



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O AUXÍLIO DA METÓDICA ESTRUTURANTE PARA PENSAR A DECISÃO

Sebastião Pereira da Silva Júnior

Rio de Janeiro
2018

SEBASTIÃO PEREIRA DA SILVA JÚNIOR

O AUXÍLIO DA METÓDICA ESTRUTURANTE PARA PENSAR A DECISÃO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

O AUXÍLIO DA METÓDICA ESTRUTURANTE PARA PENSAR A DECISÃO

Sebastião Pereira da Silva Júnior

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Estado do Rio de
Janeiro. Advogado.

Resumo – O presente trabalho consiste em discutir as proposições pós-positivistas do sopesamento, ponderação e otimização como métodos de decidir, e, a partir disso, expor a proposta de Friedrich Müller, metódica estruturante, como a posição mais satisfatória na superação da falta de critérios objetivos de verificação das decisões, o autor alemão teoriza um procedimento de integração do texto normativo por meio de dados sociais e interdisciplinares.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Metódica Estruturante. Decisão Judicial.

Sumário – Introdução. 1. Métodos tradicionais de solução de litígios e o abuso do sopesamento de princípios. 2. A intervenção judicial para a efetivação das normas e sua produção de efeito. 3. Teoria estruturante: procedimento de pensar a decisão e segurança jurídica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa visa a promover a teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, bem como oferecer uma avaliação crítica das principais referências de interpretação dos textos jurídicos contemporâneas. Nesse contexto, a metódica estruturante sobressai como uma importante ferramenta para a construção de uma decisão fundamentada, transparente e objetiva. E isso é importante atualmente diante da utilização abusiva das técnicas de sopesamento, ponderação e otimização que muitas vezes leva a resultados opostos em situações semelhantes, vulnerando a segurança jurídica.

Trata-se de uma confrontação dos diferentes posicionamentos de interpretação do texto legal para construir a decisão judicial. A doutrina classifica a Constituição Federal de 1988 em Carta Política dirigente, tipo que assegura a aplicação dos direitos ali previstos de imediato e oferece ao jurisdicionado, na omissão do legislativo, a opção de socorrer-se no judiciário, como é o caso dos assim chamados “remédios constitucionais”. Vale ressaltar que a aplicação dos direitos fundamentais atende tanto a questões de direito público como questões de direito privado, em qualquer grau de jurisdição.

E por esse motivo, uma vez provocada a jurisdição, não se pode eximir de julgar alegando ausência de lei, consoante o princípio da vedação ao *non liquet*, art. 140, CPC. Assim, é franqueado ao judiciário estabelecer diretrizes para a fruição do direito programático, colmatando as lacunas como se legislador fosse. Entretanto, o método

escolhido para legitimar a opção do julgador deve necessariamente ser aferível racionalmente com o ordenamento jurídico e não estabelecer casuisticamente soluções de conforme preferências pessoais.

No primeiro capítulo, é tratada a ineficácia da argumentação pura e simples como meio de legitimar decisões. O que é especialmente revelado quando o caso concreto trata de relação de direito privado, em que há uma dificuldade de redução da interpretação à subsunção silogística. Nesse contexto, a ponderação não é a técnica mais adequada para solucionar tratamento de regras, antes é afeita a princípios e requer sopesamento.

No segundo capítulo da pesquisa, examina-se a sentença como ato argumentativo-pragmático no tratamento das situações judicializadas. Já é assente no arcabouço jurídico nacional a legitimação do judiciário para imiscuir-se no controle de políticas públicas. A legitimação para isso é constitucional pelo dever de fundamentação das decisões judiciais. Entretanto, a otimização de princípios não pode ser invocada para se eximir do dever de fundamentar.

No terceiro capítulo, a atenção recai sobre a concretização normativa de Friedrich Müller, a premissa central do método é da norma jurídica não ser simplesmente o texto legal, e sim o resultado da interação entre o direito e a realidade a que se destina, o que se estabelece a partir do imperativo legal e com necessária racionalidade dos argumentos, suprimindo as deficiências dos outros métodos, e isso se insere como fortalecimento da credibilidade das instituições jurídicas.

A metodologia hipotético-dedutivo orienta a pesquisa, com ênfase na análise dogmática em que a discussão do Direito se coloca de forma analítica e normativa. O exame dos métodos de interpretação é utilizado para investigar a racionalidade das decisões. Por fim, a análise da metódica estruturante visa a contribuir para a equalização do problema funcional das técnicas atuais. Nas considerações finais, faz-se um panorama do cotidiano e marca-se a adoção dessa decisão estruturada, sem exaurir a repercussão positiva e interdisciplinar do assunto aqui trato, uma vez que o método visa a promover transparência nos critérios escolhidos no julgamento das lides, como um caminho a ser debatido e utilizado no dia a dia dos tribunais.

O novo modelo pós-positivista em que se insere Friedrich Müller, que reconhece toda linguagem como indeterminada, e que o sentido é esclarecido diante do caso concreto, se insere no pensamento hermenêutico filosófico de Hans Georg Gadamer e sua guinada linguístico-pragmática, embora o método de Müller seja argumentativo e procedimental.

De modo que a teoria da argumentação está submetida a padrões e parâmetros de controle, que permitem um diálogo intersubjetivo em que sejam aferíveis os critérios racionais usados pelo intérprete do direito, ou seja, um diálogo aberto no qual todos os atores participam e são iguais a fim de minimizar vícios do judiciário.

1. MÉTODOS TRADICIONAIS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS E ABUSO DO SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS

No cotidiano dos magistrados, é comum a diferença entre o que está previsto no texto legal e o acontecimento do mundo real, embora seja ínsito ao julgador impor escolhas para solucionar a questão, frequentemente as oportunidades de se tornar o “Juiz Hércules” vulnera a segurança jurídica. A subsunção, como análise fática e aplicação de regra, mostrou-se insuficiente para proteger valores plurais em um seio social diversificado.

De fato, não há mais espaço no estágio de desenvolvimento atual para decisões judiciais fundamentadas em decorrências de causa e efeito com o texto legal, uma relação lógica de subsunção mecânica que não capta do texto da lei sua polissemia. O texto legal, que contém diversas possibilidades de leitura, interage com o contexto social a que se destina e o julgador delimita o sentido e alcance da norma jurídica.

Nesse sentido, a aplicação imoderada dos métodos de otimização, sopesamento e proporcionalidade acaba desviando a atenção de eventuais problemas e dificuldades na chamada legitimação da decisão. O grande debate provém do déficit democrático do judiciário, qual seja, a discussão da legitimação dos juízes. Isso porque o uso dos métodos ou entendimento jurisprudencial de forma descontextualizada poderia favorecer a imposição de preferências do julgador. O entendimento atual é que a solução surge do desenvolvimento de uma argumentação coerente e consistente.

Um dos principais argumentos críticos sobre tais métodos, conforme ensina Virgílio Afonso da Silva¹, é a forma aberta por demais do método e que se prestaria a justificar qualquer opinião sem maiores fundamentações. Quanto à otimização, no que se refere aos direitos fundamentais, o critério de escolha de qual preceito fundamental deve prevalecer, prescindindo de uma argumentação criteriosa, não passaria de preferência da subjetividade do magistrado.

¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: Macedo Jr., Ronaldo Porto e Catarina, Helena Cortada Barbieri (org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.365.

A metódica de Friedrich Müller² visa à formulação de uma decisão com estrutura clara, critérios objetivos que possibilitem análise racional e sem esconder decisionismo moralista do julgador. O que se pretende afastar são as formulações genéricas repletas de fórmulas retóricas, que inviabilizam a análise com maiores detalhes e contextualizações na aplicação do direito ao caso concreto.

No entendimento de Habermas³, especialmente no capítulo 6 de sua obra *Between Facts and Norms: Contributions to Discourse Theory of Law and Democracy*, debatendo as contribuições de Dworkin quanto à inserção da moral no Direito, afirma a necessidade de decisões racionais embasadas na razão com argumentos motivados que satisfaçam a exigência de validade. Ele prossegue asseverando que a moral no Direito deve tender a universalização e não ao caso isolado.

Embora seja crítico ao julgamento apenas com base no sopesamento e na proporcionalidade por pensar que essa flexibilidade poderia supor desnecessidade de fundamentação, Habermas⁴ entende que a interpretação de princípios e valores deve ser feito como aquela das normas ordinárias.

Assim, o emprego de escolhas faz sobressair a amplitude do julgador para decidir questões por meio do sopesamento e o leque de opções a ser feita com perda da legitimidade de quem não foi democraticamente eleito.

De outro lado, o método de Friedrich Müller⁵ estabelece regras e ônus ao julgador para que a argumentação da decisão seja objetiva e sensível o suficiente para diferenciar o que é admissível na solução jurídica proposta no âmbito social. Para ele, “concretizar” significa “produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma demonstração e de um estado de direito”. Esse ajustamento lapida a grande variedade de razões e ações do julgador.

Obviamente a Metódica Estruturante não visa a eliminar totalmente o aspecto da autoridade de quem decide, seria impossível. No cotidiano dos tribunais há várias alternativas plausíveis a serem seguidas para se tomar uma posição, o que é feito por meio de uma imposição que dirime a dúvida jurídica do caso.

O caminho a percorrer para chegar ao ato final do magistrado de escolha é que deve ser juridicamente expresso por meio de entendimentos ponderados e construído amparado na

² MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. Tradução Dimitri Dimoulis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 10-13.

³ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1999, p. 238-286.

⁴ *ibidem.*, p. 259.

⁵ MÜLLER, op. cit; 2013, p. 197.

realidade social, no direito posto e argumentação racional. Trata-se de critérios e parâmetros para construir a argumentação do julgador.

Como ensina Ana Paula de Barcellos⁶, notadamente a racionalidade trabalhada nas ciências sociais não é aquela das ciências exatas, não se trata de exatidão do cálculo. E isso nem mesmo os positivistas buscavam. Por certo a norma não consegue prever todas as hipóteses sociais em seu campo de abrangência, restando espaços imprecisos que devem ser preenchidos pelo intérprete do direito.

Assim, o conhecimento racional obtido no Direito carrega em si a marca de intersubjetividade apoiada nos doutrinadores quanto à viabilidade de uma afirmação, isso para que o resultado obtido seja comunicável e aferível no arcabouço teórico.

O sopesamento e a otimização não podem servir de azo a decisões carregadas de opiniões e vontades do juiz, ainda que as acompanhem justificações de aparência jurídica. A aplicação desmedida desses métodos os torna como instrumentos puramente arbitrários e sem maiores justificações. O que se afirma fica ainda mais evidente quando se aplica a situações semelhantes soluções diversas, ou seja, um grau maior de imprecisão e insegurança jurídica, uma vez que o intérprete estaria livre para afastar, por meio de princípios, essa ou aquela regra legal.

Esse modo de interpretar, ainda que no contexto do pós-positivismo, mais se aproxima de formas de aplicação do chamado “Direito livre”, sem limites impostos pelo Estado Democrático, e privilegia o casuísmo desvinculando da norma.

2. A INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA A EFETIVAÇÃO DAS NORMAS E SUA PRODUÇÃO DE EFEITOS

Ultrapassa em muito os limites deste trabalho enveredar pelos embates da teoria filosófica hermenêutica e, de outro lado, das teorias procedimentais argumentativas ou discursivas. A abordagem do trabalho procura dar pragmatismo às ferramentas passíveis de uso no cotidiano do magistrado.

A justificação das decisões judiciais não é apenas mérito de um magistrado virtuoso. O artigo 93 inciso IX da CRFB/88⁷ impõe a necessária fundamentação para que sejam lançadas via uma argumentação impregnada pela racionalidade jurídica posta. Assim, uma decisão

⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p 54.

⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

pautada em normas e princípios constitucionais, que abrace o caso concreto e sua interação com os anseios sociais, produz decisões pertinentes à realidade de sua aplicação.

Conquanto superado o positivismo estrito, é equivocada a ideia de se desvincular do texto legal, o que de fato é contrário ao Direito e à metódica estruturante, que demonstra avanços nesse campo árido e é essência de uma norma judicial.

O risco de alvedrio se apresenta dirimido ante a criteriosa fundamentação das decisões judiciais, permitindo controle da juridicidade manifestada na argumentação e a fiscalização sobre as etapas processuais na construção pelo juiz da sentença, que é também feita pelos interessados que participam do processo, pelos membros do Ministério Público, pelos Advogados, pelos órgãos disciplinares, pelos órgãos recursais de grau superior, pela imprensa e pelo povo.

Há que se recordar, também, a orientação que emerge nos precedentes do STF⁸, a admissão de aplicação direta dos princípios constitucionais supõe situações limites, em que não se crê mais nada, por conseguinte o sopesamento de princípios encontra aplicação excepcional sem dispensar detida análise dos contextos sociais e técnico-jurídicos.

Entretanto, essa posição de deferência não é unanimidade. A esse propósito ressalte-se o magistério de Luís Roberto Barroso⁹ que defende a aplicação dos direitos fundamentais de forma imediata, independentemente de intermediação legislativa. Ele Leciona que: “a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos pode e deve prescindir do mandado de injunção como instrumento de sua realização”.

De outro extremo, no discurso do formalismo jurídico, às vezes produzindo sentenças com legalidade, mas sem justiça, que reduz o direito de forma positivista à letra da lei e tolera decisões materialmente injustas, o que também não cumpre a produção de efeitos jurídicos, acaba por fracassar com normas válidas e sem eficácia, uma vez que tenta engessar o meio social a que se destina por desprezar a dinâmica ínsita do humano.

Na lição Garantista de Alexandre Morais da Rosa¹⁰

Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados,

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF: Decisões*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&-pagina=decisoeginicio>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. amp. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 263.

¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* (Teoria geral do Direito). Florianópolis: Habitus, 2003, p. 15.

efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais.

Contrários a esse viés crítico do atuar do juiz como colmatador das lacunas entre as normas programáticas e seus efeitos sociais, os críticos do Ativismo Judicial constroem premissas teóricas de raízes históricas absolutistas, na qual o magistrado, escolhido entre os nobres, apenas sofria restrições nos casos em que julgaria interesses dos monarcas. Na investigação histórica de Dalmo de Abreu Dallari¹¹, o autor aduz a preocupação desses críticos com um exacerbado decisionismo que poderia surgir do Ativismo Judicial.

A metódica estruturante de Friedrich Müller¹² dispõe de condições para se averiguar a construção racional da decisão judicial, o que é também uma das exigências contemporâneas frente às incertezas das respostas tradicionais, que já cambaleiam como fontes seguras de referência e ordem frente aos escândalos e desmandos na cúpula do judiciário, muitas vezes aparentando estar nos dois lados quando se fala em repressão à corrupção sistêmica. Busca-se a segurança frente ao risco e à oferta de escolhas múltiplas do mundo informatizado como efeito da pós-modernidade, de modo a vincular a atividade interpretativa à racionalização metodológica e procedimental.

No contexto nacional, dirimindo parte dos riscos do decisionismo temido no pós-positivismo, alguns parâmetros traçados pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 são depositários de confiança como fonte de referência para um controle democrático do aparato judicial. A referida emenda procura, de certo modo, uma homogeneização do treinamento e da qualificação dos magistrados.

Talvez, como nunca, a respeito da defesa dos direitos fundamentais, a EC nº 45/04 tenha tornado mais democrático o acesso ao judiciário, porque a novidade não está tanto na figura disciplinar do CNJ, tendo em vista que já havia as corregedorias dos tribunais, mas sim na formação de um Poder Judiciário que visa a uma identificação contemporânea de transparência nas ações dos magistrados. Enfim, a mira que se propõe é a normativa, mas a questão objetivo-material não é desconsiderada, portanto o foco de aperfeiçoamento se reanima e alastra.

¹¹ Dalmo de Abreu Dallari em sua obra: *O Poder dos Juízes*, tecendo críticas à formação dos intérpretes do direito, aduz que frequentemente para a academia a posição de neutralidade dos julgadores é apontada como um dos fundamentos da legitimidade das decisões judiciais. A desconstrução é feita no sentido de se evitar uma posição de apatia do magistrado, mas reiterá-lo de suas contribuições para o progresso social.

¹² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de Direito Constitucional*. Tradução Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 108.

A questão preponderante que o estudo demonstra, é a crítica sobre a legitimação democrática do magistrado para apreciar o cumprimento de um direito prestacional em detrimento dos atores eleitos pelo voto do povo, o que a doutrina procura resolver com o dever de fundamentação das decisões, a isso a metódica estruturante acrescenta qualificação técnica. Essa preocupação com a qualificação técnica e o acesso ao judiciário, é uma das respostas possíveis para compreender a limitação da festa técnica de sopesamento, diante de decisões que impõem uma obrigação de fazer sem previsão estrita em letra de lei.

Não obstante os entraves à aplicação direta dos princípios constitucionais, isso porque historicamente não há coerência normativa e técnica para se prescindir de uma mediação concretizadora. Como exemplo, veja-se que o art. 1º, III, da CFRB/88¹³, que eleva o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos alicerces do Estado Brasileiro, é pedra angular pela literalidade daquele artigo e, ainda, pela localização topográfica no Texto Magno, seja um descumprimento por omissão ou por política pública incompleta e aquém do mínimo existencial, esse princípio se prestaria a justificar qualquer posição do julgador.

De fato, a decisão judicial como ato argumentativo-pragmático tem feito frente a crescente juridicização de questões políticas marginalizadas pelos congressistas. O Ativismo Judicial surge em meio à passividade ou desinteresse dos políticos em normatizar questões sociais emergentes, e para esse novo desafio será necessário aperfeiçoamento das técnicas.

Em outros termos, quanto aos direitos prestacionais, ao manejar a ação exigindo a fruição de determinado direito, o entendimento do indivíduo de que o Poder Público tem uma obrigação é pressuposto implícito/lógico. Ora, se o particular exige é porque acredita numa contraprestação por parte do Poder Público. Para dizer se o magistrado pode ou não fazer, é preciso analisar a própria obrigação. Identifica se realmente existe a obrigação e qual a sua dimensão e a perspectiva da produção de efeitos de sua decisão.

Como se vê, o lugar do julgador diante do caso concreto é estrutura e concretizar o procedimento racionalizado de produção da norma, que para Müller é a norma apta a fazer justiça, sendo que a norma como produto do Poder Legislativa não é mais um ponto acabado para ser declarado, mas sim a partida para uma decisão constitutiva.

É certo, também, que a metódica estruturante é destacada neste trabalho, tendo em vista o sentido de alternativa ao positivismo estrito e o rechaçar do excesso de decisionismo. Esse aspecto é notório, pois o autor alemão parte do texto legal e o expande a realidade fática a fim de obter a norma aplicável. Destarte, seu método não apresenta uma teoria de aplicação

¹³ BRASIL. op. cit, nota 7.

do direito de forma ilimitada (“direito livre”), mas impõe ao magistrado limites concernentes ao próprio Estado de Direito e da Democracia. O objetivo é garantir a prolação de decisões racionalmente fundamentadas e com parâmetros de controles impostos pelo próprio ordenamento em si e na realidade constitucional.

3. TEORIA ESTRUTURANTE: PROCEDIMENTO DE PENSAR A DECISÃO E SEGURANÇA JURÍDICA

O ponto brilhante do método é se basear em um procedimento orientado a ser seguido para obtenção da norma no caso concreto. Essa estruturação utilizada pelos magistrados no cotidiano confere legitimação por meio de argumentos que sejam aferíveis racionalmente e pela demonstração racional do percurso seguido para obter a decisão.

Na construção deste capítulo, leva-se em conta a delimitação doutrinária dos requisitos para ingerência do juiz ao determinar o modo de fruição de um direito assegurado constitucionalmente. Já é assente na arena acadêmica a possibilidade do controle judicial de políticas públicas, veja-se por todos o trabalho elaborado pelo juiz capixaba Américo Bedê Freire Júnior¹⁴, que em sua dissertação de mestrado fez importantes avanços na seara do controle judicial de políticas públicas.

As novas formas de leitura dos textos constitucionais a partir de meados do século XX abarcam diferentes métodos de aplicação do direito. Sem olvidar que pela sociedade globalizada em si, as próprias teses jurídicas acabam dialogando experiências, o que é um movimento natural e adquire uma maior visibilidade nos tempos atuais. Note-se que não há necessariamente um ponto de concordância entre os diversos métodos.

Portanto, é necessário que o provimento judicial seja efetivo, construído amparado na justiça material e com base nas prioridades e sentir da sociedade. Tudo isso tem a ver com a opção feita na Carta política 1988. Constituição que Sarmiento e Souza Neto¹⁵ com maestria ensinam ser ela classificada como dirigente:

[...] são constituições ambiciosas, que incorporam direitos prestacionais e diretrizes programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais. Ademais, elas não tratam apenas da organização do Estado e das suas relações com os indivíduos, mas também disciplinam relações privadas, enveredando por temas como economia, relações de trabalho, família e cultura.

¹⁴ FREIRE Jr. Américo Bedê. *O Controle judicial e políticas públicas*. 2004. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito), FACULDADES DE VITÓRIA – FDV, Vitória – Espírito Santo, 2004.

¹⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.87.

A opção pela metódica estruturante é feita tendo em vista o interesse de Friedrich Müller por países em desenvolvimento como Brasil e África do Sul, democracias recentes onde o autor pesquisou e consolidou sua tese. Esses países, à época dos estudos, estavam em transição para constituições democráticas em oposição a regimes constitucionais outorgados. Por certo, para experimentação da teoria de concretização das normas, uma vez que sua doutrina confere ao intérprete um roteiro para pensar a decisão, encontrou nesse ambiente fecundo de transição e incertezas um meio transparente para atuação do magistrado a fim de afastar as inseguranças das interferências políticas escusas de outrora, se se pode dizer outrora.

O método concretizador procura superar a interpretação de cunho subjetivista reconhecendo que toda a linguagem é indeterminada, sendo o seu sentido aclarado no caso concreto. Agregue-se a esse entendimento a opinião de Branco e Mendes¹⁶ para quem o método concretizador parte da premissa de que o intérprete tem uma pré-compreensão do texto legal e que concretiza a norma em uma dada situação histórica:

[...] para obter o sentido da norma, o intérprete arranca da sua pré-compreensão do significado do enunciado, atuando sob a influência das suas circunstâncias históricas concretas, mas sem perder de vista o problema prático que demanda a sua atenção. O intérprete estabelece uma mediação entre o texto e a situação em que ele se aplica. Como salienta Canotilho, essa “relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete [transforma] a interpretação em movimento de ir e vir (círculo hermenêutico).

É uma análise do procedimento de realização do Direito no processo de expedição da sentença, no plano jurídico o ser kantiano surge da absorção dos dados da realidade, ou seja, do deve-ser. Melhor dizendo, a norma passa a ser uma produção de um processo que considera o texto da regra legislativa e a realidade social. Dessa forma, afasta-se da ideia positivista de norma hipotética na qual a realidade da vida deve se adequar.

Mais ainda, a metódica de Müller¹⁷ procura afastar a sobreposição do Poder Judiciário aos demais Poderes, procura, por meio da concretização das normas constitucionais, a efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque, a orientação hermenêutica de Müller privilegia o contexto pós-positivista e pressupõe a preservação dos princípios republicanos e democráticos do Estado.

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. Atual, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99.

¹⁷ MÜLLER, Friedrich.. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 16-17.

O autor ressalta ainda que a interpretação constitucional assume importante papel no sistema democrático. E assim é porque o método concretizador de Friedrich Müller¹⁸ é normativamente orientado a partir da Carta Política. Ademais, o trabalho do julgador é considera os textos legais como sendo pré-formas da norma jurídica, norma essa que deverá emergir do caso concreto.

Friedrich Müller¹⁹ aduz que nas sociedades pós-modernas a existência de uma Constituição e sua aplicação estrita e vinculada à subsunção mecânica não é mais suficiente para soluções dos problemas sociais. O intérprete do direito tem se deparado com novas formas de entendimento das questões jurídicas para aplicação no caso concreto.

[...] a norma jurídica é mais do que o seu teor literal. O teor literal funciona, de acordo como o tipo de norma, de maneiras distintas, como diretriz e limite da concretização admissível. A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não único da implementação de sinais de ordenamento normativo em casos determinados. Por isso não mais devemos falar de interpretação ou explicação, mas sim de concretização da norma

Como se vê, o papel do Poder Judiciário é delimitar o alcance do sentido de uma norma em cada caso concreto. Müller²⁰ aduz que a normatividade de uma norma não decorre apenas do texto legislativo, esse sendo apenas o ponto de partida, mas é ainda influenciada pelos dados reais da questão em julgamento. Admitindo-se ainda a existência de casos em que o texto legislativo tem uma clareza, mas não é desde já aplicável.

Respeitando-se os textos elaborados pelos representantes do povo, a norma é dada em conformidade com os padrões aceitos pelo texto legal, comprometido com o Estado de Direito e a democracia, e esse é um dos elementos do processo estruturante da normatividade em Müller²¹.

Nesse sentido, escreve Sarmento e Souza Neto²²:

Para Müller, por exemplo, os elementos do âmbito normativo são hierarquicamente iguais aos elementos de interpretação textual. No entanto, os elementos de interpretação do texto tem precedência no que se refere à fixação do 'limite de resultados admissíveis' no processo de concretização constitucional. A interpretação gramatical e a interpretação sistemática devem fixar os limites para a decisão

¹⁸ Ibidem, p. 52.

¹⁹ Idem, op. cit; 2013, p.103-108.

²⁰ Ibidem, p 107.

²¹ Ibidem, 203. Assim, para Müller a distinção que estabelece em sua teoria entre texto normativo e norma, requer do julgador uma postura ampliativa da leitura do texto normativa que transborda os métodos tradicionais de Savigny.

²² SARMENTO, op. cit., p. 238.

Posto isso, o método estruturante se desvincula das teorias denominadas de “Direito livre” que sustentam a aplicação do direito sem base no texto da norma através de argumentos juspolíticos. A aposta consiste na prática de um direito normatizado com elementos interdisciplinares que limitaram a ocorrência do decisionismo crônico.

O método concretizador procura superar a interpretação de cunho objetivista reconhecendo que toda a linguagem é indeterminada, sendo o seu sentido aclarado no caso concreto. O método estudado parte da premissa de que o intérprete tem uma pré-compreensão do texto legal e que concretiza a norma em uma dada situação histórica. E assim é para que a norma seja capaz de produzir efeitos e possuir normatividade.

Nesse viés, o julgador tem papel cooperativo no processo de concretização dos direitos fundamentais, ficando responsável, de forma racional e fundamentada no arcabouço jurídico posto, pela manifestação de uma tutela judicial, no âmbito da norma, que concretize o direito apreendido nas normas programáticas, em especial os fundamentais de cunho social que demandam uma obrigação de fazer.

CONCLUSÃO

A travessia desse século tecnológico evidencia que o direito não pode mais ser o mesmo e nem o juiz se vale unicamente da tradição. No cotidiano os pedidos estão envoltos em novos direitos, disciplinados de forma aberta por normas de conteúdo indeterminado, impondo ao julgador uma postura ativa.

A teoria de Friedrich Müller aqui trabalhada não é a solução pronta e inquestionável que resolve todos os males, como nenhuma outra teoria é. O que a torna mais palatável é o fato de compreender a normatividade como um processo estruturado, e isso a torna substancialmente coerente para obtenção de resultados defensáveis.

Nas sociedades pós-modernas, a existência de uma Constituição e sua aplicação estrita e vinculada a subsunção mecânica, não é mais suficiente para soluções dos problemas sociais. O intérprete do direito tem se deparado com novas formas de entendimento das questões jurídicas para aplicação no caso concreto. Assim, o trabalho do julgador é considera os textos legais como pré-formas da norma jurídica, norma essa que deverá emergir da interação entre o âmbito de incidência da lei e o caso concreto.

Esse trabalho põe em evidência a necessária incorporação gradativa dos direitos prestacionais à vida dos indivíduos na forma prevista na CRFB/88, que, diante do olhar pós-

positivista, é classificada como dirigente, muito embora tal gradação não possa ser obstáculo à implementação do mínimo existencial que, como visto, é a razão de ser do Estado.

Na teoria de Friedrich Müller é valorizado o aspecto orientador que o arcabouço jurídico pátrio tem, em conformidade com a realidade social, para a aplicação das normas constitucionais programáticas. Diante da ausência de manifestação do legislativo, a norma deve surgir de um processo dinâmico no qual o magistrado resolve o caso concreto, extraindo o sentido do texto constitucional e complementando-o com a leitura da adequação social a fim de expedir o texto-moldura a ser aplicado.

Não menos importante, está o diálogo com distintos setores do Poder Público que podem influir nas questões de ordem prática. Soma-se a isso também, com as modificações da EC nº45, a participação popular por meio dos legitimados na lei, movimentos organizados e técnicos no assunto versado, o que favorece a produção de decisões mais próximas do conceito de justiça. Como se vê, as ponderações doutrinárias afastam a chamada ditadura do judiciário, considerando que não há qualquer registro histórico de tal evento.

E mais, os juízes não devem se limitar a escutar as partes, têm que incidir sobre as formas de desrespeito com a eficácia dos direitos fundamentais determinados pela Constituição. Partindo do texto legal, que é plurissignificativo, se extrai o âmbito da norma, que é a amostra da realidade social vinculada à interpretação da lei. Segue-se uma argumentação jurídica capaz de legitimar as opções feitas pelo intérprete, a qualificação jurídica dos fatos e, por fim, emerge a norma jurídica na sentença.

Enquanto os políticos se mantêm na mídia dando suas opiniões em termos gerais e não se tem nenhuma incidência em termos práticos de políticas eficazes que visem ao mínimo existencial, o magistrado munido de formação técnica e apropriada coloca em prática os direitos previstos na Constituição Federal. Sabe-se, também, que neste desiderato o magistrado é norteado pelo Estado Constitucional Democrático de Direito que é indispensável a legitimação de suas decisões.

O grande feito de Friedrich Müller consiste em demonstrar as vantagens e qualificar a complexidade polissêmica do texto legal, e, a partir disso, o caráter pragmático de se aplicar o Direito derivando a decisão normativa do sentido do texto e da realidade social em que se manifesta o caso concreto.

Desse modo, o magistrado protagoniza um processo em que se destaca da legislação, pela argumentação lógica e coerente, o programa e o âmbito do texto legal aplicável, prossegue extraindo os fatores extralinguísticos, ou seja, o contexto fático, e decide pela norma aplicável entre as partes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Contramajoritário, Representativo e iluminismo: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Direito & Praxis, Rio de Janeiro, Aheadofprint. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF: Decisões*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge, Mass: MIT Press, 1999.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de Direito Constitucional*. Tradução Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. Tradução Dimitri Dimoulis et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. *Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SIECKMANN, Jan-R. Sobre la fundamentación de juicios ponderativos. In: *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. b. In: Macedo Jr., Ronaldo Porto; Catarina, Helena Cortada Barbieri (org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.