

## **O Direito Pós-Moderno sob a ótica da neófito Filosofia do Direito**

**FLÁVIO CRISTIANO COSTA OLIVEIRA**

Flávio Cristiano Costa Oliveira é mestre em Direito Constitucional e especialista em Direito Empresarial pela Universidade de Fortaleza e Delegado de Polícia Civil pelo Estado do Piauí

1. Introdução; 2. A era das luzes; 3. O Estado e o Direito Iluminados; 4. Uma verdade sobre o pós-modernismo; 5. Norma e hermenêutica constitucional; 6. O método tópico de interpretação constitucional; e 7. Conclusões.

### **1. Introdução.**

Etimologicamente falando, a palavra filosofia é formada pelas expressões “philos” que significa amizade, amor e “Sophia” que se traduz em ciência e sabedoria. Daí se poder afirmar que a Filosofia seja uma dedicação desinteressada e constante ao bem e a verdade. Assim, dentre as várias formas de investigação social, além do Direito, existe a Filosofia do Direito.

A ciência do Direito, normalmente, esteve ocupada do estudo efetivo e sistemático, não abstrato, de determinado direito positivado no espaço-tempo. De feição eminentemente positivista, procurou ocupar-se da dissecação de espécies normativas, seus modos de criação, de sua validade, dos paradigmas formalistas de legalidade e de constitucionalidade, enfim.

Por seu turno, à Filosofia do Direito, relegada ao plano meramente abstrato, romântico e acadêmico, ficou reservada a perquirição permanente pelas questões éticas, axiológicas, morais e lógicas ligadas ao fenômeno jurídico. Os Questionamentos afetos à Filosofia do Direito sempre tiveram a preocupação de buscar o fundamento, a legitimidade, a Justiça e historicidade do Direito.

Ocorre que esta percepção dualista entre Ciência do Direito e Filosofia do Direito, ou seja, entre Direito e Justiça, forjada a partir das bases do paradigma liberal-positivista, vem sofrendo gradual transformação na fase do pensamento pós-modernista.

Como se sabe, a pós-modernismo não se trata de um movimento linear e uniforme, surgido em data certa ou idealizado por pensador determinado. Decorre de diversas formas de expressão em épocas diferentes e em várias áreas do conhecimento: Filosofia, Literatura, Artes e Direito.

Nesta ordem de ideias, a característica marcante do movimento pós-modernista constitui sua postura de questionamento, desconstrução e contestação em face do modelo de modernidade criado pelos movimentos racional-iluministas dos séculos XVII e XVIII.

A ferrugem da modernidade já é notada pela ação das manifestações sociais que tem ocupado os espaços urbanos hodiernos questionando a função tradicional da lei como fonte-mor da razão e a legitimidade do poder de seus representantes.

### **2. A era das luzes.**

O iluminismo simbolizou a vitória da postura racional, da ciência, da verdade absoluta, da certeza, da objetividade, da neutralidade, enfim, do domínio e supremacia do homem sobre o mundo dado.

O mundo idealizado pelos iluministas era objetivo, controlável, lógico, seguro, matemático, sistemático e previsível. Suas ideias foram lançadas com base na razão, na ciência e na livre iniciativa como forma de permitir o avanço capitalista, daí sua afinidade com os propósitos burgueses.

Dentre os principais eventos históricos mundiais, baseados no iluminismo, podemos citar a Revolução Inglesa, a Revolução Francesa, o movimento de Independência dos E.U.A. e, no Brasil, citamos a Inconfidência Mineira.

São vários os expoentes do pensamento iluminista. D'Alembert, Diderot, Voltaire e Helvetius, os enciclopedistas, elaboraram a enciclopédia que objetivava reunir todo o conhecimento humano.

Adam Smith, grande expoente do pensamento econômico, pai do liberalismo e do absentismo Estatal, defendia a mínima intervenção do Estado na economia, a livre concorrência, com base na lei da oferta e da procura.

René Descartes e sua máxima “cogito, ergo sum”, colocava o pensamento racional como o caminho seguro para atingir a verdade.

Immanuel Kant defendia com entusiasmo o movimento iluminista como sendo a senda para a saída do homem do status de menoridade que ele mesmo se impunha.

Isaac Newton assegurava que o mundo era regido pelo princípio da causalidade; que ciência e razão, utilizando-se do raciocínio lógico-formal, poderiam demonstrar que tudo é dotado de causa e efeito.

Dentre os contratualistas, Jean Jacques Rousseau desenvolveu a idéia da existência de um pacto entre os homens com o escopo de criar uma sociedade baseada na objetividade e na vontade geral da nação.

### **3. O Estado e o Direito Iluminados.**

O Estado e o Direito, com base no paradigma iluminista ou liberal-positivista, também tiveram seus expoentes e conformação própria.

O Estado Moderno foi forjado sob a égide do princípio da separação dos Poderes, do sistema de freios e contrapesos, da teoria da representatividade política, da democracia indireta e formal, dos dogmas da liberdade, igualdade e fraternidade, dentre outras promessas.

Já o Direito Moderno era alicerçado em várias ideias.

A “*legis*” passou a ser a principal fonte do Direito. A lei era anunciada como sendo o instrumento de regulação de conduta capaz de garantir a certeza, a objetividade, a previsibilidade e a segurança jurídica, enfim, tão anunciada pela burguesia e alardeada pela sociedade como instrumento eficaz de promoção de paz, harmonia e prosperidade. Inclusive o Código Civil Napoleônico de 1804 consolidou na humanidade a técnica de sistematização das leis de natureza civil. Um código que deveria ser tão somente cumprido e não interpretado em demasia.

No que pertence à nomogênese jurídica, o Poder Legislativo passou a gozar de certa supremacia em face do Poder Judiciário. O magistrado ao interpretar a lei, deveria ser “um juiz boca da lei”, ou seja, não deveria inovar, não deveria adotar uma postura crítica, reflexiva e ativista perante a pálida realidade formal descrita na regra, quando muito, deveria apenas perquirir qual teria sido a vontade do legislador no momento de criar a lei. Resumindo: o juiz tinha que fechar os olhos para a realidade de seu tempo e focar numa realidade que não mais existia, mas cuja descrição, muitas vezes desatualizada, permanecia referida em textos normativos que, na maioria dos casos, conduzia a julgamentos injustos.

Não era reconhecida força normativa aos princípios, sendo que as normas de Direito estavam reduzidas às regras. Os princípios eram percebidos como meras abstrações de conteúdo jus-filosófico.

Havia uma cristalina dicotomia entre Direito e Justiça e entre Direito e Moral. Considerações de natureza moral não poderiam ser garantidas de forma garantida, por meio dos instrumentos de Direito.

A ciência do Direito ficou reduzida ao estudo do Direito a partir de regras positivas de forma insulada, pretensamente neutra, imparcial, formal, sem considerar as demais ciências humanas e sociais.

Com o surgimento do movimento Constitucionalista a preocupação da época foi com a produção de uma série de constituições normativas, semânticas e nominais, respectivamente; formais, programáticas e com reduzido poder de garantir efetividade aos Direitos Humanos.

Os meios de interpretação mais defendidos eram o gramatical e o sistemático. O fato hipotético descrito no texto da lei tinha ampla supremacia sobre a verdade que estava ocorrendo na realidade tangível e atual. A hermenêutica jurídica deveria ser aplicada a um mundo perfeito e hipotético, idealizado pela regra.

Enfim, a lei e seu estudo racional, positivo, científico e formal eram considerados os grandes instrumentos que deveriam conduzir a humanidade a um patamar de organização, harmonia e felicidade.

Entretanto, promovendo uma análise histórica, podemos concluir que o modelo burguês, moderno e liberal produziu consequências que estão na contramão das referidas promessas.

#### **4. A verdade sobre o pós-modernismo.**

Duas grandes guerras mundiais e o flagelo consequente. A criação de armas de destruição em massa e o fenômeno da guerra fria. Aumento do abismo social entre ricos e pobres. A degradação do meio ambiente e o aquecimento global. Surgimento dos movimentos nazi-fascistas. Ausência de efetividade das Constituições e dos Direitos Humanos. Crises econômicas mundiais e distanciamento entre lei, realidade e justiça. Redução das oportunidades laborais e ampliação das neófitas formas de escravização. Diminuição do papel ressocializador das penas. Crescimento da vulnerabilidade das minorias. Aumento da criminalidade, das drogas e do tráfico de seres humanos; são exemplos de alguns problemas que a lei, na qualidade de expressão mundial da racionalidade humana não conseguiu solucionar.

Vários pensadores passaram, então, a demonstrar os problemas gerados pela sociedade moderna tais como sua crise de valores, o consumismo, a superficialidade, a alienação coletiva e a ausência de eficácia do Direito.

Karl Marx desenvolveu uma percepção crítica entre o fenômeno jurídico e o econômico disseminado pela escola do materialismo histórico, segundo a qual, o Direito não passaria de uma superestrutura de caráter ideológico, condicionado pela infra-estrutura econômica. Segundo Reale, esta última modela a sociedade determinando o mundo cultural em função dos interesses das classes detentoras dos meios de produção.

Hanna Arendt identificou os movimentos nacionalistas e os modelos de sociedades consumistas, de massas, padronizadas pelo poder e pela ordem, como fatores importantes que contribuiriam para o surgimento dos movimentos nazi-fascistas. Hanna ressalta a importância de se respeitar as

singularidades, de se promover espaços públicos onde se poderia exercitar o diálogo e a cidadania numa perspectiva coletiva.

Michel Foucault em sua célebre obra “vigiar e punir”, abordou a existência do mecanismo panóptico que seria responsável pela padronização de condutas no âmbito do sistema penal, além de ter aclarado a relação entre pena, interesse econômico, e a necessidade de manutenção e legitimação do poder.

Ronald Dworkin e Robert Alexy aperfeiçoaram estudos que ratificaram a importância e a normatividade dos princípios jurídicos. Os sistemas normativos passaram a contar com regras, com os princípios e com o método próprio de ponderação de valores. Consequentemente, tivemos o reforço do papel da fonte jurisprudencial nos sistemas de Direito regidos pela Civil Law, além da reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, tão empobrecida pela escola do positivismo jurídico.

A teoria normativa de Ronald Dworkin e Robert Alexy acabaram por alterar a tradicional hierarquia existe entre as fontes do Direito que tradicionalmente sempre colocou a regra em patamar superior aos princípios jurídicos. Estes últimos adquiriram foros de juridicidade (status de fonte primordial como premissa da atividade intelectual), de normatividade (força vinculante e cogente) e supremacia (status constitucional).

Por derradeiro, acerca da teoria normativa em face dos princípios jurídicos, podemos assim resumir suas conquistas: a) positivação dos princípios nas Constituições; b) inserção do princípio como objeto da ciência jurídica; e c) reconhecimento da normatividade principiológica, de sua positividade, de sua superioridade, de sua concretude e conseqüente perda de seu caráter meramente programático.

Acerca da distribuição equilibrada entre princípios e regras, uma das pedras angulares do pós-positivismo, registre-se o pensamento nacional simbolizado por Paulo Bonavides, Eros Grau e Luís Roberto Barroso.

Segundo estes, as regras seriam qualificadas por normalmente não possuírem conteúdo moral evidente. Sua validade decorre da vigência formal. Possui alta densidade normativa com previsão de suas hipóteses de aplicação. Seu processo hermenêutico baseado na simples subsunção (enquadramento do fato à norma) acaba por fazer a norma prevalecer sobre o fato, valorizando a formalidade a burocracia, muito suscetível a falhas e injustiças. Sua aplicação não admite gradações, pois baseia-se no modelo do tudo ou nada. Ou são válidas e se aplicam, ou são inválidas e não se aplicam.

Já os princípios estariam mais próximos da idéia de valor, de justiça, de equidade e moralidade. Sua validade decorreria de seu próprio conteúdo. Sua estrutura linguística possui baixa densidade textual que não descreve as condições casuísticas de sua aplicação, podendo ser aplicados a um número indeterminado de situações, favorecendo, assim, o ativismo judicial. Seu processo hermenêutico exige uma argumentação jurídica mais elaborada, típica dos filósofos do Direito, com o intuito de preencher o conteúdo e alcance da norma principiológica. Por serem comandos de otimização, admitem gradação e ponderação e por fim, seus argumentos de razão prática acabam por valorizar a situação fática real.

Concluindo a questão sobre regras e princípios, não vislumbramos um caso de antagonismo inconciliável, pois enquanto regras garantem segurança, previsibilidade, certeza e objetividade, os princípios garantem flexibilidade e a promoção da justiça no caso prático.

Ademais, no Brasil também é digno de registro o papel da escola do Direito Alternativo, capitaneada pelos juristas gaúchos, que desenvolveram uma argumentação e aplicação mais justa e humanitária do Direito.

Com Viehweg tivemos mais uma opção ao árido tecnicismo jurídico de índole formalista e cega para os clamores da realidade. Em sua obra tópica a jurisprudência representou um marco para a Filosofia do Direito. Ele acaba por reintroduzir o método analítico e a argumentação prática como verdadeira ferramenta na busca de decisões verdadeiramente justas.

Destarte, não poderíamos olvidar a contribuição de Perelman, seguidor de Viehweg. Perelman demonstrou que o raciocínio jurídico desenvolve-se com base em fatos concretos, em meio a contextos políticos e econômicos de onde surgem as decisões que representam a Justiça de cada caso. E nisto constitui o conceito de semiótica jurídica que faz notório as valorações, as ideologias e interesses que costumam ficar eclipsados nos discursos jurídicos.

## **5. Norma e hermenêutica constitucional.**

No contexto retrodito, também podemos situar a questão da normatividade constitucional no panorama liberal-positivista e pós-positivista.

Conforme o paradigma liberal positivista a Constituição se identificava com a lei. Sua estrutura normativa era fechada e baseada em um sistema lógico e acabado. A aplicação da norma constitucional não seria algo diverso da aplicação da normatividade infraconstitucional, cabendo ao magistrado aplicar a vontade pré-determinada; mantendo-se nos limites da lei, sob pena de usurpar a vontade do Parlamento. Caberia, assim, ao juiz realizar um raciocínio lógico, racional e neutro, sem a interferência de valores, sempre respeitando o papel do Parlamento como único órgão legitimado pelo povo a formular a vontade estatal.

Nos limites dos padrões liberais tradicionais, a interpretação constitucional também seguia o processo mecânico da subsunção baseado exclusivamente nas regras e na idéia de que a resposta para as questões deveria ser buscada exclusivamente no sistema de regras.

Com o advento do movimento pós-positivista ou pós-moderno tivemos uma grande transformação.

A presença das regras e dos princípios no seio constitucional alterou consideravelmente a teoria normativa da Constituição que adquiriu caráter aberto, fragmentário e indeterminado. A teoria decisória passou a dispor de nova metodologia, renovada pela reinserção da razão prática, dos debates públicos com oportunidades reais de se promover a argumentação social, racional e dialógica.

Tais mudanças fizeram os estudiosos perceberem que a solução para as questões fundamentais, nem sempre está contida nos enunciados abstratos e descritivos das regras. O intérprete, criador, passou a ocupar o verdadeiro papel que o Direito, criatura, tentou usurpar com regras formais e abstratas; como quem tivesse existência própria. O interprete tornou-se co-autor da nomogênese jurídica, preenchendo as cláusulas abertas com escolhas e soluções baseadas em suas valorações, produzindo a norma jurídica bem mais próxima do sentimento popular de justiça.

Temas neófitos puderam ser trazidos à discussão, tais como: a) concreção (inclusão dos fatos sociais no processo de compreensão e criação da norma jurídica); b) colisão de princípios constitucionais (solucionáveis pelo processo de ponderação, decorrente da diversidade de valores e interesses que estão abrigados na dialética constitucional); c) ponderação (método utilizado na resolução de tensões

entre princípios constitucionais); e d) argumentação prática (processo democrático de argumentação que procura adaptar a norma constitucional ao problema concreto).

## **6. O método tópico de interpretação constitucional.**

O método tópico visa conciliar a norma constitucional ao caso concreto, utilizando-se do raciocínio que segue um processo aberto de argumentação. Ele se opõe ao método moderno de feição sistemática, racionalista, lógico, hermético e dedutivo, o qual se revelou incapaz de resolver os grandes desafios que lhes foram apresentados (paradigma liberal-positivista).

A concepção tópica ou material da Constituição contou com expoentes como Schneider, Ehmke, Friedrich Muller, Konrad Hesse e Martin Kriele.

Seus seguidores utilizam-se de inúmeros “*topoi*” (pontos de vista), dentro de um processo de argumentação aberta, sujeitando-os a diversidade das opiniões (prós e contras), com o escopo de encontrar o sentido da norma constitucional mais razoável para a solução da questão.

Sintetiza uma visão crítica, analítica, reflexiva e argumentativa que produz perguntas e respostas que servirão como meio de solução da problemática social.

## **7. Conclusões.**

A decadência do modelo liberal-positivista ecoa desde épocas pretéritas em que, sob o manto protetor da legalidade, muitas injustiças, barbáries, mortandades e inseguranças foram promovidas.

Sua ascensão se deu no final do século XIX e perdurou até a primeira metade do século XX. Já estamos em pleno século XXI, entretanto, ainda encontramos mentes recalcitrantes apegadas a um modelo reducionista, individualista e patrimonialista.

Intempestivos discursos de pretensa pureza racionalista, descritiva, metodológica, sistemática e objetiva. Baseado na idéia de um Estado Legislativo de Direito com a supremacia do Poder Legislativo e da lei sobre o Poder Judiciário, como se a fonte legislativa e jurisprudencial não tivesse a mesma importância.

Evocadores de constituições semânticas (formais) e fiéis defensores da hierarquia formal entre normas e do processo hermenêutico de mera subsunção. Como se a formalidade tivesse o condão de suplantar o valor principiológico.

Acordemos nós, pois é chegada a fase pós-positivista onde o intérprete ativista, atribui sentido ao enunciado normativo e adota uma postura criadora. O sistema jurídico precisa da interdisciplinaridade para fazer frente às complexas questões que lhes são apresentadas hodiernamente.

Os princípios ganham normatividade e papel de destaque, pois permitem a valorização do fato concreto, a flexibilidade, a ponderação, a escuta, enfim, da voz do povo que clama nas ruas.