologia. Partindo-se de uma origem jurídica normativa do jusnaturalismo, no qual o direito consubstanciava-se nos costumes, nas práticas sociais, as quais eram formalizadas por valores axiológicos existentes, sendo os mesmos incorporados aos fatos sociais.

Numa perspectiva valorativa, na qual ao se decidir uma questão jurídica processual, o julgador emite juízos de valores extraídos de uma interpretação legal, faz-se efetivar, através de sua fundamentação a resposta legal ao caso judicializado. Ao se utilizar do critério valorativo quanto à

54 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 15 e 16.

55 COSTA, Salezio. *Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 319.

56 REALE, Miguel. *Teoría Tridimensional del Derecho*. Valparaíso: Edeval, 1978, p. 91.

interpretação de uma norma, cria para o Direito um universo de decisões judiciais, com diversos entendimentos.

Segundo a expressão na busca de uma resposta correta aos casos judicializados, a mesma irá formalizar-se se for constituída de garantias constitucionais.

O Direito é um mecanismo que pode ser caracterizado como um instrumento universal, ou seja, através desse instituto jurídico buscam-se os interesses sociais, políticos e econômicos. Esses interesses relacionam-se de forma direta com o Direito.

Nas palavras de Ovídio Batista, o Direito teria transmutado para uma função de outros interesses, de natureza política ou econômica, que instrumentalizam matérias estranhas à ideia de Justiça.⁵⁷

A busca por uma resposta certa em uma decisão judicial respalda nos juízos de certeza dos magistrados. Assim, expõe Orlando Faccini Netto que a “superação do paradigma pelo qual o Direito se alheia de valores, por exemplo, indica o caminho por que se deve guiar o interprete, na concretização de sua atividade, sempre de índole constitucional”.⁵⁸

No mundo jurídico as normas são criadas sem haver uma efetiva aplicabilidade que, sem decorrer uma interpretação, que na maioria das vezes é axiológica, não teria a efetiva desenvoltura social a ser concretizada, ou seja, é na forma de aplicá-la ao caso real que o Julgador vai se utilizar dos valores sociais, econômicos, políticos de determinado espaço territorial para o qual esta norma pode ser considerada uma resposta correta.

O Autor Orlando Faccini Netto deixa claro que uma norma pode ser considerada “arrogante” fora de um contexto social, não se perfectibilizando como um instrumento de progresso. Em sua tese, atribui esse entendimento a Lenio Streck, o qual esclarece:

Em plena vigência do Estado Democrático de Direito, não se há de conceber que, máxime nas situações de maior gravidade, estejam as decisões judiciais submetidas á discricionariedade dos julgadores; é na Constituição, nos princípios constitucionais e nos dados de valor por eles desvelados, que há de se situar a resposta judicial ás situações concretas; repita-se, a situações concretas, pois os sentidos somente não atribuíveis a partir da facticidade em que esta inserido o interprete e respeitando os conteúdos de base do texto, que devem nos dizer algo.⁵⁹

Na busca da reposta judicial correta deve-se ater o julgado às garantias constitucionais efetivando o Direito e formalizando às normas ao caso concreto. Orlando Faccini Netto ajusta seus ensinamentos:

57SILVA, Ovídio Baptista da. *Da função á estrutura. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. São Leopoldo: Anuário, 2008, p. 89.

58 FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 174.

59 FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 34.

Portanto, ademais de estar em busca da resposta correta, se, a ao encontra-la e proclama-la, o Juiz não se comprometer com sua efetivação e não compreender a sua dimensão pública, tendente inclusive á alteração e mudanças nalgumas organizações que compõem a burocracia estatal, deixará por inacabados seus trabalhos.

Não se pode esquecer que é da tradição positivista o alvitre de que o Direito não se presta a alterações da sociedade para a qual é dirigido; num quadro constitucional como o nosso, em que a Constituição propenda a transformações de certas estruturas econômicas e sócias, o almejem-se a declaração do Direito aplicável e só fica aquém, muito aquém, do que se espera em termos de atividade de nossos juízes.⁶⁰

As questões judiciais, decorrentes da jurisprudência, tem-se firmado em soluções condizentes com as questões sociais do lugar, da pessoa a qual a norma interferirá, bem como, ao tempo de sua aplicação. A norma existe. O fato esta em juízo. O juiz deve fazer dessa norma o Direito reflexivo diante do fato real. Como forma exemplificativa, em um julgamento de um processo de crime de contrabando no território brasileiro, no qual o agente ativo era uma pessoa considerada idosa, analfabeta, sem conhecimento legal de sua conduta, ao ser julgada culpada pelo ato ilícito que estava transcorrendo, qual seja, de um crime de contrabando, na aplicação do Direito ao fato real, diante de um juízo de valor sobre a norma a ser aplicada, o julgador recorreu a uma pena alternativa, a qual tinha por primordial função a ressocialização daquela pessoa que estava cometendo aquele fato ilícito, qual seja, a sua alfabetização.

Não se quer enfatizar a ruptura legal, ou a criação do Direito pelo Julgador, mas trazer para a realidade fática uma norma que formalize sua validade, eficácia e efetividade. Não há fundamento em haver um ordenamento repleto de normas, sem que as quais tenham eficácia ao meio social. E, por meio da interpretação legal, através de valores, amparado pelas garantias constitucionais, o Direito poderá fazer-se Justo por meio de regramentos legais.

Seguindo-se as garantias constitucionais, em razão ao princípio da dignidade da pessoa humana, a decisão acima anunciada estaria cumprindo sua existência, sua validade e sua eficácia. O papel do Poder Judiciário não deve ser de deletrear a lei ao caso concreto, mas efetivar os efeitos de uma decisão judicial aos interesses sociais.

Não se tem a intenção de afirmar que o Julgador deve desconsiderar as funções legislativas e abster-se dos textos legais, mas, sim, que diante de uma situação fática, analisando-se o contexto social, os conflitos sociais, haverá uma formulação racional e eficaz da decisão judicial ao caso concreto. O Direito está em constante evolução devendo-se adequar aos mandamentos legais sob o reflexo social, sob a ótica de um meio social, fato este que, na maioria das vezes, tem uma repercussão jurídica diversa daquela instituída pelo legislador ordinário.⁶¹

E quanto essa possibilidade? Estar-se buscando a verdade correta ao caso judicializado?

60 FACCINI NETO, Orlando. Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito. P. 171.

61 FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 179.

A resposta é afirmativa. Sim, diante das garantias constitucionais, que legalizam os direitos fundamentais, estará o julgador formalizando a Justiça ao caso fático, através de suas fundamentações legais, as quais irão relatar as intenções primárias do legislador para com o Direito ao caso concreto.

A resposta correta está vinculada à hermenêutica. Nessa forma de interpretativa que Lenio Streck afirma que a fundamentação das decisões não paira em recriar, ou desconstruir fundamentos jurídicos, mas sim, assegurar a força normativa da Constituição e os princípios norteadores de toda a estrutura jurídica. Nessa ótica, segue o Autor afirmando que, segundo essa força normativa e principiológica estar-se-ia fazendo a prevenção de interpretações deslegitimadoras e sem conteúdo constitucional válido. Assim, cumpre afirmar que, nos textos constitucionais que, a decisão encontrará sua caracterização de resposta correta⁶².

Nos dias atuais o que se está assistindo é a discricionariedade das decisões judiciais que, ao aplicar puramente uma instrução normativa, o julgador deixa de fundamentar sua posição decisória. Nos estudos Lenio Streck transpassa que além do positivismo externo, o qual caracterizava a discricionariedade, passa-se a uma categoria jurídica que o próprio positivismo desconhecia, qual seja, a aplicação de princípios.⁶³

É uma aplicação jurídica inválida? De forma alguma. Os princípios possuem um grau de generalidade mais vasto que, os julgadores ao aplicá-los, muitas vezes dizem o que não querem dizer, não sabem o que dizem, o que dizem não corresponde ao fato judicializado, ou seja, dizem qualquer coisa sobre qualquer coisa.⁶⁴

O Juiz ao buscar uma resposta correta, justa ao caso real, deve passar do positivismo, da abstração dos princípios e através da hermenêutica, da interpretação, fundamentar seus posicionamentos judiciais. Quando se fala em motivar, fundamentar, não se está querendo que o Juiz “cole” milhares de julgados, de doutrinas, a casos similares, mas, sim, que haja a formalização, a eficácia da norma para com o caso concreto.

Dessa forma, para que se possa alcançar uma resposta correta, ou condizente com as normas legais para com a realidade fática, haverá de existir um exercício de jurisdição constitucional, adequando à decisão judicial à Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

62 FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 30.

63 FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 30.

64 FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 31.

Não é um equívoco afirmar-se que, atualmente, grande maioria das produções jurídicas tem um amparo estritamente normativo. De forma alguma quer se opinar para que as normas sejam superadas a um segundo plano dentro do aparato decisional.

A intenção desse trabalho foi apontar que situações reais, postas ao Poder Judiciário, devem ser analisadas conforme os postulados constitucionais, os quais refletem a dignificação da pessoa humana. Este primado é a fonte constitucional primordial para a postulação de todos os direitos fundamentais. O direito à liberdade, à saúde, à igualdade, à segurança, enfim, os direitos que constituem a base elementar da vida digna dos seres humanos têm por suporte o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um aporte para as decisões judiciais.

O meio social tem como “porta de entrada” para a pacificação de seus conflitos o Poder Judiciário. Este é referendado pelos Nobres Julgadores, que possuem uma missão única, expor a solução jurídica aos fatos da vida social. Irar-se-á buscar leis regulamentadoras, interpretações hermenêuticas, jurisprudência, e, ao ser considerado mais importante, uma adequação válida, eficaz e justa da aplicação normativa para com a situação fática.

É nessa intenção que se quer reafirmar a importância da interação do Direito, como Ciência Jurídica, aos demais sistemas sociais. Não há que discutir-se que o Direito é uma ciência autônoma, mas no decorrer de sua evolução deve adequar-se às alterações sociais, morais, políticas e econômicas. É uma ciência reflexiva, na qual o operário do direito, ou melhor, da Justiça, irá exercer uma função reguladora no meio social ao que deve pronunciar-se, emitindo-se um juízo de valor, o qual conduzirá a uma concepção dos interesses sociais diante dos regulamentos legais.

Diante dessa defensiva interação entre o Direito e as ciências sociais após haver a adequação da norma ao fato real, o julgador, seguindo sua função jurisdicional, formalizará a decisão, de uma forma que orientará as normas ao processo conforme o contexto social fundamentando, motivando sua posição, ou seja, demonstrando a eficácia da norma para com os acontecimentos sociais.

Tem-se a intenção de afirmar que o sistema jurídico jamais se tornará uma ciência completa, se não se aportar aos demais ramos sociais, aplicando-se, de uma forma preliminar, a Teoria Política, voltada aos valores, aos fins éticos e estéticos de uma ciência para com os anseios, interesses de uma sociedade.

De todo o exposto, conclui-se que o Direito, na era pós-moderna, não seria, ou não poderia ser caracterizado como uma ciência autônoma de forma estrita, principalmente, no que pertine ao seu contexto, o qual se apresenta como uma ciência aberta as outras esferas sociais, tais como, a política, a economia, a ética, tornando assim, suas fronteiras jurídicas mais maleáveis aos acontecimentos do meio social.

A Teoria Política entorno das decisões judiciais, aponta-se como de grande pertinência a um direito pós-moderno, fato que, as grandes decisões judiciais afastam-se dos interesses

individuais, dos direitos subjetivos, bem como, das relações intersubjetivas, transpassando-se para os direitos difusos, havendo como partes de um processo judicial a coletividade.

Um tema que foi tratado de forma horizontal, não havendo um devido aprofundamento, mas que, sem dúvida pertence a uma matéria de suma relevância. Nessas palavras, a intenção foi demonstrar que, diante das decisões judiciais, com a aplicação dos demais sistemas sociais, formalizando o direito com os interesses sociais, a Justiça torna-se mais efetiva aos quais postulam por seus direitos.

Na função jurisdicional de julgar, os operadores do direito - juízes - não podem deixar de dizer o direito ao caso concreto, não pode deixar imperar a subjetividade e discutir teses que não haveria aplicação, eficácia para com os que estão postulando em juízo. A discricionariedade jurídica não deve sopesar fazendo-se com que o julgador se utilize de princípios gerais deixando, ou se ocultado de realizar o efeito jurídico do ato decisório para com o meio social. Muitos casos decididos há enunciação de jurisprudências como forma de motivação, nos julgados que não guardam pertinência com o fato narrado, refletindo-se, assim, uma ineficácia do Direito, pois mesmo cumprindo um dever constitucional, não decorreu a efetividade da qual elucida a sua finalidade judicial.

O julgador, segundo a ciência jurídica, ao fazer uma interpretação da norma, do que fora petitionado, deve perfazer uma hermenêutica jurídica, a qual se caracteriza por ser um mecanismo de compreensão do Direito.

As normas enquanto normas legais, inseridas num contexto normativo, não refletem posição argumentativa alguma, fato este que irá decorrer de um momento interpretativo, no qual o interprete afirmará o que ele quer dizer em função daquele texto normativo.

E sobre esta esfera argumentativa que haverá os juízos de valores, que estarão embutidos nos textos constitucionais, os quais se reportam aos princípios, que servirão de base motivadora dos atos decisórios, estando estes fundados nos regramentos constitucionais, os quais fazem parte do mundo social e moral daquele que interpretará a norma.⁶⁵

Assim, conclui-se que o Direito nasce através de um processo constitucional interpretativo, refletido nos valores sociais, os quais permitem a sua elaboração de acordo com a norma fundamental, a qual será formalizada com referencia ao princípio da motivação das decisões judiciais, o qual esclarecerá a norma ao fato judicializado.

Nas palavras de Orlando Faccini Neto, pretendo concluir este trabalho, o qual expõe que “não mais a vontade da lei; não mais a vontade do Juiz. A vontade e a vocação constitucional, á qual a lei e o Juiz hão de prestar reverencia”.⁶⁶

65 FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 34.

66 FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35.

Com o advento do constitucionalismo, o Direito não será conceituado somente por ser um conjunto de normas, mas, com um conjunto de normas constitucionais o Direito deixará de ser um “mero” regulador e sim, um propende á transformação da realidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Da função á estrutura. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** São Leopoldo: Anuário, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho.** Madrid: Debate, 1991.

COSTA, Salezio. **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIAS, Maria da Graça dos. **Política Jurídica e Pós-Modernidade.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HANS, Kelsen. **¿Qué es Justicia?** Barcelona: Ariel, 1991.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Teoría del Derecho. Uma concepción de la experiencia jurídica.** Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia del Derecho.** 4. ed. Granada: Comares, 1999.

REALE, Miguel. **Teoría Tridimensional del Derecho.** Valparaiso: Edeval, 1978.