

PÓS POSITIVISMO: uma nova era nas decisões judiciais

POST-POSITIVISM: a new era in judicial decisions

LIMA, Cleiton Aparecido Correa de ¹

VÁZ, Queiliane Vieira Mendes ²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo expor de maneira sucinta e didática a corrente doutrinária denominada de pós positivismo. Explanando didaticamente o seu conceito, as premissas para sua adoção nas decisões judiciais e traçar um paralelo com sua corrente antagônica, o positivismo. Tal pesquisa se mostra mui relevante, haja vista o crescimento da adoção do pós positivismo entre os juízes, sobretudo no Supremo Tribunal Federal. Tamanha modificação se constituiu em um campo fértil para o debate doutrinário acerca da legitimidade ou não de decisões que transcendam a clássica noção do Direito Positivo, algo de enorme impacto no Direito brasileiro, haja vista a preponderância esmagadora que a doutrina positivista teve durante décadas no pensamento jurídico nacional, tais discussões serão trazidas à baila neste trabalho.

Palavras-chave: Positivismo. Direito. Doutrina. Judicial.

ABSTRACT

This project aims to present in a succinct and didactic way the doctrinal current called post positivism. Explicitly explaining its concept, the premises for its adoption in judicial decisions and draw a parallel with its antagonistic current, positivism. Such research is very relevant, given the growth of post-positivism adoption among the judges, especially in the Federal Supreme Court. Such a modification has become a fertile field for the doctrinal debate about the legitimacy or not of decisions that transcend the classic notion of Positive Law, something that has a huge impact on Brazilian law, given the overwhelming preponderance that positivist doctrine has had for decades in thought national law, such discussions will be brought to light in this project.

Keywords: Positivism. Right. Doctrine. Judicial.

INTRODUÇÃO

Transformação, uma palavra que gera múltiplas reações em quem a ouve e principalmente naqueles que presenciam a sua passagem de verbo a ação concreta. No

¹ Acadêmico(a); Curso de Direito pela FADAF – Faculdade de direito de Alta Floresta - MT e-mail: <cleiton_af123@outlook.com>

² Bacharel em Direito pela FADAF – Faculdade de direito de Alta Floresta - Advogada e Professora de Direito da Faculdade de Direito de Alta Floresta (FADAF), Especialista em Direito do Trabalho, pela Universidade Candido Mendes (UCAM)). E-mail: <qmadvocacia@hotmail.com>

Direito, as transformações, sejam elas quais forem, causam um verdadeiro cataclismo entre os doutrinadores, dividindo velhas correntes de pensamento, criando novas e principalmente, proporcionando ferrenhos debates na seara jurídica.

Nesse ínterim, uma transformação que traga à luz uma nova corrente doutrinária, cujas premissas básicas são diametralmente opostas àquelas da doutrina consolidada, não passaria sem ser notada, levando à intensas batalhas doutrinárias, com juristas tomando posição de parta a parte.

Desta feita, a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), cujos princípios basilares promovem um Estado de Bem Estar Social, trouxe consigo uma nova corrente doutrinária, mui influenciada pelas experiências européias de meados do século XX, o chamado Pós Positivismo floresceu à medida que a CF/88 promovia um novo tipo de Estado, baseado em direitos comuns à todos desde o nascimento, devidamente protegidos pela Constituição e em grande parte providos pelo próprio Estado.

Ademais, a atuação do Supremo Tribunal Federal, que na última década tem se mostrado simpático aos pós positivismo, colocou em xeque a já tradicional doutrina positivista brasileira, que domina o cenário jurídico nacional a pelo menos um século. Tamanha transformação possibilitou decisões judiciais que em um Tribunal positivista seriam impossíveis, trazendo à baila discussões acerca do conceito de Direito, suas fontes, e como aplicá-lo de modo correto ao caso concreto.

Por fim, o debate entre positivistas e pós positivistas põe em voga questões muito profundas acerca da interpretação das leis, sobretudo a Constituição Federal, além da separação dos poderes e os limites de atuação do Judiciário em face do Legislativo

1 O DIREITO COMO CIÊNCIA

Antes de adentrar nas discussões acerca do Pós Positivismo, cabe uma breve explanação acerca do que seria o Direito, esclarecendo termos e questões de conceito. Há de se ressaltar que existem inúmeros conceitos do que seria o Direito, cada qual partindo de um ponto diferente. Nesse caso específico, ressalta-se o Direito como ciência, como ensina a antiga tradição Romana. Partindo do *ius* de Roma, há o seguinte conceito:

O Direito, como ciência, enfeixa o estudo e a compreensão das normas postas pelo Estado ou pela natureza do Homem. O Direito não se limita a apresentar e classificar regras, mas tem como objeto analisar e estabelecer princípios para os fenômenos sociais tais como os negócios jurídicos; a propriedade; a obrigação; o casamento; a filiação; o poder familiar etc (VENOSA, 2009, p.09).

A valiosa lição de Sílvio de Salvo Venosa traz duas questões muito importantes acerca do que seja Direito. A primeira de ordem puramente objetiva, o Direito como ciência, se presta à análise das leis, sobretudo as postas pelo Estado com fins de regular o convívio dos cidadãos. Nesse quesito, o Direito se apresenta muito ligado à noção Positivista, que preconiza um Direito estatal devidamente codificado, formal, separando a moral e seus caracteres subjetivos, do Direito puramente objetivo.

A segunda questão é de caráter subjetivo, ao estabelecer princípios básicos para os fenômenos sociais, o Direito é influenciado por questões morais subjetivas (de origem religiosa, filosófica, cultural e etc). Há nesse ponto uma inequívoca ligação com a noção Pós Positivista de que o sentido do Direito extrapola os limites da lei escrita, estando presentes questões morais que devem ser levadas em consideração pelo julgador na aplicação do Direito no caso concreto.

A breve análise do conceito dado por Venosa mostra que, apesar da divisão entre as doutrinas, Positivismo e Pós Positivismo se encontram entrelaçados no próprio conceito de Direito, cada qual inserido por meio de seus caracteres específicos, a objetividade formal positivista, e a subjetividade moral pós positivista.

Nesse sentido, não há melhor teoria e conceito de Direito que expresse essa convivência entre as doutrinas, do que a Teoria Tridimensional de Miguel Reale. Para o grande jurista paulista, o Direito não é mera abstração advinda do Estado, se trata de uma realidade cultural concreta muito bem edificada sobre três pontos básicos: fato social, valor e norma. De um modo perspicaz, Reale lançou mão de sua própria teoria acerca do Direito, unindo ideias que antes permaneciam distanciadas em obras de outros autores. Sua teoria pode ser expressada seguinte forma:

Em linguagem mais singela, ao fato social atribui-se um valor, o qual se traduz numa norma. Nesse triângulo ou, mais propriamente, nessa dimensão tridimensional, sob qualquer das faces que se analise, sempre haverá essa implicação recíproca. Analisando-se pelo lado da norma, por exemplo, esta é fruto de um fato social ao qual foi atribuído um valor. Esse valor pode não ser, inclusive, o mais adequado ou o que melhor atende à sociedade. Sob o entendimento de Reale, há um mundo do *ser* que avalia a realidade social como efetivamente é; há um mundo de ideias e valores e um mundo do *dever-ser*, um modelo social almejado (VENOSA, 2009, p. 65).

A Teoria Tridimensional de Miguel Reale traz novamente a ideia de uma convivência entre Positivismo (a norma), e o Pós Positivismo (juízos de valor), dentre o mesmo conceito de Direito. Assim, se torna claro que o Direito enquanto ciência engloba em seu conceito

doutrinas que nos dias atuais se mostram conflitantes, mas que em um âmbito geral se mostram perfeitamente inseridas na ciência jurídica.

1.1 Fontes clássicas do Direito

À primeira vista, o Direito seria composto basicamente pela lei, esta que advém do Estado, com escopo de regular as relações humanas, é a maior fonte do Direito, não sendo, porém, a única. Cabe ressaltar a enorme divergência doutrinária acerca das fontes do Direito, havendo inúmeras classificações, uma delas, e a mais relevante, divide as fontes em materiais (as instituições com poder legiferante, como Congresso Nacional, Assembleias Legislativas) e fontes formais (que podem ser definidas como meio de exteriorização do Direito). Aqui serão elencadas as fontes formais clássicas de maior aceitação pela doutrina dominante.

I) Costume: O costume é fonte do Direito desde tempos imemoriais. Torna-se fonte quando um uso praticado de maneira reiterada torna-se obrigatório. Assim, o costume deve se consolidar no meio social pela sua repetição, para que adquira a qualidade de obrigação, elevando-se à fonte do Direito. Caso não atinja tal obrigatoriedade, ficará restrito a apenas um mero uso sem força coativa.

Pelo exposto, o costume deve conter duas características primordiais para que se torne uma fonte do Direito:

Para que se converta em fonte do Direito, dois requisitos são enunciados como imprescindíveis ao costume: um de ordem objetiva e material, o *corpus*, qual seja, o uso continuado, a exterioridade, a percepção tangível de uma prática ou conduta; outro de ordem subjetiva ou imaterial, o *animus*, a consciência coletiva de obrigatoriedade da prática. Este último requisito é o aspecto distintivo do uso e de outras práticas reiteradas, como as religiosas e as morais. (VENOSA, 2009, p.126).

Do modo como Venosa (2009) expõe, cria-se uma falsa percepção de que o fenômeno da transformação do costume em fonte do Direito é algo simples. Na realidade, para que somente o requisito objetivo seja satisfeito, levam-se um tempo considerável. De modo geral, as sociedades são diversificadas demais para que seus cidadãos, separados por grandes distancias, pratiquem de maneira repetitiva exatamente o mesmo costume. Assim, deve haver um intercâmbio cultural entre as diferentes localidades para que o costume se difunda.

Cabe ressaltar o ponto positivo e mais relevante em relação ao costume. Por nascer no seio da sociedade, um costume está perfeitamente adequado à realidade social, e necessidades concretas que as pessoas têm em seu cotidiano. Sob esse aspecto, o costume por vezes é mais adequado que a própria lei, afinal, não são raros os episódios em que o Legislativo se afasta

dos interesses sociais, criando legislações que nada agregam à sociedade, não resolvendo questões de ordem prática, ou até mesmo criando transtornos à população. Por tal singularidade, em muitos casos o legislador acaba por positivizar o costume, o transformando em lei (VENOSA, 2009, p.127).

Por não serem obra do Legislativo, os costumes devem ser analisados em paralelo à lei. Desse tipo de análise surgem três tipos de costume: costume *secundum legem*, que são aqueles costumes segundo a lei, estão em total alinhamento com o texto legal, deixando por assim dizer de serem costumes, mas a lei em si. Costume *contra legem*, os chamados costumes contra a lei são atentatórios ao ordenamento jurídico. Se originam de práticas reiteradas que ferem a lei, podendo até mesmo levar um diploma legal ao desuso prático, há de se dizer que a prevalência de um costume em detrimento da lei escrita traria efeitos demasiados deletérios em uma sociedade tão ligada ao conceito Positivista como a brasileira. Por fim há os costumes *preater legem*, costumes que extrapolam os limites da lei. Em nosso ordenamento jurídico, o art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) estabelece, dentre outras fontes, os costumes como fonte do Direito em caso de lacunas da lei. Tais costumes então além dos limites das normas existentes, servindo para a aplicação do Direito no caso concreto quando houver omissão legislativa.

II) Jurisprudência: A aplicação do Direito proporciona um enorme grau de conhecimento acerca do ordenamento jurídico, a sociedade e o modo como o Direito deve (ou deveria) ser. Assim, as decisões dos tribunais podem se tornar fontes do Direito, na medida em que tais decisões são a expressão do Direito na prática, o modo como o ordenamento jurídico de uma nação realmente funciona.

Nesse íterim, a jurisprudência, que pode ser definida como “[...] coletânea de decisões proferidas por juízes e tribunais sobre determinada matéria [...]” (VENOSA, 2009, p.131)”, é elencada no rol das fontes formais do Direito. No entanto, como o Direito brasileiro é regido por uma predominância da doutrina Positivista, se consolidando o sistema de *civil Law* (advindo do Direito Romano-Germânico) as jurisprudências têm seu papel muito restrito, se compararmos com países adeptos do *Commom Law* (Direito costumeiro) como Inglaterra e Estados Unidos da América, onde os precedentes jurídicos possuem força semelhante à lei.

Dessa forma, no Direito brasileiro a jurisprudência como fonte do Direito tem sua importância no campo hermenêutico, sendo valiosa ferramenta para ajudar a interpretar determinadas normas e institutos jurídicos. Há de se ressaltar a criação das Súmulas Vinculantes, por meio da emenda constitucional nº 45 de 2004. Com o Supremo Tribunal Federal, de acordo com o art. 103-A da Constituição Federal, tendo o poder de aprovar

súmulas acerca de matéria constitucional, que vincularão os demais órgãos do Judiciário. Assim, em matéria constitucional com Súmula Vinculante a respeito, a jurisprudência tem sua importância elevada ao grau máximo, sendo obrigatória a sua aplicação. Há ainda as disposições dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015. Tais artigos versam sobre a uniformização da jurisprudência dos tribunais (art. 926), conferindo maior robustez e relevância ao entendimento jurisprudencial e eliminando divergências; e a observação das súmulas, acórdãos e entendimentos dos tribunais superiores pelos juízes e tribunais (art. 927), fazendo com que juízes e tribunais lastreiem suas decisões pelo teor da jurisprudência consolidada sobre determinadas matérias.

III) Doutrina: Além do entendimento dos tribunais, a opinião daqueles que escrevem sobre o Direito é de enorme relevância. Juristas, estudiosos, em suma os doutrinadores do Direito, que dedicam suas vidas ao estudo, e principalmente ao ensino da ciência jurídica, compilam seu conhecimento em livros, enriquecendo a chamada doutrina. A enorme dedicação no estudo e, sobretudo no ensino do Direito, proporcionou aos doutrinadores uma posição de destaque na seara jurídica: atuam como orientadores na interpretação e até mesmo criação de determinados institutos jurídicos. Durante o estudo na academia, os universitários, futuros operadores do Direito, têm contato com uma gama enorme de doutrinas, estas que irão lhes proporcionar o conhecimento necessário para que compreendam o Direito como ciência, para que, concluída a sua graduação, atuem de maneira eficiente e ética.

Assim, quando um juiz, advogado, promotor ou qualquer operador do Direito busca na doutrina a explicação necessária para determinado instituto jurídico, está se utilizando de uma das fontes formais do Direito. Fonte esta que se destaca por uma profunda tenacidade científica, afinal, se o Direito é uma ciência, só o é de fato por verdadeiros cientistas se debruçarem sobre ele, esmiuçando-lhe seus complexos institutos, e formando novas gerações de pensadores e profissionais.

Ademais cabe citar a enorme relevância da doutrina junto ao Legislativo, nos projetos de leis e emendas à Constituição que são debatidos no Congresso Nacional, há sempre a presença de ilustres membros da comunidade jurídica, doutrinadores renomados que auxiliam o Legislativo na criação de novas leis, lhes fornecendo sua experiência e sabedoria jurídica, propiciando um vasto acervo de informações sobre o Direito a senadores e deputados, que em inúmeros casos são extremamente leigos no que tange à ciência jurídica.

IV) Analogia: A legislação não cobre todas as possibilidades, dessa maneira quando a mesma é omissa surge a necessidade de integração. O julgador não pode se escusar de realizar

o seu trabalho, mesmo que esteja diante da total falta de leis à respeito da matéria. A analogia pode ser definida como:

[...] processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal. O julgador, juiz togado ou árbitro, pesquisa a vontade da lei, para transportá-la aos casos em que o texto legal não compreendia expressamente (VENOSA, 2009, p.140).

Assim: “A analogia é um recurso técnico que consiste em se aplicar, a uma hipótese não prevista pelo legislador, a solução por ele apresentada para um caso fundamentalmente semelhante à não prevista” (NADER, 2003, p.188 apud VENOSA, 2009, p.140).

Pelas definições de Paulo Nader e Sílvio de Salvo Venosa algumas características interessantes da analogia ficam muito evidentes. Em primeiro lugar, trata-se de fonte subsidiária, apenas utilizada quando a fonte primária (a lei) falhar. Outra característica interessante é o exercício necessário para sua aplicação, o juiz deve buscar o espírito, a real intenção da norma para aplicá-la a um caso semelhante.

Assim há dois tipos básicos de analogia. Uma denominada de analogia legal, em que o julgador, ao ser confrontado com a omissão irá observar alguma disposição legal semelhante, sempre buscando a real intenção do legislador, como objetivo de aplicar a norma subsidiária de forma correta. A outra é a chamada analogia jurídica, quando a analogia legal não obtiver êxito, caberá ao julgador analisar os princípios basilares de todo o ordenamento jurídico, as vigas mestras sob o qual todo o arcabouço jurídico fora erigido, para poder julgar o caso.

Por fim cabe salientar que a LINDB em seu art. 4º prevê a analogia como um dos meios para integração do Direito nos casos em que a lei for omissa. No entanto, tal disposição não se aplica a todos os ramos do Direito, com o Direito Penal rechaçando a analogia, estando ligado aos princípios da legalidade e anterioridade da lei penal, só havendo possibilidade de analogia se houver benefício para o réu.

V) Princípios gerais do Direito: Talvez seja a fonte de maior subjetividade e de difícil conceituação. Para a compreensão dos princípios gerais do Direito é necessário que muitas áreas do conhecimento sejam consultadas, tais como filosofia, sociologia etc. Podem ser definidos como: “[...] normas jurídicas universais ditadas pela razão (VENOSA, 2009, p.142)”. E: “[...] princípios que servem de fundamento e informa o Direito positivo de cada povo (YAGÜEZ, 1995, p.275 apud VENOSA, 2009, p.142)”. Ainda em sede de conceitos:

Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua

aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto de sua atualização prática (REALE, 1981, p.300 apud VENOSA, 2009, p.143).

Partindo dos conceitos arrolados anteriormente, os princípios gerais do Direito se apresentam inseridos no mundo jurídico em dois campos: permeando todo o ordenamento jurídico, servindo de guia para a interpretação e aplicação nos casos de omissão legal. E na elaboração das leis, com o Legislativo tendo que submeter seu poder legiferante aos princípios gerais, não podem transgredi-los ao editar novas normas.

De maneira inequívoca, os princípios gerais do Direito se encontram além da mera lei escrita, estando assim fora do escopo do Positivismo comum, estando ligado a uma ideia de Direito Natural. Tal característica limita a aplicação de tais princípios em países de forte influência positivista, em um sentido contra majoritário, a LINDB em seu art. 4º elenca os princípios gerais do Direito como uma das fontes para integração nos casos de omissão.

VI) Lei: Por último e não menos importante a lei. De todas as fontes formais do Direito, a lei é sem sombra de dúvidas a mais importante. Acima de qualquer regramento moral ou religioso, a lei rege a vida de todos aqueles submetidos à sua autoridade. Podendo ser entendida como: “[...] um mandamento escrito que transmite e indica ao homem determinada conduta ou posição (JUNIOR, 2002, p.38 apud VENOSA, 2009, p.77)”. Ou também: “[...] comando geral, abstrato e coercível, ditado pela autoridade competente (MACHADO, 2002, p.91 apud VENOSA, 2009, p.78).

Dos conceitos acima é possível extrair determinadas características marcantes da lei. Tais caracteres a colocam acima de meros regramentos morais, ou dogmas religiosos. Para a doutrina dominante, a lei se difere dos aludidos regramentos pois possui imperatividade, hipotecidade, generalidade, bilateralidade e coercibilidade. A chamada imperatividade confere à lei o poder de reger a conduta das pessoas. Assim, se um indivíduo cometer uma conduta típica, não poderá esquivar-se das consequências legais, mesmo que se encontre agindo de acordo com sua moral, ou regras religiosas, pois a lei é imperativa, está acima de todo e qualquer regramento não positivo.

Por reger a conduta das pessoas, a lei sempre atua no campo das hipóteses. Dessa forma, a hipotecidade são os juízos objetivos da lei, pois as hipóteses de condutas típicas são descritas pela mesma. Outra característica é a generalidade. A lei não existe para reger casos particulares, tal fato demandaria um número imenso de leis, tornando o processo judicial extremamente confuso. Assim, a lei deve abarcar o máximo de situações que puder, sendo oponível a um número ilimitado de cidadãos, sendo por definição geral e abstrata.

Nesse ínterim, cabe ressaltar a bilateralidade da lei, tal característica cria uma relação de direitos e deveres entre as pessoas, não podendo um indivíduo sobrepor seu direito por sobre o direito de outro. Ou ainda, fugir de suas obrigações legais, seja com outros indivíduos, seja com o Estado. Para que tal relação bilateral seja efetivada, a lei deve apresentar um grau de coercibilidade, ou seja, caso o indivíduo não cumpra com sua obrigação, ou de algum modo sobreponha seu direito sobre o de outrem, haverá a aplicação de uma sanção pré-estabelecida. A coercibilidade torna a lei o instrumento perfeito para a pacificação social, pois tendo todo um ordenamento jurídico elencando direitos e deveres, com sanções pré-estabelecidas e conhecidas por todos, não mais se faz necessário o uso de armas, força e violência para pleitear direitos e exigir o cumprimento de obrigações.

2 POSITIVISMO JURÍDICO

Dentre as duas escolas de doutrina jurídica com maior relevância, jusnaturalismo e positivismo, é bastante evidente que no Brasil a segunda escola doutrinária se consolidou como hegemônica. Mas o que vem a ser o positivismo? De modo muito simples, positivismo é a doutrina da lei escrita, do Direito positivado em códigos, muito bem divididos em capítulos. Assim, para a doutrina positivista, Direito é aquilo que está escrito na lei. A mais latente característica do Positivismo é a total exclusão dos juízos de valor do campo jurídico, pois se tais valores abstratos não foram devidamente positivados, é porque não são de interesse da sociedade. Em síntese:

O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar um ao outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que a sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas (BOBBIO, 1995, p.135).

Tal abordagem extremamente rígida é fruto da época de seu surgimento, no famigerado século XIX. Suas premissas básicas estão espalhadas nas obras de diversos filósofos, tais como Immanuel Kant (1724-1804), Hegel (1770-1831), Augusto Comte (1798-1857) dentre outros. Tais filósofos, cada qual a seu modo e sob determinada perspectiva, ressaltavam a importância e supremacia do Estado (Hegel), a racionalidade como ponto de partida para a tomada de decisões e criação de normas, havendo uma distinção entre a moral coletiva,

advinda da experiência e o Direito (Kant), e a necessidade de um estudo absolutamente técnica das ciências humanas (Comte).

Nesse ínterim, ao final do século XIX e início do XX, o maior de todos os positivistas, Hans Kelsen (1881-1973) lançou suas obras e influenciou ordenamentos jurídicos e milhões de juristas em todo o Ocidente. Sua maior contribuição fora sem dúvida seu sistema piramidal, organizando as normas jurídicas em uma hierarquia rígida e muito bem definida. Dessa maneira, acima de tudo está a Constituição, chamada por Kelsen de norma fundamental, pois todo o ordenamento jurídico abaixo deveria estar de acordo com seus ditames. Abaixo da Constituição estariam as demais normas (complementares, ordinárias, decretos, portarias etc.).

Dessa forma, Kelsen lançou mão da Teoria Pura do Direito, consagrando como Direito a lei escrita, com as outras fontes (jurisprudência, princípios gerais do Direito, costumes e analogia) só podendo ser utilizadas nos casos em que a própria lei permitir. Criou também um sistema de interpretação e resolução de conflitos entre leis baseados em um critério hierárquico, com a Constituição Federal acima de todas as demais normas, não sendo possível a violação dos ditames da Carta Magna por normas inferiores.

Por fim, cabe ressaltar a realidade política e ideológica em que o positivismo floresceu. Ao final do século XIX e até meados do século XX, o mundo assistiu ao nascimento do Liberalismo e conseqüentemente do Estado Liberal. Tal Estado tem como premissa básica a liberdade e mínima intervenção estatal nas relações humanas (em especial nas questões econômicas). Assim, um ordenamento jurídico positivado, de preferência em códigos específicos, traria certa estabilidade jurídica, fator imprescindível para o bom funcionamento de um Estado Liberal, pois os agentes sociais, sobretudo os agentes econômicos, sabem de antemão as regras bem definidas que regem as atividades humanas e estatais, podendo investir seu capital sem o temor de ser assolado por arbitrariedades e desmandos do Estado.

3 PÓS POSITIVISMO JURÍDICO

De maneira muito simplificada o Pós Positivismo pode ser conceituado:

[...] como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando de sua elaboração. No conjunto de ideias

ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética (BARROSO, 2009, p.381-382 apud MOTA, 2011, p.13)

Após décadas de domínio positivista, as realidades sociais e econômicas começaram a cobrar o preço pelo aparente “sedentarismo” doutrinário jurídico. O velho Estado Liberal já se mostrava ultrapassado. Tal mudança só veio a ocorrer com o mais sangrento de todos os conflitos humanos a Segunda Guerra Mundial (1937-1945). A total destruição provocada por quase uma década de guerra em âmbito global provocou mudanças enormes nas sociedades, sobretudo na Europa, principal continente afetado pela carnificina.

Assim, com toda a economia em cacos, instituir o Estado Liberal (lastreado na liberdade) não seria suficiente para prover as necessidades do povo. Nesse cenário desolador, surgiu um Estado de bem-Estar Social, em inglês *Welfare State*. Seu ponto mais relevante é nova posição do Estado, se antes havia a não intervenção, com os indivíduos livres para agirem, agora o Estado se coloca como provedor de diversos direitos básicos (educação, saúde etc), podendo intervir de maneira mais efetiva da vida privada dos cidadãos. Tal Estado é criado por meio das chamadas Constituição dirigente, que tem por principal característica trazer um plano de ação, uma proposta daquilo que se quer para o futuro da nação, em suma, traz um futuro hipotético que se quer criar por meio da Constituição.

É nesse ambiente de transformações que surge o pós positivismo. Pois, com o Estado se colocando na posição de devedor em relação à sociedade, é dever dos três poderes efetivar as garantias constitucionais, com os cidadãos se colocando como credores nessa relação, podendo acionar o poder que lhes convir para a satisfação de seu crédito. Nessa realidade os Tribunais constitucionais ganharam enorme relevância, pois é em sua sede que por diversas vezes a efetivação das garantias constitucionais ocorrem.

Nesse ínterim, o pós positivismo trouxe à baila uma fonte do Direito que encontrava forte resistência por parte da doutrina positivista: a equidade. Tal fonte está ligada à noção de justiça, tal noção traz os juízos de valor (tão rechaçados no positivismo) para o âmbito do Direito, podendo (de acordo com alguns doutrinadores) o juiz afastar a aplicação de determinada norma considerada injusta, para atender a um princípio de equidade.

Além da equidade, o pós positivismo consagrou diversos princípios como normas máximas do ordenamento jurídico, os chamados princípios de conceito indeterminado. Tais

princípios (isonomia, dignidade da pessoa humana etc.) possuem uma margem de conceituação muito ampla, praticamente indeterminada, obrigando ao juiz um exercício valorativo subjetivo com o objetivo de aplicar ou não tal princípio. Em geral, os princípios de conceito indeterminado se encontram no plano constitucional, sendo dessa forma, teoricamente invocáveis contra normas infraconstitucionais. Assim:

A preocupação do Estado em materializar os direitos enseja novos métodos de interpretar o texto normativo, os quais permite ao juiz uma maior liberdade quando construir uma decisão. Assim, não mais se admite uma interpretação na qual fica o julgador adstrito à literalidade da norma, faz-se necessário, por conseguinte, uma interpretação que atualize o texto da lei (MOTA, 2011, p.10).

A última e não menos importante característica do pós positivismo é a supremacia dos ditames constitucionais. Tal característica se assemelha à ideia de Kelsen de norma fundamental, mas difere desta no modo de aplicação. Se antes havia a subordinação da Constituição ao Parlamento ou Congresso, com suas disposições devendo ser objeto de deliberação legislativa para posterior efetivação via legislação infraconstitucional. Após 1945 tal situação passou a inexistir, com as disposições constitucionais não necessitando (normas de eficácia plena pelo menos) de nenhum impulso do poder Legislativo, podendo ser invocadas e aplicadas de pronto. Tal fato acabou por aumentar a relevância do Judiciário, transferindo incumbências que antes eram do Legislativo para os tribunais.

Em síntese: o pós positivismo se criou pela existência do Estado de bem Estar Social, trazendo os juízos de valor para o âmbito jurídico, por meio da aplicação da equidade e de princípios de conceito indeterminado, via aplicação direta da Constituição em casos concretos. Logo, a efetivação das promessas constitucionais passou ao âmbito dos tribunais, que passaram a decidir, em casos concretos, questões antes de ordem do Executivo e Legislativo, tais como políticas públicas sobre saúde, educação, moradia etc, questões relacionadas a direitos fundamentais, e por fim os casos de maior complexidade e impacto social que não foram objeto de deliberação legislativa, como aborto, casamento homoafetivo dentre outros. Tal mudança recebe o nome de judicialização, sendo um fenômeno observado em diversos países (Itália, EUA, França e muitos outros). Logo, a judicialização, em especial a da política, é uma das consequências naturais do Pós Positivismo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há indubitavelmente novos ares no Direito brasileiro, as antigas premissas positivistas, já corroídas pelo tempo e pelas novas realidades, encontram atualmente a concorrência de uma nova tendência global: a superação de paradigmas jurídicos. É inegável que as realidades social, econômica e constitucional já não permitem aos operadores do Direito, em especial aos juízes, um apego exacerbado a uma literalidade da lei que já não mais corresponde aos ideais de justiça e paz social.

Assim sendo, a doutrina Pós Positivista, com seus corolários de moral, ética, justiça e garantia de direitos fundamentais surge como uma alternativa viável para a consolidação das disposições e fiel cumprimento da Constituição Federal de 1988, esta que traz em seu texto um ideal de nação, ideal este que se encontra distante da realidade, por diversos fatores, o maior deles, a ineficácia do Estado.

Há de se ressaltar que tal transformação causa reações diversas na seara jurídica, indo de simpatia, passando pela indiferença e chegando à oposição. Tais reações são plenamente justificáveis: a cultura jurídica brasileira é muito limitada, se comparada à países de maior envergadura na seara do Direito, dessa maneira, livrar-se de uma doutrina jurídica clássica, para lançar-se em uma nova, que ainda está na fase das descobertas e consolidação, é um desafio ímpar para uma nação tão instável e inexperiente juridicamente.

Por fim, há de se ressaltar a natureza das ciências, doutrinárias por excelência, não podendo cair na tentação da criação de dogmas imutáveis, por receio das mudanças, indolência intelectual ou conveniências. Os debates acerca do Positivismo e Pós Positivismo são um meio para que o Brasil busque e atinja uma maturidade e estabilidade jurídica, sobretudo no plano constitucional, muito combalido por golpes de Estado e mudanças demasiadas bruscas nos rumos do país. Tal estabilidade e maturidade possibilitarão a oportunidade da real efetivação da Constituição Federal no plano social.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Icone: São Paulo, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo:Saraiva, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF.** 1. ed. Forense:Rio de Janeiro, 2014.

KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional:** limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Juruá: Curitiba, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Mauricio (Org). **O Estado democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política.** ed. única. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do Direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.