

## PÓS POSITIVISMO – NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Jose Luciano Gabriel\*

### RESUMO

O momento atual é de transformações. O Direito percebe-se como ser que carece de auto-avaliação e propõe para si mesmo a necessidade e o desafio de abrir-se para oxigenar-se. O pós positivismo jurídico é uma resposta do Direito às exigências contemporâneas e, ao mesmo tempo é uma tentativa de fazer-se mais capaz de atender às suas reais razões de ser. Superar um modelo jurídico pautado na aplicação fria e formal de leis é uma necessidade estrutural do Direito. Utilizar os princípios, implícitos ou expressos no ordenamento jurídico, como forma de resolver os conflitos e de propor a organização social apresenta-se como escopo de um Direito que deseja responder de maneira atual, eficaz e justa aos anseios da vida social contemporânea.

**PALAVRAS-CHAVE:** princípios; direito; juspositivismo; pós positivismo; hermenêutica jurídica.

### ABSTRACT

This moment is about changes. Law school seems to be caring for self evaluation and it is needed to be challenged to be opened up and to revigorate itself. Law post positivism is an answer from the law to the requirements from modern times and, at the same time, an attempt to make us more capable to supply its real motives of existence. A structural need of law school is going over juridic patterns based on cold appliance of the formal laws. Using the principles, implicit or really impressed on the set of juridic laws and restrictions, as a form of solving problems and proposing the social organization of the country, is seen as the goal of law which expects to answer, in a modern, effective and fair way, the wishes of a social contemporary life.

**KEYWORDS:** law, juspositivism, post positivism, juridic hermeneutics.

### SUMÁRIO

**1 INTRODUÇÃO. 2 POSITIVISMO - BREVES CONSIDERAÇÕES. 3 PÓS POSITIVISMO. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

---

\* Licenciando em Filosofia pela PUC - Minas. Bacharel em Teologia pelo Seminário Diocesano de Caratinga. Pós-Graduado em Psicanálise Clínica pelo CORPO/FATER e em Direito Público pela FADIVALE. Mestre em Direito Internacional Público com ênfase em Direito, Estado e Cidadania pela UPAP. Atualmente, Professor de Filosofia Geral, Filosofia Jurídica e Fundamentos de Direito Público na FADIVALE. Professor de Filosofia, Sociologia e Educação Religiosa no Colégio Lourdinás. Professor de Filosofia no Colégio Ibituruna. Professor de Pós-Graduação. Graduando do Curso de Bacharel em Direito da FADIVALE.

## 1 INTRODUÇÃO

Em tempos de profundas mudanças como os vividos atualmente, faz-se mister que os ramos do saber se avaliem, reformulem e apresentem visões adequadas aos novos paradigmas. Com o Direito não é diferente.

A necessidade de releitura do Direito além de urgente é imperativa. Os tempos hodiernos exigem um instrumento solucionador de conflitos capaz de responder aos reais problemas vividos e, acima de tudo espera-se do Direito que não seja um sacramentador das históricas injustiças e das homéricas desigualdades que tanto indignam e ofendem às pessoas de bem.

A Modernidade é a base epistemológica e histórica sobre a qual está erigido o edifício do Estado e dos “valores” do Direito contemporâneo. O que se fará aqui é percorrer sucintamente as estradas históricas e conceituais a partir do período Moderno, verificar a consagração do Direito como expressão de um positivismo quase científico e apontar para o nascimento do pós-positivismo – normatividade dos princípios – como fruto de uma visão sistêmica do Direito capaz de provocar uma nova hermenêutica jurídico-constitucional pautada na importância de uma interpretação contextualizada que leve em conta valores e princípios. Por fim é apresentado ao direito o desafio de desenvolver uma interpretação que elucide a vocação socialmente transformadora do Direito.

Na lição de Espindola (2002, p. 60-61), tem-se uma boa indicação dos caminhos desta nova perspectiva:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vincularidade, são normas, obrigam, tem eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos e privados, bem como, sobre a interpretação e apresentação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de generalizações mais abstratas. E esse caráter normativo não é predicado somente dos “princípios positivos de direito”, mais também, como já acentuado, dos “princípios gerais do direito”. Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são expressa e explicitamente contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o direito.

Tratará este artigo de apresentar de maneira sucinta dois momentos interpretativos do Direito. Num primeiro momento serão trazidas considerações sobre o positivismo e sobre os elementos que considera importantes e indispensáveis. Num segundo momento serão traçadas alguns dos elementos que caracterizam o pós-positivismo, essa nova forma de interpretar e aplicar o Direito.

## 2 POSITIVISMO – BREVES CONSIDERAÇÕES

A partir do século XVI o Mundo Ocidental experimentou profundas transformações. As bases da estrutura medieval não se encontravam preparadas para suportar as mudanças que estavam sendo operacionalizadas pelas tantas inovações. As convicções mantidas e defendidas pelas tradições seculares eram questionadas e muitas vezes caíam por terra. Uma boa síntese do que acontecera pode ser lida em Marcondes (2001, p. 159):

O século XVI, ao final do qual nasce Descartes (1596), é um período de grandes transformações, de ruptura com o mundo anterior, como vimos. As grandes navegações, iniciadas no século XV, e principalmente a descoberta da América vão alterar a própria imagem que o homem tinha da Terra. As teorias científicas de Nicolau Copérnico [...]. A Reforma de Lutero [...]. A decadência do sistema feudal e o surgimento do mercantilismo trazem uma nova ordem econômica baseada no comércio, com a defesa da livre iniciativa, e no individualismo.

Todo esse processo de rupturas e de refundação paradigmática tem culminância no Iluminismo do século XVIII do qual a Revolução Francesa é filha nobre. Esta Revolução, como é sabido, defendeu os ideais de *igualdade*, *liberdade* e *fraternidade*. Lutou contra uma ordem preestabelecida que privilegiava alguns (nobreza e classe religiosa) em detrimento de muitos (esmagadora maioria da população).

O Discurso utilizado, além de convincente, beira à comoção: busca-se uma nova ordem social onde se possam ver acabados os benefícios desmerecidos de uma nobreza astuta e de um clero explorador. A Revolução Francesa e o discurso

teórico que lhe dá sustentação propõem uma nova ordem social marcada teoricamente por uma sociedade coordenada e gerenciada pelos rigorosos ditames da Razão – símbolo de sobriedade, austeridade e, acima de tudo de justiça.

Um olhar mais atento, porém, vai detectar razões menos “puras” do que as aparentes. Após a decadência do feudalismo o mundo caminha para a estruturação do capitalismo, logo se torna imperiosa a necessidade de se reconstruir novas estruturas políticas e jurídicas, pois “a burguesia, sendo juridicamente parte do povo, não participava dos privilégios nobres” (MASCARO, 2003, p. 38).

É neste contexto que se encontra a gênese do Direito Moderno. Um Direito que tem em seu nascimento intenções que prestam, quase escandalosamente, a interesses de determinada classe, a burguesa. Há um discurso de igualdade universal que vela as desigualdades estruturais. Ainda seguindo o texto Mascaro (2003, p. 47-48), lê-se:

A filosofia política – de cunho liberal, individualista e burguês [...] redundará na filosofia do direito também de matriz liberal, jusnatural, também burguesa, afirmadora da liberdade negocial e da liberdade formal (isonomia), os dois alicerces teóricos nos quais se funda o direito na passagem da época moderna para a contemporânea

O Direito originado de uma postura filosófica individualista e contratualista, se fortalece para oferecer segurança à nova organização social, sobretudo ao novo modo de produção, o capitalismo que carece sobremaneira de estabilidade para se desenvolver. A segurança vem com uma postura jurídica que se dogmatiza e se oferece como “solução pronta” para as possíveis divergências.

O positivismo jurídico ou juspositivismo é uma postura dogmática que prende o intérprete do Direito às suas regras pré-fixadas. O Direito e sua interpretação são ‘realidades científicas’ e, portanto, precisam obedecer a critérios rígidos fornecidos pela ciência.

Entre os critérios propostos pelo positivismo merece destaque o da *neutralidade* e da *aplicação positivista*.

Na visão juspositivista o operador do Direito deve-se manter neutro. A norma é vista como algo posto e que deve ser decodificada, somente. O papel do jurista se restringe a descrever o Direito, sendo-lhe praticamente vedada a possibilidade de,

ao menos, avaliá-lo. Portanto, “a característica de neutralidade implica que a forma de interpretação do positivismo ocorra segundo um processo cognitivo objetivo” (ARAÚJO, 2003, p. 22). Não há espaço para uma relação dialética sujeito-interpretativo – norma. Tal postura parece levar a um fechamento das possibilidades evolutivas do Direito.

O critério da aplicação positivista é consequência da neutralidade. O aplicador da norma deve obedecer silogisticamente o caminho da subsunção do fato à norma. O caso concreto é enquadrado a uma determinada norma que, em tese existe antes do fato. Prevalece a idéia: Dê-me os fatos que te dou o Direito usando uma lógica dedutiva, formal. Do ponto de vista lógico-formal a norma é a premissa maior, o fato é premissa menor e a aplicação, é a conclusão óbvia e prevista. Como se vê, não parte-se do pressuposto que:

O senso de adequabilidade normativa indica, claramente, que o caso concreto delimitará (de acordo com os paradigmas histórico-culturais democráticos) qual interpretação da norma é aplicado a este único evento fático (ARAÚJO, 2003, p. 36).

A visão juspositivista, apesar de proporcionar estimada segurança jurídica acaba, muitas vezes, por prender o Direito em suas fronteiras e inviabilizar sua evolução ontológica, axiológica e metodológica. O Direito perde grande parte de sua possibilidade de diálogo e de relacionamento com as tantas áreas que o rodeiam, vez que ao final o que prevalece é a dicção da lei positiva e expressão do poder organizador do Estado. É exatamente contra esse perigo que se levanta o pós-positivismo jurídico.

### **3 PÓS POSITIVISMO**

Diante de um quadro social cada vez mais exigente sob diferentes aspectos. Diante da velocidade estratosférica com que conhecimentos evoluem ou com que surgem novas áreas do saber. Diante de inúmeras lacunas deixadas por uma visão juspositivista tantas vezes estática e enrijecida, e diante, sobretudo, de uma

sociedade doída por injustiças de toda espécie, torna-se provocativa a necessidade de o Direito assumir uma nova e diferente visão de si mesmo.

Uma resposta a essas indagações é dada pelo pós-positivismo jurídico ou momento da normatividade dos princípios. Essa nova proposta intenta uma compreensão do Direito pautada na positivação dos princípios, ou seja, os princípios gerais do Direito deixam de ser referências apenas ideais ou teóricas e se tornam aplicáveis e invocáveis na concreção do Direito.

Nessa perspectiva “os princípios jurídicos assumem a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do direito” (ESPÍNDOLA, 2002, p. 64). Para o intérprete e agente do Direito, essa visão abre horizontes magnânicos, pois o Direito deixa de ser um conteúdo criado por apenas um setor da sociedade (legislativo!) e assume a postura de sistema que é construído por todos os que lidam com ele, propiciado uma compreensão de unidade e superando a tese de aplicação tecnicista e isolada de leis. Segundo Freitas (2004, p. 47), tem-se que:

Nesta evolução do sistema jurídico resta percebido, felizmente, como inacabado e inacabável, donde se infere que todo o intérprete precisa assumir a condição de permanente vivificador do sistema e de superador de suas antinomias axiológicas.

É, portanto, na proposição do Direito como sistema – onde os princípios são normatizados – que a nova hermenêutica constitucional edifica sua história, funda suas raízes e oferece frutos saudáveis e maduros a serem colhidos pelo universo jurídico.

A superação histórica e conceitual do jusnaturalismo e as tantas fragilidades e lacunas experimentadas pelo positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e

o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

Paulatinamente, indicativos antes dispersos, ganham espaço e consistência através de julgados. Aos poucos valores que ocupavam especialmente lugar nos discursos bonitos e tantas vezes sofisticados servem como fundamentação e justificativa para revigoração e re-oxigenação do Direito.

A prática jurídica de juízes, promotores, advogados passa a ecoar valores que tornam materialmente reconhecida a supremacia dos direitos fundamentais, o reconhecimento que o direito deve ser instrumento de transformação e emancipação e não somente de manutenção de um *status quo* que segrega e exclui.

Na prática o que se vê é algo que ultrapassa a fronteira do idealismo e da reflexão filosófica. Tem-se uma prática que penetra a dogmática jurídica e alcança a jurisprudência produzindo efeitos concretos e positivos no mundo do Direito.

Vê-se a seguir uma demonstração da normatividade dos princípios e da efetividade do que tem sido chamado de pós-positivismo. Na sentença do Juiz Antônio Francisco Pereira, em uma ação possessória, lê-se:

VISTOS etc.

Não tinham pressa em chegar, porque não sabiam aonde iam.

Expulsos do seu paraíso por espadas de fogo,

iam, ao acaso, em descaminhos, no arrastão dos maus fados.

Não tinham sexo, nem idade, nem condição humana.

Eram os retirantes. Nada mais.

(José Américo de Almeida, em "A Bagaceira")

[...] Várias famílias (aproximadamente 300 - fls. 10) invadiram uma faixa de domínio ao lado da Rodovia BR 116, na altura do km 405,3, lá construindo barracos de plástico preto, alguns de adubo, e agora o DNER quer expulsá-los do local.

"Os réus são indigentes", reconhece a autarquia, que pede reintegração liminar na posse do imóvel.

E aqui estou eu, com o destino de centenas de miseráveis nas mãos. São os excluídos, de que nos fala a Campanha da Fraternidade deste ano.

Repito, isto não é ficção. É um processo. Não estou lendo Graciliano Ramos, José Lins do Rego ou José do Patrocínio.

Os personagens existem de fato. E incomodam muita gente, embora deles nem se saiba direito o nome. É Valdico, José Maria, Gilmar, João Leite (João Leite ???). Só isso para identificá-los. Mais nada. Profissão, estado civil (CPC, artigo 282, II) para quê, se indigentes já é qualificação bastante? Ora, é muita inocência do DNER se pensa que eu vou desalojar este pessoal, com a ajuda da polícia, de seu moquiços, em nome de uma mal arrevesada segurança nas vias públicas. O autor esclarece que quer proteger a vida dos próprios invasores, sujeitos a atropelamento.

Grande opção! Livra-os da morte sob as rodas de uma carreta e arroja-os para a morte sob o relento e as forças da natureza.

Não seria pelo menos mais digno - e menos falaz - deixar que eles mesmos escolhessem a maneira de morrer, já que não lhes foi dado optar pela forma de vida?

O Município foge à responsabilidade "por falta de recursos e meios de acomodações" (fls. 16 v).

Daí, esta brilhante solução: aplicar a lei.

Só que, quando a lei regula as ações possessórias, mandando defenestrar os invasores (artigos 920 e seguintes do CPC), ela - COMO TODA LEI - tem em mira o homem comum, o cidadão médio, que, no caso, tendo outras opções de vida e de moradia diante de si, prefere assenhorar-se do que não é de lei, por esperteza, conveniência, ou qualquer outro motivo que mereça a censura da lei e, sobretudo, repugne a consciência e o sentido do justo que os seres da mesma espécie possuem.

Mas este não é o caso no presente processo. Não estamos diante de pessoas comuns, que tivessem recebido do Poder Público razoáveis oportunidades de trabalho e de sobrevivência digna (v. fotografias).

Não. Os "invasores" (propositadamente entre aspas) definitivamente não são pessoas comuns, como não são milhares de outras que "habitam" as pontes viadutos e até redes de esgoto de nossas cidades. São párias da sociedade (hoje chamados excluídos, ontem de descamisados), resultado do perverso modelo econômico adotado pelo país.

Contra este exército de excluídos, o Estado (aqui, através do DNER) não pode exigir a rigorosa aplicação da lei (no caso, reintegração de posse), enquanto ele próprio - o Estado - não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a Lei Maior.

Ou seja, enquanto não construir - ou pelo menos esboçar - "uma sociedade livre, justa e solidária" (CF, artigo 3º, I), erradicando "a pobreza e a marginalização" (n. III), promovendo "a dignidade da pessoa humana" (artigo 1º, III), assegurando "a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social" (artigo 170), emprestando à propriedade sua "função social" (art. 5º, XXIII, e 170, III), dando à família, base da sociedade, "especial proteção" (art. 226), e colocando a criança e o adolescente "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, maldade e opressão" (art. 227), enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns, pessoas normais, aptas a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para deles exigir - diretamente ou pelo braço da Justiça - o reto cumprimento da lei.

Num dos braços a Justiça empunha a espada, é verdade, o que serviu de estímulo a que o Estado viesse hoje a pedir a reintegração. Só que, no outro, ela sustenta a balança, em que pesa o direito. E as duas - lembrou RUDOLF VON IHERING há mais de 200 anos - hão de trabalhar em harmonia:

"A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança"

Não é demais observar que o compromisso do Estado para com o cidadão funda-se em princípios, que têm matriz constitucional. Verdadeiros dogmas, de cuja fiel observância dependem a eficácia e a exigibilidade das leis menores.

Se assim é - vou repetir o raciocínio - enquanto o Estado não cumprir a sua parte (e não é por falta de tributos que deixará de fazê-lo), dando ao cidadão condições de cumprir a lei, feita para o homem comum, não pode de forma alguma exigir que ela seja observada, muito menos pelo homem "incomum".

Mais do que deslealdade, trata-se de pretensão moral e juridicamente impossível, a conduzir - quando feita perante o Judiciário - ao indeferimento da inicial e extinção do processo, o que ora decreto nos moldes dos artigos 267, I e VI; 295, I, e parágrafo único, III, do Código de Processo Civil, atento

à recomendação do artigo 5º da LICCB e olhos postos no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama:

"Todo ser humano tem direito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim como à sua família, a saúde e o bem estar e, em especial, a alimentação, o vestuário e a moradia".

Quanto ao risco de acidentes na área, parece-me oportuno que o DNER sinalize convenientemente a rodovia, nas imediações. Devendo ainda exercer um policiamento preventivo a fim de evitar novas "invasões".

P. R. I.

Belo Horizonte, 03 de março de 1995.

ANTONIO FRANCISCO PEREIRA

Juiz Federal da 8ª Vara [...].(PEREIRA, 2009, p.1).

Fica claro na sentença acima, de propósito colocada quase integralmente para evitar o risco de parecer tendencioso, que o Direito deve criar formas menos legalistas para solucionar os conflitos. A lei visa sempre atender a um valor ou princípio mais amplo e mais geral que ela e os tantos agentes do Direito precisam levar em conta tais valores quando forem tornar concretos os efeitos do Direito sob pena de serem fiéis às leis e infiéis aos princípios e valores que serviram de fundamento e de causa para as leis.

A nova hermenêutica jurídica se opõe a uma postura interpretativa oferecida, basicamente, pelas categorias juspositivistas, já citadas acima. Como tal, ela pretende suprir um "vazio normativo" existente e fomentar melhores possibilidades que coadunem com os ideais do Estado Democrático de Direito, vez que, uma hermenêutica baseada na compreensão de que o intérprete é tão somente um decodificador – juspositivismo – trai, entre outras coisas, o ideal, em sentido lato, da própria democracia.

Tendo como ponto de partida uma Constituição que positivou os princípios, o pós positivismo propõe-se a árdua tarefa de fazer com que tais princípios tenham efetividade, sejam invocados na resolução dos conflitos e sejam tidos como normas aplicáveis a fatos concretos. A proposta pós positivista é que os princípios deixem de ser idéias bonitas, citadas em discursos demagógicos, e assumam o lugar de fundamento e ápice de todo o sistema jurídico sendo, no melhor sentido da palavra, utilizados de fato.

Como se vê, falar de nova hermenêutica ou de pós positivismo é invocar, além da idéia de normatividade dos princípios, o paradigma do Direito como sistema. A lição de Freitas (2004, p. 54) presta esclarecimento:

Entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando as antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificados do Estado Democrático, assim como se encontram substanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

Cumprir destacar que idéia de hierarquia não está vinculada à estaticidade, mas ao compromisso de atribuir ao Ordenamento Jurídico, em cada caso concreto, seu sentido unitário. Daí a necessidade veemente de uma interpretação conforme a Constituição que garanta uma hierarquização muito mais teleológica que lógica. Assim, trabalha-se atento para que haja uma preponderância dos direitos fundamentais em relação às leis e se veja o Direito como sistema aberto e plural capaz de avaliar historicamente a positivação dos direitos fundamentais. Aliás, cabe aqui um alerta de Bobbio a cerca dos direitos fundamentais (direitos humanos): “o problema grave de nosso tempo não é o de buscar os fundamentos para tais direitos, mas de protegê-los” (BOBBIO, 1992, p. 25). A nova hermenêutica é uma possibilidade real a essa proteção na medida que contempla o Direito como sistema, não como normas isoladas a serem decodificadas e cumpridas com pouca criticidade.

Todos esses cuidados levam à superação da lógica do “tudo-ou-nada” na resolução das antinomias e propõe a opção de uma postura dialética diretiva da interpretação e aplicação do Direito, consciente de que, quando se interpreta uma norma, interpreta-se o sistema inteiro. Uma das conseqüências dessa realidade é que o intérprete assume o papel de “positivador derradeiro” e é visivelmente co-construtor do sistema, suplanta-se o mito da neutralidade.

Obviamente essa atuação do intérprete como “positivador derradeiro” não é desordenada ou sem critérios. Há uma teleologia inerente ao sistema que precisa ser intuída e obedecida. Entre outros critérios a serem observados há um que deve estar à mão do hermeneuta desse novo paradigma: A utilização dos princípios como forma de mensurar o que de melhor poderá ser tirado do sistema.

Ainda, à nova hermenêutica, além dos desafios e benefícios já mencionados, impõe-se o desafio de resgatar a vocacionalidade social do Direito.

Desde a Revolução Francesa, para não ir mais longe, o Direito presta-se a justificar o domínio de uma classe sobre outra, salvo raras exceções. Uma nova

hermenêutica precisa propor-se a tarefa de reinterpretar todo o sistema jurídico na ótica de uma transformação social. É mister provocar uma nova leitura que rompa com o discurso ideológico de que o Direito é ordem e ordem é justiça. Ora, a ordem de que o Direito fala é a ordem da dominação-submissão velada e justificada pelo discurso jurídico.

Sob essa lógica, o Direito não tem sido mais que a forma pela qual o dominador organiza e oficializa seus atos exploratórios e até predatórios. Uma nova hermenêutica não pode furtar-se ao desafio de superar a ingenuidade do senso comum de que a justiça é imparcial, é o fim do conflito.

Numa sociedade estigmatizada pelas mais variadas injustiças, o Direito é, na maioria das vezes, um dos pilares da injustiça. Segundo Mascaro (2003, p. 36):

Para a grande maioria dos explorados de cada país do mundo e dos países explorados, justiça é só esperança, e esta esperança só pode advir por meio da transformação social. É preciso destruir os últimos pilares de uma decadente e sanguinária ideologia jurídica que diz que o direito é a ordem e que a ordem é a justiça. Inscrevamos definitivamente em nossa perspectiva jusfilosófica a justiça como sinônimo de transformação.

Tal incumbência é urgente e necessária, pois o homem precisa, sob pena de se auto-destruir, entender que faz parte de um todo, há algo muito maior que os micro-universos percebidos de forma imediata. A Vida toda é uma teia e se toda a teia não for cuidada, todos perecem. Se o mundo e a sociedade não forem bons e acolhedores a todos, não vai adiantar que sejam para alguns. Ted Perry ([s.d] apud Capra 1996, p. 9) inspirado no chefe Seattle traduz com beleza e exuberância essa idéia:

Isso sabemos. Todas as coisas estão ligadas como o sangue que une uma família...  
Tudo o que acontece com a Terra, acontece com os filhos e filhas da Terra. O homem não tece a teia da vida; ele é apenas um fio. Tudo o que faz à teia, ele faz a si mesmo.

O desafio de ir além do positivismo puro, onde a aplicação da norma posta prevalecia a uma interpretação jurídica, abre ao Direito possibilidade para trilhar caminhos mais livres e, quiçá mais eficazes e produtivos.

Essa nova visão pautada na normatividade dos princípios e na compreensão sistêmica do Direito possibilita ao intérprete encontrar, a partir dos fatos concretos, as melhores saídas para os problemas jurídicos e, conseqüentemente abre espaço para uma evolução mais consciente e responsável do saber jurídico.

Por outro lado, a nova hermenêutica responsabiliza mais os intérpretes e operadores do Direito, na medida em que lhes impõe a necessidade de estabelecer escolhas. Oxalá esses sujeitos do processo histórico do Direito não se furtem a essa missão, mas rompam o hermetismo e o conservadorismo que há tanto caracteriza o Direito.

O pós positivismo defende que a norma não pode ser vista apenas como regara de obrigação vinculada a determinadas particularidades. A regra é mais que parte de um contexto normativo que atende às expectativas da sociedade. Ao olhar para a regra o agente do direito precisa ver também os princípios inerentes à regra. Os princípios funcionam como pequenas partículas componentes da regra e não somente como idéias abstratas e inúteis que serviram para fundamentar, em algum momento do passado, o discurso de criação da regra.

Disso decorre que atualmente os princípios sejam chamados para entrarem no debate concreto das lides. Invoca-se o princípio como elemento juridicamente válido nas contendas judiciais deixando clara a tese de que a ofensa ao princípio é ofensa ao Direito tanto quanto a ofensa à lei, pensando positivamente, o é.

Dois conceitos são utilizados pela doutrina para trabalhar essa idéia. As normas entendidas como regras e as normas entendidas como princípios.

As regras referem-se às leis com seu caráter programático indiscutível ficando aos moldes das perspectivas positivistas anteriormente comentadas, enquanto os princípios são aqueles vinculados aos princípios do Direito, como respeito à dignidade humana ou á noção de proporcionalidade, que se tornam “leis” a serem cumpridas e cuja aplicabilidade diretamente se dá na prática contemporânea.

Para Bonavides (2004, p. 294), a grande novidade da teoria pós positivista do Direito está exatamente ligada à utilização de princípios como elementos normativos na própria prática jurídica.

A hegemonia dos princípios significa a extensão da órbita pública do Direito compondo uma necessária proposta de interpretação fundada necessariamente na relação entre o direito e seu vínculo com as práticas sociais básicas.

Princípios e Regras passam a habitar um mesmo referencial, ambos sendo, portanto, partículas de aplicabilidade normativa, ou seja, regras conceituadas e válidas, sem a presença de qualquer hierarquia teórica entre si.

A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma; e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Como se vê, a idéia da normatividade dos princípios é mais que discursos abstratos de visionários mal informados ou sonhadores. Trata de práticas, embora ainda incipientes, vivenciadas nos tribunais. Trata de uma tendência importante e necessária a um Direito que almeja responder às reais necessidades de uma sociedade carente de justiça e confiante na possibilidade de um Direito eficaz.

#### **4 CONCLUSÃO**

Há uma evolução conceitual do Direito em andamento. Pode-se dizer que, à luz de um olhar dialético, o pós positivismo consegue fazer uma síntese entre a visão jus naturalista (um direito pautado na existência de uma orientação natural do justo, do correto é do válido) e da visão positivista (um direito centrado na objetividade excessiva da norma-lei posta pelo Estado e determinadora do válido). Pode-se dizer que o pós positivismo não pretende desprezar, sobretudo a segurança jurídica trazida a duras penas pelo positivismo, mas almeja propor um Direito que leva em conta a existência de outros valores intocáveis e imprescindíveis para a sobrevivência do tecido social.

Dada a complexidade das sociedades contemporâneas é impraticável a utilização de um direito natural ditado por um grau tão alto de abstração e de subjetividade, porém, em nome da mesma complexidade é também impraticável um direito meramente positivista que submete os fatos à lei como se essa fosse capaz de contemplar de forma absolutamente universal todos as nuances de fatos presentes e futuros. A complexidade das sociedades contemporâneas exige um Direito inteligente e capaz de sopesar, de escolher, à luz do fato concreto, a melhor parte a ser preservada do vasto sistema que forma o Ordenamento Jurídico. Exige um Direito que não use a objetividade para massacrar e eliminar a subjetividade dos indivíduos que por quaisquer motivos entrem em contato com ele.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte, 2003.

BOBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 13. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix 1996.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2002.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistêmica do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MASCARO Alysson Leandro. **Filosofia do direito e filosofia política - a justiça é possível**. São Paulo: Atlas, 2003.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação a história da filosofia: do pré-socrático a Wittgenstein**. 7. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahon Editora, 2001.

PEREIRA, Antônio Francisco. Sentença revolucionária em ação de reintegração na posse contra sem-terra. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=339>>. Acesso em: 28 out. 2009.