

HISTÓRIA DO PENSAMENTO JURÍDICO: HERMENÊUTICA E MODERNIDADE

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira*
Maria Beatriz Gomes de Lima**

FERREIRA, J. S. A. B. N.; LIMA, M. B. G.; História do pensamento jurídico: hermenêutica e modernidade. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama*. v. 10, n. 2, p. 275-290, jul./dez. 2007.

RESUMO: O pensamento conceitual toma por fundamento a construção abstrata das normas jurídicas. Cria-se um sistema lógico-dedutivo, estruturado em um conceito fundamental que subordina todos os demais. Logo, a hermenêutica segue o modelo da subsunção. A jurisprudência de interesses é marcada pela introdução do elemento finalístico na compreensão e aplicação do direito, considerando o fim como fundamento de criação e aplicação do direito. Predomina a proteção dos interesses individuais e dos grupos sociais, repudiando o formalismo e o raciocínio lógico-dedutivo, permitindo ao intérprete desenvolver critérios axiológicos para proteger os interesses, como tutelados. Na seqüência, a jurisprudência dos valores inclui a valoração no campo jurídico sob a forma de princípios, sendo largamente adotada pelas Cartas Constitucionais dos novos Estados Democráticos de Direito. A hermenêutica é orientada para ser conforme a Constituição, empregando critérios de valoração, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais. No ordenamento pátrio a valoração é definida, principalmente, através das pautas axiológicas da Constituição Federal, embora comprometida pela baixa eficácia constitucional. Da trilogia jurisprudencial analisada permanece a importância que os conceitos, interesses e valores, transportam para a interpretação do Direito na pós-modernidade como fenômeno plural, aberto e finalístico.

PALAVRAS-CHAVE: Pensamento jurídico; metodologia; jurisprudência; modernidade.

1 INTRODUÇÃO

Considerando o relevo da autonomia do pensamento jurídico contemporâneo, torna-se indispensável o resgate de parte da historicidade para

* Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Professora permanente do Programa de Mestrado em Direito e Cidadania da UNIPAR – Umuarama.

** Aluna do Curso de Graduação em Direito da UNIPAR – Umuarama.

alcançar a atitude mental do jurista que influencia a realização do direito. Por esta linha, devem ser compreendidas as dimensões da ligação entre pensamento e concretização, idéia e realização prática. A investigação, como concebida, visa desvendar a compreensão da própria evolução do direito enquanto fenômeno histórico-cultural marcado por um processo histórico complexo.

O estudo do direito representa lastro seguro e indispensável ao entendimento dessa complexidade histórica, considerando a metodologia que lhe é própria, permitindo o resgate dos aspectos polêmicos e relevantes da construção do pensamento jurídico a partir da Jurisprudência dos conceitos.

“Os pensamentos jurídicos revelam-se, deste modo, entidades culturalmente históricas. São função da concepção do direito e dos objetivos práticos. Mais do que isto, são função inclusivamente do sentido fundamental da cultura englobante, do sistema cultural global, porquanto aí se oferecem já os últimos e referentes intencionais (o próprio sistema de valores que o direito assimilará), já as estruturas noéticas que nessas épocas condicionam as possibilidades de pensar abertas a qualquer pensamento integrado nesse mesmo universo cultural. Daí, pois as profundas variações diacrônicas e as não menores diferenças sincrônicas do pensamento jurídico”.(NEVES, 1993, p.13)

O ensaio tem por propostas: descrever os resultados obtidos na pesquisa científica levada a efeito no projeto científico, sob idêntico título técnico, desenvolvido na instituição; apreender o conhecimento histórico do pensamento jurídico a partir de um dado período, considerando mais significativo e, portanto, mais próximo dos fins do estudo, apontando a influência da metodologia de tempos mais recentes acerca do ambiente jurídico.³

Cabe remarcar, não ser objeto de estudo a própria história do pensamento jurídico. A análise deduzida será parcial e referente às fases mais relevantes, a juízo próprio, constituídas por diferentes momentos da racionalidade jurídica,

³ NEVES, A. C. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Universidade de Coimbra: Coimbra editora, 1993, pg. 9-10. “Mas sendo assim, um ponto prévio se nos impõe: que consideremos em geral o sentido da relação e as possíveis relações entre *metodologia* e *método*. É o que preliminarmente faremos, ainda que em termos breves. [...] A palavra (o discurso, o pensamento) de *odos*, o caminho para algo além, *meta* – é a raiz etimológica de *metodologia* (cfr. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, IV, p. 121 ss). E nessa base poderá ela definir-se como a lógica, a razão (a racionalidade) ou o pensamento de um proceder (*modus*, processo) que visa um fim específico ou se propõe um certo objectivo. Mas em termos de o logos, como o condutor (enquanto o fundamento, enquanto o regulativo, enquanto o determinante, etc.), se destacar numa relação intencional (=métodos) (o *modus* ou o processo finalizado), e então a metodologia é ou propõem-se ser a razão intencional de um método – a racionalidade ou o pensamento de (ou sobre), esse método. Postulemos que no nosso caso o objetivo ou o fim é a realização do direito e isso implica que a metodologia jurídica será o logos (a ratio) intencional, a racionalidade ou o pensamento dos métodos pelo qual se cumprirá essa realização”.

em contraponto à ruptura paradigmática subsequente.

Para Cabral de Moncada, “a história do direito deve conceber-se como uma história de conceitos construtivos e das dogmáticas dos diversos sistemas jurídicos do passado, procurando fazer-se a reconstituição, fixação e caracterização destes nas suas relações entre si e com o presente”. (MONCADA, 1949, p. 213)

É nessa perspectiva que o ensaio desenvolverá investigações elegendo como ponto de partida a metodologia de Savigny, objetivando a análise crítica da evolução do pensamento jurídico sempre direcionada à compreensão do direito em suas complexidades, restando assentado, desde o início, com o apoio de Karl Larenz “que a ciência do direito desenvolve por si métodos de um pensamento orientado a valores, que permitem complementar valorações previamente dadas, vertê-las no caso singular e orientar a valoração que de cada vez é exigida, pelo menos em determinados limites, a tais valorações previamente achadas” (LARENZ, 1997, p. 3).

2 EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO NA PERSPECTIVA DA TRILOGIA DAS JURISPRUDÊNCIAS

A investigação tem por meta resgatar a evolução do pensamento jurídico com vistas à apreensão dos conteúdos retidos na historicidade, para desvelar a influência exercida no direito pós-moderno, com vista à análise da complexidade e busca da realização dos fins do direito em relação ao contexto social.

A delimitação temática decorre das dimensões do pensamento jurídico focado na comparação das Jurisprudências dos conceitos, interesses e valores. Tais delineamentos são adequados para distinguir a evolução das possibilidades hermenêuticas no contexto temporal.

De outra parte, resgatar a memória do pensamento jurídico representa estudo indispensável à academia que, em algumas vezes, peca por omitir as bases históricas ao estudante que, sem outra opção, tenta entender problemas atuais sem conhecer a historicidade, por exemplo no que tange à prestação jurisdicional, à celeridade ou a ausência da celeridade nas resoluções das lides, a excessiva burocracia decorrente da própria legislação vigente, que permite a interposição de um número incontável de recursos das decisões judiciais, procrastinando a justiça e impedindo a concretização de busca de soluções que proporcionem aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional eficaz, que atenda aos interesses em conflito e, sobretudo, realizadora da justiça. Estas e outras disparidades decorrem de um complexo de situações, muitas das quais ainda motivadas por questões que remontam no emprego de metodologias tardias, fundadas em pensamentos

jurídicos pretéritos, distantes da realidade social e, por via de consequência, da realização da justiça⁴.

2.1 Jurisprudência dos Conceitos

A Jurisprudência dos conceitos tem origem na Alemanha, com Puchta defendendo a adoção de um sistema próprio para a construção conceitual das normas jurídicas.

“Essa concepção de sistema veio informar a Jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), que se desenvolveu com Georg Friedrich Puchta, sistematizador da escola histórica, que, em sua pirâmide de conceitos, deu ênfase ao caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e completa”. (FERRAZ JR., 1977, p. 33)

Deste modo, a Jurisprudência dos conceitos foi responsável pela introdução do método lógico-dedutivo nos sistemas jurídicos considerando-os fechados e completos. Definia-se, então, o apego ao racionalismo dogmático ainda que seu defensor entendesse o Direito como nascido do espírito popular.

As fontes do direito estavam formadas pelo costume, pela lei e pela ciência jurídica. O Estado não criava o direito que era pressuposto, mas era indispensável à realização do direito.

Savigny, em sua primeira fase, apega-se à lei como regra superior, defendendo, nessa perspectiva, o formalismo lógico, retirando qualquer possibilidade criativa do juiz e, portanto, negando a interpretação com base em outras fontes.

Posteriormente, recua para aceitar o direito como produção do espírito do povo (*Volksgeist*), afastando-se da concepção de que a lei já não predominava como fonte originária do direito.

“Savigny entendia que a apreensão conveniente de um instituto, como um todo de sentido, só era possível pela intuição – confirmando o pensamento conceitual numa apreensão de regras jurídicas necessariamente abstratas, à maneira da lógica formal - pode dizer-se que ele preparou o caminho à

⁴ BALLESTEROS, Alberto Montoro. *El Derecho como sistema normativo: naturaleza y función del derecho*. Murcia: Universidade de Murcia, 1993, pg. 08. “Desde estos supuestos el Derecho se configura como un fenómeno histórico-cultural de carácter normativo cuya tarea o misión última consiste en regular y ordenar determinadas relaciones de la vida social en orden a la consecución de bien común, procurando la paz (“*tranquillitas ordinis*”) y la armonía (“*unitas ordinis*”) de la comunidad. De este modo el Derecho, en cuanto sistema normativo, encuentra su fundamentación y legitimación últimas en la tarea de crear un orden de vida social pacífico, estable y seguro, fundamentado en el valor de la justicia (justicia e seguridad jurídica) y nutrido por el mismo”.

Jurisprudência dos conceitos formal de Puchta (...) Savigny liberta-se da estrita vinculação ao teor literal da lei defendida no seu escrito de juventude, em favor de uma consideração mais vigorosa do fim da lei e o nexos de significações fornecidas pela global intuição do instituto”. (LARENZ, 1997, p. 15-19)

O pensamento conceitual toma por fundamento a construção abstrata das normas jurídicas. Cria-se um sistema lógico-dedutivo estruturado em um conceito fundamental que subordina todos os demais. O conceito geral localiza-se no vértice da pirâmide e os específicos na base.

Isto significa dizer, segundo Larenz, que

“quanto maior for a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva, o âmbito de aplicação e vice-versa. (...) O ideal do sistema lógico é atingindo quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular”. (LARENZ, 1997, p. 23)

Em síntese, a Jurisprudência dos conceitos dá origem a um sistema lógico de conceitos, sendo que o princípio geral e os específicos interligam-se através de condicionantes e derivantes. Assim, se cada conceito superior admite várias afirmações, àquele co-determina todos os inferiores através de seu conteúdo, denominado por Puchta de nexos lógico de conceitos. O sistema conceitualista apresenta-se atrelado ao método lógico-dedutivo, a busca do conhecimento sistemático, nos sentidos ascendentes e descendentes. Os conceitos geral e específicos ou, em outras palavras, o conceito fundamental e os especiais comunicam-se nessa estrutura sistêmica piramidal, de estrita observância lógica.

Para a teoria conceitualista, a característica do pensamento conceitual resulta de que os conceitos ou normas criados permitem apenas ver a superfície exterior do sistema, e o que é essencial, a prática, fica totalmente eliminada do sistema, pois não há aplicabilidade para tal teoria ou aspecto conceitualizado.

Percebe-se, no entanto, que o erro está justamente nesta ligação entre a base e o vértice da pirâmide, já que os conceitos inferiores passam a ser entendidos somente segundo o conceito superior a que se integram e não pela sua função no contexto em que se inserem, o que resulta em duas afirmações, segundo Larenz: “a construção dedutiva do sistema depende absolutamente da pressuposição de um conceito fundamental determinado quanto ao seu conteúdo, conceito que não é, por sua vez, inferido do Direito positivo, mas dado previamente à ciência jurídica pela filosofia do Direito. Só pode ser Direito o que se deixe subordinar a esse conceito fundamental”. (LARENZ, 1997, p. 26)

O formalismo jurídico estabelece um modelo de construção racionalista do direito, desenvolvendo-se desde o final do século XVIII e, por mais incrível que possa parecer, mantém-se até os dias atuais. Foi fortemente impulsionado pelo positivismo, sendo a construção lógico-dedutiva reafirmada pelo normativismo de Hans Kelsen.

As críticas ao formalismo jurídico são incontáveis, enfrentando questionamentos que passam pela emancipação do direito, distanciamento da realidade social, alienação da ciência do direito, ausência de consciência crítica e hermetismo metodológico. Estas reações aos excessos lógicos-formais preparam a base para impulsionar a mudança do pensamento jurídico na modernidade, deslocando-se da racionalidade científica, do formalismo lógico em direção a outras dimensões demarcadas pelo pluralismo jurídico.

A Jurisprudência dos conceitos estabelece, para um longo período, a base metodológica adotada, posteriormente, pela metodologia da subsunção. A lógica dedutiva reflete profundas inadequações em relação à hermenêutica jurídica. O papel criador do juiz inexistente, considerando que o único movimento possível estava e permanece em subsumir o fato à norma. A extensão maior permaneceu em relação à colmatação de lacunas, implicando na justificativa, da necessidade inarredável, de sustentar a ficção da completude do sistema.

Em Kelsen a metodologia da subsunção alcança o ápice através da doutrina da estrutura escalonada da norma. A imagem piramidal é mantida. No vértice localiza-se a norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental e fundamento de validade, de onde decorre a validade de todas as normas jurídicas.

Para a doutrina kelseniana da teoria pura do Direito, importa, tão somente, o Direito positivo:

“uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta [...]. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer comportamento humano que, em si mesmo, esteja excluído de ser conteúdo de uma norma jurídica”. (KELSEN, 1976, p. 273)

As críticas ao positivismo jurídico são dirigidas à própria teoria kelseniana, tomando, como exemplo, o rigor metodológico de sua concepção normativa. Kelsen foi considerado o metodólogo do silogismo jurídico, em que a premissa maior é a norma válida, a premissa menor é a ordem de conduzir-se de determinada maneira e a conclusão é a própria afirmação da validade da norma. Em verdade, foi exatamente o que o modelo kelseniano traduziu, rompendo os diálogos do direito com ciências afins, especialmente com a sociologia, que se

destacava à época.⁵

Não obstante, as diversas críticas em relação à metodologia racionalista permaneçam, a subsunção subsiste, resistindo às modificações metodológicas, mantendo-se como núcleo da estrutura padrão, assegurada na atualidade pela resistência ao novo, revelado naturalmente pelo avanço da sociedade plural, gênese do fenômeno jurídico pluridimensional. Por via de consequência, chega-se a inquestionável esgotamento do modelo da subsunção, sendo que o fator temporal seria bastante para dar conta da superação do velho silogismo. A complexidade social, de par com a libertação do direito, somados à crise paradigmática, promovem a ruptura com a velha concepção, em direção à renovação de toda uma estrutura passada, insuficiente para dar respostas à produção e aplicação do direito, voltadas à contemplação das necessidades sociais, contextualizadas pela visão aberta do mundo social atual.⁶

2.2 Jurisprudência dos Interesses

⁵ HOMEM, A. P. B.. *História do Pensamento Jurídico*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, pg. 38.

“é importante não perder de vista que os estudos histórico-jurídicos têm vindo a revelar novos objectos de interesse, o que pode traduzir-se igualmente pelo alargamento do objecto da história do direito, depois de definitivamente refutado o modelo positivista e normativo que tendia a identificar a história do direito com a história das fontes do direito. Este novo entendimento acerca do objecto da história do direito – mesmo que não resulte de uma prática intencional – deve ser estudado nos seus efeitos sobre as concepções jus-historiográficas. A renovação da teoria do direito, que acompanhamos mais abaixo, trouxe igualmente uma renovação dos estudos histórico-jurídicos – como, e de modo complementar, foram os estudos histórico-jurídicos que permitiram novos desenvolvimentos da teoria do direito. Este fenómeno pode igualmente documentar-se nos estudos romanísticos. Depois do positivismo jurídico, que tinha conduzido a história do direito para um verdadeiro gueto científico, desinteressante para o historiador e para o jurista, sobretudo para um jurista tecnocrata, as novas perspectivas da teoria do direito justificam um olhar inovador para a história do direito. Salientamos diversas vias metodológicas, em relação ao tema do objecto da história do pensamento jurídico, que estamos a analisar, através das quais se tem vindo a procurar descrever e explicar o modo como os juristas pensam e encontram a decisão do caso concreto. Vários estudos de história da metodologia jurídico-política têm chamado a atenção para o discurso, os conceitos e a dogmática, não enquanto subtileza doutrinária sem reflexo na realidade social, mas, pelo contrário, reflectindo ou mesmo antecipando essa realidade”.

⁶ BARROS, W. P. *A interpretação sociológica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 131, 134. “A ideologia da lei como produto acabado e indiscutível serve como dogma de sustentação política anormal. A discussão de sua legitimidade enfraquece a idéia de Estado assim formado. O ‘a lei é lei’, por conseguinte, embute o designo político do poder dominante, pois, via de regra, é ele o próprio legislador. A interpretação legislativa, nessa situação, e em especial a intervenção sociológica, periga a ordem dominante. É o Poder Judiciário o controlador da eficácia social da lei, quando o seu criador a emite com desvio de finalidade social. [...] O afastamento do Poder Judiciário dessa realidade importa na criatura negar o seu criador. A função tão-só de ser aplicador da lei ao caso concreto, muitas vezes, o afasta da sociedade, quando a aplicada não corresponde mais à necessidade social e a ação, ao contrário de ser resolutora do conflito, é sua instigadora”.

O final do século XVIII e século XIX são marcados pela proposta de uma jurisprudência pragmática voltada à compreensão do valor da vida e a transposição para o direito. Neste período, destaca-se a obra de Jhering ao enfrentar a questão, até então não referida, da ausência de valor na Jurisprudência dos conceitos.

A percepção de Jhering volta-se para as transformações operadas no âmbito dos conceitos e das proposições jurídicas em razão da passagem do tempo.

A apreensão temporal feita por Jhering traz ao cimo e ao questionamento problema inafastável do centro das discussões referentes aos novos conceitos, até então; não enfrentados pela própria Jurisprudência dos conceitos. Ainda assim, Karl Larenz questiona a crença da inalterabilidade dos conceitos jurídicos, as combinações de tais conceitos fazendo surgir um conceito novo e, ainda, a dedução de novas proposições jurídicas, não enfrentadas por Jhering, em sua jovialidade.

“Nessa ordem de idéias, vê agora Jhering que a coerência lógica de uma proposição jurídica não é o mesmo que a sua validade prática, declarando-se contra a ilusão da dialéctica jurídica, que busca dar ao positivo o nimbo do lógico, contra o culto da lógica, que pensa erigir a Jurisprudência em uma matemática do Direito”. (LARENZ, 1997, p. 58)

A respeitabilidade da crítica permite verificar a vulnerabilidade da metodologia. A reação, face aos equívocos dos postulados metodológicos, conduzem as contribuições de Jhering para a crítica direcionada à desconstrução da logicidade reinante mediante a oposição, agora de caráter teleológico, significante de uma viragem expressiva em seus trabalhos.

“A trajetória intelectual de Jhering expressa a passagem, a superação do formal pelo real. O momento marcante dessa passagem, creio, encontra-se na definição do direito como ‘interesse juridicamente protegido’. [...] Os conceitos e as categorias jurídicas, por certo delas não se libertou Jhering. São, para o segundo Jhering, não obstante, conceitos e categorias visualizados de uma perspectiva inteiramente nova. São conceitos e categorias históricas e, portanto, alteráveis segundo o envolver das circunstâncias históricas”. (GRAU *in* ADEODATO, 1996, p. 72)

A partir de apurada revisão das concepções conceituais, Jhering concebe, finalmente, a doutrina finalista do direito, quando sentencia:

“A vida não é conceito; os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula que tem de acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja isso logicamente necessário ou logicamente

impossível”. (JHERING *apud* LARENZ, 1997, p. 58)

Estava iniciada a nova fase de compreensão do direito em busca de um movimento libertário que viria para permitir novos métodos de interpretação, importando em dizer da necessidade do direito se adequar à sociedade, à vida; enfim, ao trânsito jurídico. Era preciso libertar a criatividade e, na busca desta realização, passa-se do meio ao fim.

Foi então que Jhering escreveu *Der Zweck im Recht – O Fim do Direito* – onde propugna que “o fim é o criador de todo o direito; não há norma jurídica que não deva a sua criação a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático”. (JHERING *apud* DINIZ, 2004, p. 60)

E a finalidade do direito, no entender de Jhering, é a proteção de interesses, procurando conciliar os individuais com os coletivos.⁷

“O eixo da obra de Jhering reside verdadeiramente na questão dos sujeitos dos fins, do sujeito que está por detrás das proposições jurídicas e que, através delas, consegue prevalecer”. (LARENZ, 1997, p. 59)

A Jurisprudência dos interesses é marcada pela introdução do elemento finalístico na produção e aplicação do direito, voltado à contemplação de um fim social.

“Ele vê no direito a finalidade de proteção de interesses, mas só enquanto a convergência dos interesses sobre o mesmo fim, suscitando a cooperação, cria determinadas instituições, como o Estado, o comércio e a sociedade. E isso de modo tal que o utilitarismo de Jhering resulta um utilitarismo não-egoísta, não-individual, mas sim um utilitarismo social. É aí que se abre a linha, na obra de Jhering, que vai enriquecer a sociologia do direito. A jurisprudência dos interesses também recebe essa influência”. (GRAU *in* ADEODATO, 1996, p. 75-76)

Jhering concebe a doutrina do interesse, mas foi Heck o responsável pela construção metodológica da Jurisprudência dos interesses.

Em síntese apurada, a Jurisprudência dos interesses apreende o direito em uma dimensão específica de tutela de interesses. O ponto fundamental é que

⁷ GRAU, Eros. *A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito*. In: ADEODATO, João Maurício (organ.). *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Editora Universitária, 1996, pg. 73. “A sua realização objetiva é parte da vida; a energia por meio da qual o direito é conhecido e proclamado como necessário, se atinge e se executa, é que consagra seu verdadeiro valor, pois o direito é produto da atuação das forças sociais e, por isso, a elaboração do direito não é produto de nenhuma vontade. Surge o direito de um processo de luta, de luta pela sua criação. Isso é extremamente relevante. No momento em que resgatamos esses enunciados, que são básicos no pensamento de Jhering, passamos a bem compreender que o autor do direito é a sociedade e não o Estado. É necessário compreendermos isso muito bem, sobretudo porque hoje vivemos um momento de desestruturação do Estado (não se deve afirmar o fim do Estado pois nada termina, tudo se transforma; o que devemos afirmar é a transformação do Estado, já que aquele Estado dito moderno está inteiramente deteriorado”.

esses interesses são, de fato, legítimos interesses sociais, vale dizer, os interesses dos sujeitos de direito e grupos sociais na ordem sócio-jurídica.

Na afirmação de Larenz “o centro de gravidade desloca-se da decisão pessoal do legislador e de sua vontade entendida psicologicamente, primeiro para os motivos e, depois, para os fatores causais motivantes. A interpretação, reclama Heck, deve remontar, por sobre as concepções do legislador, aos interesses que foram causais para a lei. O legislador aparece simplesmente como um transformador, não sendo nada mais, para Heck, que a designação englobante dos interesses causais”. (LARENZ, 1997, p. 66)

A Jurisprudência dos interesses, impregnada de uma certa orientação sociológica, foi muito bem recepcionada, na medida em que obteve a realização dos fins práticos a que se destinava e, ainda, por ter, gradativamente, solapado o espaço ocupado pelo formalismo lógico do sistema dos conceitos jurídicos abstratos. A resistência e crítica aos excessos lógicos permitiu o desenvolvimento de novos enunciados. A despeito das críticas enfrentadas, e a ausência de preocupação direta com a questão do valor, embora naturalmente presente no ambiente social, aquele movimento metodológico promoveu, no âmbito da hermenêutica, formulação progressiva para alcançar a meta principal, compromissada com a idéia de realidade. Assim, os fatos sociais, os eventos da vida em sociedade, os interesses dos indivíduos e dos grupos sociais, são o centro gravitacional da proposta metodológica que obtém êxito ao consolidar os resultados práticos, defendidos como ponto vital do modelo. Os equívocos teóricos não comprometem a finalidade do conjunto metodológico.⁸

2.3 Jurisprudência dos Valores

Os movimentos metodológicos conduzem a um novo ambiente demarcado pela necessidade indiscutível de uma concepção do pensamento jurídico capaz de absorver valores, princípios, não só no plano do ideário, mas por serem realidades culturais do universo humano. Assim, a interpretação desses valores, a funcionalidade, emprego e adoção em benefício da compreensão dos casos concretos em uma dada dimensão, conduzem a travessia da Jurisprudência dos interesses para a Jurisprudência dos valores.

“A passagem a uma Jurisprudência de valoração só cobra, porém,

⁸ GRAU, Eros. *Op. cit.*, 1996, pg. 77. “A realidade nos tem indicado que o momento em que vivemos é de desestruturação do Estado e, portanto, de desestruturação do direito que nós ensinamos nas faculdades. Ensinamos somente o direito produzido pelo Estado, ainda que existam outros direitos. Nesse momento desagregador é que percebemos nitidamente a importância da ponderação dos interesses, à moda de Jhering. Essa importância se manifesta, com nitidez, no atuar do Judiciário, mas também na atuação do Legislativo”.

o seu pleno sentido quando conexcionada na maior parte dos autores com o reconhecimento de valores ou critérios de valoração supralegais ou pré-positivos que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições. Pode-se a este propósito invocar os valores positivados nos direitos fundamentais, especialmente nos artigos 1º a 3º da Lei Fundamental, recorrer a uma longa tradição jusfilosófica, a argumentos lingüísticos ou ao entendimento que a maior parte dos juizes tem de que é sua missão chegar a decisões justas. A quase totalidade dos autores envolvidos nas mais recentes discussões metodológicas partilha a concepção de que o Direito tem algo a ver com a justiça, com a conduta socioeticamente correta". (LARENZ, 1997, p. 167)

É, pois, com a Jurisprudência de valoração que os princípios são trazidos como critério de interpretação, não importando se legais ou supralegais, surgindo aí a contribuição indispensável de Dworkin e Alexy.

A idéia da absorção dos princípios pelo Direito prospera na pós-modernidade pela importância teórica e prática que passam a representar para a produção e aplicação do Direito. Os princípios normativados são introduzidos nas modernas cartas constitucionais dos novos Estados democráticos. Tal fato é extremamente relevante em relação ao direito pátrio referente à absorção das pautas axiológicas pela Carta Magna brasileira.

A densificação da valoração do Direito ocorre de conformidade com o pensamento jurídico da Jurisprudência dos valores, passando pelas dimensões da legitimidade do Direito, da eficácia do Direito e, por que não dizer, também no âmbito da validade.

O Direito, como realidade complexa, desenvolve-se fundado nas texturas axiológicas para valer como instrumento de realização da justiça na busca dos fins práticos, da função social do Direito, visando regular, assegurar, solucionar conflitos da vida em sociedade.

A nova ordem metodológica, em que pese desafiante, recebe aporte significativo do ambiente constitucional pós-moderno. As transformações decorrentes da nova metodologia afastam o pensamento anacrônico da subsunção, rompendo com a vinculação do arquétipo de uma lógica encarcerada em pirâmides.

A absorção da valoração pelo Direito continental no século passado provoca mudanças de paradigmas para fundar o Direito na pós-modernidade, representando o mais significativo dos movimentos metodológicos, responsável pela base principiológica indispensável à produção científica na perspectiva de um paradigma epistemológico, contrapondo-se ao silogismo lógico gerado pela racionalidade de um tempo e época.

O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da convenção metodológica da constitucionalização, adere, em tardia modernidade, à metodologia dos valores, conformados em princípios constitucionais.

Lênio Streck está

“convencido de que há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização 9º acontecer) da Constituição (e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc.): trata-se das crises dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal-individualista-normativista do Direito, que se constitui, em outro nível, na crise de modelos de direito, pela qual, muita embora já tenhamos, desde 1988, um novo modelo de Direito, nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível”. (STRECK, 2004, p. 294)

O século XX, marcado pela crise do direito, pelos problemas e transformações provocados pela crise, enfrenta a ruptura em relação aos velhos paradigmas, exigindo a reflexão acerca das questões surgidas em meio a uma nova postura paradigmática, vinculada à identificação da função transformadora do Estado Democrático de Direito, ainda oculta. Nesse sentido, afirma Lênio Streck:

“Basta observar que, em pleno Estado Democrático de Direito, setores importantes da dogmática jurídica continuam (des)classificando as normas em programáticas, de eficácia plena, etc., com o que os dispositivos denominados de programáticos são relegados a um segundo plano, com baixa ou nenhuma carga eficaz”. (STRECK, 2004, p. 299)

Por este caminho constitucional, o Direito brasileiro recepciona, finalmente, a interpretação conforme a Constituição. Mas, não só a interpretação como também a produção e aplicação do Direito, estão orientados pelo mesmo nível.

“Por isso, a Jurisprudência é tanto no domínio prático (o da aplicação do direito) como no domínio teórico (o da dogmática), um pensamento em grande medida orientado a valores. Que um tal pensamento é uma das distintas possibilidades do pensamento e em que é que consiste a sua especificidade não é algo de que muitos juristas tenham clara consciência, pois equiparam o pensamento jurídico com a subsunção ou com as deduções lógicas e não consideram como suscetíveis de fundamentação racional os juízos de valor”. (LARENZ, 1997, p.

299-300).

Dito de maneira mais direta e referente à visão equivocada da Constituição e seus princípios (valores), de acordo com a crítica de Alejandro Nieto:

“Las constituciones no son al fin y al cabo más que un texto lingüístico, por más que en ellas se prometan las maravillas de un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley. Lo que convierte la Constitución en un elemento capital del Derecho, no son esas pomposas declaraciones sino la voluntad del Estado, de los partidos y de los ciudadanos en hacerla operativa. Son ellos con el esfuerzo de cada día – y no las Cortes constituyentes de una vez por todas – los que hacen de veras la Constitución”. (NIETO, 2007, p. 131)

Nem as Cortes Superiores, nem os Tribunais, são capazes de superar o formalismo que deforma o Direito, o Direito Constitucional, que assegura o direito de constituir uma sociedade livre, justa e solidária que busca, incansavelmente, em meio à debilidade do Estado Democrático de Direito e Social, assegurar a sobrevivência (in)digna, a (in)segurança, a paz social por entre as balas da violência perdida, o bem (in) comum, em algum lugar constituído para constituir o homem (de) bem, o ser humano (de) direito.

“Há uma dificuldade enorme em convencer a comunidade jurídica acerca do valor da Constituição e do constitucionalismo. A crise ocorre em vários níveis. Em um nível mais simples, a inefetividade da Constituição decorre da mera ignorância acerca da diferença entre texto e norma ou entre vigência e validade. [...] São raras, igualmente, as decisões que aplicam as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. [...] Em outro nível, a ineficácia constitucional está assentada num plano mais complexo, a partir da negativa dos Tribunais (assumindo maior relevância, aqui, os Tribunais Superiores) em dar efetividade aos princípios e às assim denominadas ‘normas programáticas’, ainda consideradas como ‘meramente’ programáticas. Veja-se a dificuldade em fazer valer o valor da parametricidade do art. 3º da Constituição, que consubstancia o Estado social na Constituição.

Uma hermenêutica adequada aponta, por exemplo, para a inconstitucionalidade de muitas das privatizações realizadas nos últimos oito anos; muito embora tais teses tenham recebido guarida na justiça federal, foram esvaziadas em grau de recurso pelo STJ e pelo STF. Isto para dizer o mínimo”. (STRECK, 2004, p. 78)

As metodologias sob análise contribuem, fortemente, com seus acertos e não acertos, doando ao Direito contribuições de significado inestimável. Não

obstante, o pensamento jurídico capta as transformações colhidas em cada plano para manusear, com habilidade científica, os conceitos, interesses e valores.

As estruturas metodológicas acabam sendo reconhecidas como através de uma convivência paralela que não se excluem. Convergindo ou divergindo, compõem a cena do pensamento jurídico desde a historicidade até a pós-modernidade. Do conjunto trino analisado, o saldo pode ser considerado positivo quando revisitado pela lente da arguta teoria crítica do Direito, objeto de análise futura e parte da seqüência de nosso projeto, em sua segunda fase.

3 CONCLUSÕES

Sendo o direito fenômeno histórico cultural, o estudo da história do pensamento jurídico é verdadeiramente indispensável ao resgate da memória do Direito, enquanto saber teórico e prático.

A metodologia jurídica dimensiona a forma de pensar o Direito contextualizado no binômio tempo-espaço.

A Jurisprudência dos conceitos sistematizou a construção conceitual das normas jurídicas estruturadas em um conceito fundamental, subordinantes dos conceitos específicos, com base no método lógico-dedutivo.

Com a teoria conceitual teve início o formalismo lógico-jurídico, que permanece, com algumas transformações, até a atualidade.

A estrutura piramidal da doutrina conceitual seria reutilizada pelo normativismo, mantendo o silogismo lógico-dedutivo. O conceito fundamental cede espaço à norma fundamental hipotética, fundamento de validade da norma jurídica, agora concebida através da ordem escalonada. O formalismo e a subsunção tornam-se instrumentos indissociáveis do Direito.

A defesa dos interesses individuais e coletivos, juridicamente tutelados, surge como reação oposta ao conceitualismo. O método teleológico contrapõe-se ao dedutivismo lógico-formal. A vida é captada como vida para ser vivida, tutelada pelo Direito, que nela encontra o seu fim.

A passagem para a valoração do Direito, em verdade, era, igualmente, a busca do fim visado pela tutela dos interesses. Não há interesse coletivo ou individual sem um fim. A finalidade se faz princípio. Os valores metajurídicos e jurídicos cedem à normatização, em especial, no ambiente continental dos novos Estados Democráticos. Tem início a era dos princípios forjados pelo discurso alicianante do Estado Democrático de Direito e Social.

A constitucionalização do Direito é fenômeno decorrente da modernidade tardia, trazida para o ordenamento jurídico nacional com o advento da Constituição Federal de 1988.

A crise do Direito, a crise de paradigmas, a crise da baixa efetividade constitucional, são problemas a serem enfrentados pela pós-modernidade através, quiçá, da resistência constitucional defendida pela nova teoria crítica do Direito.

As metodologias são constructos teóricos-abstratos, os problemas sociais são práticos e reais. As Constituições não constituem, mas o Direito é aplicado. Aplicar o Direito é preciso!

REFERÊNCIAS

- BALLESTEROS, A. M. **El derecho como sistema normativo**: naturaleza y función del derecho. Murcia: Universidade de Murcia, 1993.
- BARROS, W. P. **A interpretação sociológica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.
- GRAU, E. A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito. In: ADEODATO, J. M. (Org.). **Jhering e o direito no Brasil**. Recife: Universitária, 1996.
- HOMEM, A. P. B. **História do pensamento jurídico**. Lisboa: Coimbra, 2003.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Coimbra: A. Amado, 1976.
- LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MONCADA, C. **O problema metodológico na história do direito português**. Coimbra, 1949. v. 2.
- NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Universidade de Coimbra: Coimbra, 1993.

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

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

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THE HISTORY OF THE JURIDICAL THINKING: HERMENEUTICS AND MODERNITY

ABSTRACT: Conceptual thinking is based on abstract building up of the juridical norms. A logical-deductive system is created, structured on a basic concept subordinating all the others. Thus, hermeneutics follows the model of the subordination. The jurisprudence of interests is marked by the introduction of the finalistic element for the understanding and application of the Law by considering the ends as the principle for the creation and application of the Law. It reinforces the protection of the individual interests and the social groups by repudiating formalism and the logical-deductive reasoning, allowing the interpreter to develop axiological criteria to protect the interests as the tutored. Then, the jurisprudence of the values includes the legal valuation based on principles, what has been broadly adopted by the Constitutions of the new Democratic States. Hermeneutics is oriented to be in agreement with the Constitution by using criteria of valuation, undetermined concepts, or general clauses. For the paternal ordainment, valuation is mainly defined through the axiology guidelines of the Federal Constitution, even though it is impaired by the low constitutional effectiveness. From the analyzed jurisprudence trilogy, the importance that concepts, interests and values bring up to the interpretation of the Law in post-modernity as a plural, opened, and finalistic phenomenon remains.

KEYWORDS: Legal Thinking; Methodology; Jurisprudence; Modernity.

Recebido em / Received on / Recibido en 24/08/2007

Aceito em / Accepted on / Acepto en 12/10/2007