

55 PÓS-POSITIVISMO E DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Marcos Silva Marinho
Priscilla de Oliveira Calegari

Palavras – Chave: Pós-positivismo, Sistema Jurídico, Democracia

A presente pesquisa visa compreender como se deu a recente mudança de paradigma na interpretação do Direito. Para compreender a forma de interpretação das normas constitucionais, faz-se necessária uma breve contextualização histórica. Nesse sentido, é necessário analisar o momento histórico posterior à segunda guerra mundial, marcado por mudanças na forma de compreender o Direito que repercutiram em todo mundo. Nesse momento, a sociedade percebeu que as regras jurídicas não podiam se justificar por si mesmas. Constatou-se que a norma só é legítima quando fundamentada na dignidade da pessoa humana. Assim, a visão positivista clássica de que “justo é tudo aquilo que está na lei”, sofreu uma série de questionamentos e começou a ser superada pelo Pós-positivismo, corrente teórica que propõe a conformação do Direito segundo valores de justiça e equidade. Em resposta aos problemas enfrentados pela concepção positivista, o Pós-positivismo trouxe para o epicentro da ciência jurídica uma maior atenção às necessidades de proteção e de concretização dos direitos fundamentais. Sob a égide do pensamento positivista, a Constituição foi interpretada enquanto carta política, sem normatividade, sendo o Código Civil a grande lei que regia a sociedade. Contudo, com a emergência do pensamento pós-positivista, ocorreu uma mudança na forma de interpretar os diplomas constitucionais dos países. Essa mudança começou na Europa, no ano de 1948. Já no Brasil, apenas depois da promulgação da Constituição da República de 1988, a prática jurídica passou a incorporar a efetividade das normas constitucionais. Foi o momento em que a Constituição começou a adquirir força normativa, sendo alçada ao centro do sistema jurídico (BARROSO, 2009). Após 1988, a Constituição ganhou autonomia e existência própria no Brasil, em consonância com a ótica pós-positivista, ordenando o contexto sociopolítico e carreando princípios que promovem a concretização dos valores da comunidade. A proteção da dignidade da pessoa humana no texto constitucional se tornou diretamente vinculada a própria noção de Estado Democrático. Nesse sentido, o pós-positivismo – ou neoconstitucionalismo – caracteriza-se pela reinserção de conteúdos morais nas disciplinas jurídicas. Não só os direitos fundamentais, mas também os valores das comunidades políticas e, conseqüentemente, as opções políticas dos Estados passam a estar presentes na Constituição. Nesse diapasão, a jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal,

após 1988, têm reconhecido a existência de dois tipos de normas: regras e princípios, compreendendo que os princípios são mandamentos de otimização norteados pelos valores da comunidade. Assim, eles passaram a ter sua normatividade reconhecida, ao mesmo tempo em que se identificou a necessidade de ponderação desses princípios no caso concreto sempre dentro de uma lógica racional, que visa evitar o subjetivismo, nos ditames propostos pela Teoria da Argumentação Jurídica (ALEXY, 2001). No entanto, o ordenamento jurídico continua marcado pela presença das regras. Isso porque o neoconstitucionalismo não pretende destituí-las de sua força normativa. Ao contrário, a presença de um modelo hermenêutico dialógico busca complementar o alcance das regras que, por sua própria natureza, são incapazes de abranger a totalidade das relações sociais que demandam a intervenção do Direito. As regras, afinal, materializam a vontade social legitimamente estabelecida, uma vez que passam pelo crivo de um processo legislativo apto a revelar quais são os interesses prevaletentes numa comunidade política. Não reconhecê-las, portanto, implicaria em desrespeito ao princípio democrático, elemento basilar das concepções neoconstitucionalistas. Por outro lado, o processo decisório não se pode limitar ao conteúdo inequívoco das regras. Diante disso, as controvérsias acerca da realização da justiça foram, ao longo da primeira metade do século XX, decididas segundo as impressões do intérprete das normas jurídicas que, em seu exercício judicante, possuía liberdade para decidir conforme sua própria consciência (STRECK, 2010). Os problemas desse modelo de realização judiciária são precisamente a parcialidade do intérprete ao aplicar/criar o direito nos casos concretos e a incompatibilidade de sua prática discriminatória com o amadurecimento democrático dos Estados nacionais. Em verdade, o Pós-positivismo reflete um processo ainda em desenvolvimento, no qual as instituições estatais e a sociedade civil, paulatinamente, conduzem suas condutas segundo critérios racionais, universais e isonômicos de interpretação e aplicação das normas que regulamentam o cotidiano das ações sociais. A proposta pós-positivista almeja decisões mais democráticas e, para tanto, essas decisões devem ser impessoais e atreladas ao escopo de concretização dos direitos fundamentais. Assim, é possível dizer que a visão pós-positivista aumenta a responsabilidade das decisões Estatais, na medida em que elas devem ser tomadas exclusivamente em prol das garantias fundamentais do verdadeiro titular do poder: o povo. Ressalta-se que nas ciências sociais, não há poucos autores que defenderam em suas obras a transformação das sociedades segundo critérios racionais e morais. Adam Smith (1997), Max Weber (2004) e, mais recentemente, Jürgen Habermas (2003), Karl-Otto Apel (2000) e outros filósofos do chamado giro hermenêutico, enxergaram a necessidade de estabelecer um modo de vida marcado pela responsabilidade do Estado e da sociedade civil perante o reconhecimento de direitos fundamentais aos indivíduos, articulando-os por meio da linguagem. Ronald Dworkin (2002), Robert Alexy (2001), John Rawls (2000), entre outros filósofos do Direito, foram responsáveis

pela idealização de um sistema jurídico condizente com os direitos fundamentais. Diante disso, passamos a reconhecer nos princípios jurídicos, anteriormente vistos apenas como emblemas políticos sem eficácia normativa, verdadeiros postulados normativos, cuja relevância está no fato de que possuem como conteúdo o dever de proteção e implementação dos direitos fundamentais. A transformação no modo de interpretar os princípios jurídicos traduz, com efeito, a evolução institucional e valorativa do direito contemporâneo, cuja marca fundamental está no reconhecimento de valores inerentes ao ser humano que devem ser perseguidos na maior medida possível. Compreender o processo de incremento democrático nas instituições jurídicas brasileiras é fundamental para reconhecer em qual medida a Justiça pátria tem correspondido aos preceitos constitucionais que a obriga a preservar e implementar os direitos fundamentais. Parece óbvio que a melhoria das condições de vida no país não é determinada exclusivamente pela atuação das instituições jurídicas. No entanto, a democratização da atividade judiciária pode ser considerada um importante avanço na realização dos direitos fundamentais, de modo que a sua consolidação legitima a crença na transformação da realidade social brasileira, historicamente marcada por injustiças e violências.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia II**. São Paulo: Edições Loyola, 2000

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Riode Janeiro: Renovar, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. I e II.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Vamireh Chacon. Pensamento Político, 50. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. Trad. Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora UNB, 2004.