

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

CARLOS ROBERTO ROSANELLI VIEIRA DA SILVA

UMA ANÁLISE DO PÓS-POSITIVISMO COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE
JURÍDICA NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

São Paulo

2022

CARLOS ROBERTO ROSANELLI VIEIRA DA SILVA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção
do título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: CARLOS EDUARDO NICOLETTI CAMILLO

São Paulo

2022

CARLOS ROBERTO ROSANELLI VIEIRA DA SILVA

UMA ANÁLISE DO PÓS-POSITIVISMO COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE
JURÍDICA NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção
do título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a minha família, que sempre me apoio e me deu todo o suporte necessário. Tudo que eu faço é por vocês!

Também dedico especificamente a meus pais e minha irmã, aos quais eu devo tudo! Sem vocês nada disso teria sido possível. Amo vocês todos incondicionalmente e para sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço novamente aos meus pais por possibilitarem com que isso fosse possível.

Agradeço também ao meu orientador, Professor Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, que desde o primeiro semestre, com as aulas de teoria geral do direito, me instigou e incentivo a refletir sobre o direito como um todo e por quem nutri profunda admiração ao longo do curso. Obrigado por toda inspiração, ensinamentos e orientação durante toda a graduação.

Agradeço aos meus amigos Vitor, Henrique Luiz, Iwan, Gustavo, Guilherme, Lais, Mariana e Victória por todos esses anos de amizade e companhia. Vocês fizeram tudo valer a pena e tornaram os dias da faculdade verdadeiramente animadores com a presença de vocês.

Por fim, devo uma gratidão incondicional à minha namorada Rafaella, a qual sempre esteve lá quando eu mais precisei de alguém. Meu amor, obrigado por ser essa pessoa maravilhosa e tornar meus dias tão especiais. A vida fica mais leve e colorida ao seu lado. Te amo para todo o sempre.

UMA ANÁLISE DO PÓS-POSITIVISMO COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE JURÍDICA NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

AN ANALYSIS OF POST-POSITIVISM AS THE SOLUTION TO THE JUDICIAL CRISIS IN THE POST-MODERN SOCIETY

Carlos Roberto Rosanelli Vieira da Silva

Resumo: Este artigo busca explorar o contexto e os motivos que levaram à crise experimentada pelo sistema jurídico na pós-modernidade, bem como os benefícios e contribuições que as ideias do Pós-Positivismo podem trazer para a melhora do sistema, passando também pelos principais desafios a serem enfrentados em sua implementação. Continuamente, este artigo também pretende analisar como a lógica jurídica deste novo sistema impactariam no processo decisório dos magistrados e em sua atuação no julgamento dos casos.

Palavras chaves: Sistemas Jurídicos; Pós-Positivismo; Processo Decisório; Atuação dos Magistrados; Jusnaturalismo; Juspositivismo; Crise Jurídica; Pós-Modernidade.

Abstract: This paper aims to explore the context and the motives that led to the crisis experimented by the judicial system in the post-modernity, as well as the benefits and contributions that the ideas of the post-positivism can bring to the improvement of the system, also going through the main challenges faced in its implementation. Continuously, this paper also intends to analyze how the judicial logic of this new system would impact in the decision-making process of the judges and in their judging of the cases.

Key words: Judicial Systems; Post-Positivism; Decision-making Process; Act of the judges; Jusnaturalism; Juspositivism; Judicial Crisis; Post-Modernity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico – Como chegamos até aqui? 2.1. Jusnaturalismo. 2.2. Juspositivismo 2.3. O embate entre Jusnaturalismo e Juspositivismo – O Grande Dilema. 3. Pós-Positivismo 4. A crise do sistema jurídico atual e o papel do pós-positivismo. 4.1. Problemas enfrentados pelo sistema atual. 4.2. Contribuições trazidas pelo pós-positivismo. 4.3. Principais Críticas ao pós-positivismo 5. Atuação

do magistrado no pós-positivismo. 5.1. Formas de evitar a arbitrariedade do juiz. 5.2. É possível substituir juízes por robôs? 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Desde que o ser humano passou a se organizar em sociedade existe o direito. Talvez não com a noção ou os nos modelos nos quais este é conhecido atualmente, mas sim como um conjunto de regras que iriam ditar a vida naquele espaço. Isto porque a vida em sociedade necessita de algo para lhe conferir ordem e organização, papel este desempenhado pelo direito e pelas leis, permitindo que seus membros possam conviver de forma pacífica e o desenvolvimento da sociedade.

Assim como as sociedades evoluíram com o passar do tempo, se transformando e assumindo diferentes formatos com novos tipos de relação entre os seus membros e tendo novas demandas, também precisou fazê-lo o direito para se adequar a estas mudanças. Com isso, diversas também foram as formas assumidas pelo direito ao longo da história, assumindo formatos mais rígidos ou flexíveis, mais objetivos ou subjetivos, tudo a depender das características da sociedade à qual este estava inserido, buscando se adequar da melhor maneira a elas e desempenhar seu papel da melhor maneira possível.

Fato é que nos últimos tempos a sociedade novamente vem por um intenso período de transformação, se modificando e assumindo novas características. Hoje em dia acredita-se que estamos no período da pós-modernidade, marcada por uma sociedade cada vez mais dinâmica e veloz. Estas características são frutos principalmente da revolução digital experimentada nas últimas décadas, a qual encurtou as distâncias no nosso mundo e até mesmo o tempo, se assim pode se dizer, ao obrigar com que todos tenham respostas e reações cada vez mais rápidas para esta mudança social. Hoje mais do que nunca a probabilidade de sucesso ou falha de algo está totalmente relacionada com sua capacidade em se adaptar às novas dinâmicas sociais.

Dada a presente transformação social, mais uma vez exige-se do direito uma adaptação para acompanhar as novas demandas advindas deste novo período da sociedade — sendo que, da mesma forma que mencionado anteriormente, a prosperidade ou a decadência do sistema jurídico como um todo está intrinsecamente

relacionada com a capacidade dos juristas, pensadores e aplicadores do direito em encontrarem formas de adaptá-lo ao novo mundo.

Diante disso, o presente trabalho visa trazer uma reflexão sobre as novas demandas que a dinâmica social pós-moderna tem imposto sobre o sistema jurídico, criando uma certa crise experimentada pelo sistema atual, e demonstrar como, na visão do autor, o sistema do pós-positivismo poderia trazer grandes contribuições para estas solucionar demandas.

2. HISTÓRICO – COMO CHEGAMOS ATÉ AQUI?

Como já mencionado anteriormente, no decorrer da história as sociedades passaram por um constante processo de evolução e desenvolvimento, ao qual os sistemas jurídicos tiveram de se adaptar para continuar vigorando. Com isso, ocorreu-se também o desenvolvimento de diversas teorias e correntes de pensamento jurídico, cada qual com suas características e ideias para melhor se adaptar a determinada sociedade em determinado momento histórico.

Desta forma, entende-se aqui que ter uma melhor compreensão de como se deu este movimento de evolução dos sistemas jurídicos pode trazer grandes contribuições para um melhor entendimento do momento de crise e transformação vivido atualmente, bem como a influência que o sistema jurídico possui sobre ele.

Entretanto, dada a vasta diversidade dos pensamentos jurídicos desenvolvidos ao longo dos anos, optou-se aqui por um recorte das duas principais e mais influentes correntes do pensamento jurídico até a atualidade — as correntes do jusnaturalismo e do juspositivismo. Também importante destacar aqui que ambas as correntes tiveram uma enorme influência nos períodos e sociedades em que foram presentes, de forma que vieram a ser desenvolvidas e exploradas por inúmeros pensadores e, por conta disso, acabaram por possuir inúmeras complexidades e facetas.

Desta maneira, como o objetivo é apenas trazer ao leitor uma melhor compreensão da evolução dos sistemas jurídicos, limita-se aqui a uma mera exposição dos contextos históricos, conceitos gerais e principais ideias de cada uma das correntes, não tendo a pretensão de se esgotar todo seu arcabouço teórico.

Neste sentido, passa-se agora a uma breve análise dos principais aspectos destas correntes jus-filosóficas e seus contextos históricos, buscando-se explorar a

evolução e adaptação do pensamento jurídico conforme as dinâmicas sociais do momento e evidenciar a transformação pela qual estamos passando no presente momento e a pressão que esta exerce sobre o sistema jurídico atual.

2.1. Jusnaturalismo

Começando pela corrente do jusnaturalismo, também conhecida como “Direito Natural”, por meros aspectos cronológicos, esta corrente parte do pressuposto que o direito estaria dividido em duas instâncias: o direito positivo e o direito natural, de forma que a primeira corresponderia a forma física e concreta que o direito se coloca no mundo (por meio de leis, códigos, normas, etc), enquanto a segunda se caracterizaria por valores transcendentais e metafísicos ligados a um ideal de justiça, sendo assim imutáveis e perenes.

Podem ser vislumbradas duas teses básicas do movimento jusnaturalista. A primeira tese é a pressuposição de duas instâncias jurídicas: o direito positivo e o direito natural. O direito positivo corresponderia ao fenômeno jurídico concreto, apreendido pelos órgãos sensoriais, sendo, desse modo, o fenômeno jurídico empiricamente verificável, tal como ele se expressa por meio das fontes de direito, especialmente aquelas de origem estatal. Por sua vez, o direito natural corresponderia a uma exigência perene, eterna ou imutável de um direito justo, representada por um valor transcendental ou metafísico de justiça. A segunda tese do jusnaturalismo é a superioridade do direito natural em face do direito positivo. Nesse sentido, o direito positivo deveria, conforme a doutrina jusnaturalista, adequar-se aos parâmetros imutáveis e eternos de justiça. O direito natural enquanto representativo da justiça serviria como referencial valorativo (o direito positivo deve ser justo) e ontológico (o direito positivo injusto deixar de apresentar juridicidade), sob pena de a ordem jurídica identificar-se com a força ou o mero arbítrio. O direito vale caso seja justo e, pois, legítimo, daí resultando a subordinação da validade à legitimidade da ordem jurídica. (BOBBIO, 1999, p. 22, apud SOARES, 2019, p.141)

Toda a concepção desta corrente gira em torno da ideia de um ideal de justiça universal e imutável, totalmente independente da vontade humana, de forma que este ideal deve ser buscado constantemente e acima de qualquer coisa. Para os jusnaturalistas, o direito positivado deve sempre ter um suporte teórico neste ideal de justiça para ser válido, pois, segundo seu entendimento, o direito só existe para buscar este ideal, de forma que sem ele não se justifica a existência do outro. Tem-se assim uma reflexão do pensamento jusnaturalista de que, partindo da premissa de que o objetivo final de todo direito é se conectar com este ideal de justiça, então o que seria

uma norma jurídica que não busque este objetivo se não uma mera arbitrariedade do detentor do poder?

Desta forma, segundo a visão jusnaturalista, “para que um fenômeno ético merecesse a nomenclatura direito, deveria estar em consonância com a justiça, sob pena de configurar a imposição do arbítrio ou da força por um poder constituído”. (SOARES, 2019, p. 158). Com isso, o jusnaturalismo coloca a instância do direito natural acima do direito positivo, de forma que o segundo estaria subordinado ao primeiro.

Para a doutrina jusnaturalista, o direito positivo nunca se adéqua completamente a lei natural, porque o direito positivo contém elementos variáveis e mutáveis em todo o lugar e em todo o tempo, portanto, segundo esta corrente de pensamento, as normas de direito positivo seriam realizações imperfeitas que apenas se aproximariam das normas do direito natural (ABBAGNANO, 1998, p. 621).

Esta foi a primeira grande corrente que surgiu sobre o pensamento jurídico, sendo que os primeiros pensamentos acerca desta corrente podem ser constatados desde a época da Antiguidade, no século VI a.C, principalmente com os pensadores gregos clássicos como Sócrates, Platão e Aristóteles, na vertente que ficou conhecida como Jusnaturalismo Cosmológico por verem o direito natural como parte da própria dinâmica do universo.

O jusnaturalismo cosmológico foi a doutrina do direito natural que caracterizou a Antiguidade greco-latina. Funda-se na ideia de que os direitos naturais corresponderiam à dinâmica do próprio universo, refletindo as leis eternas e imutáveis que regem o funcionamento do cosmos.

De acordo com Danilo Marcondes (1997, p. 26), antes mesmo do surgimento da filosofia, nos moldes conhecidos pelo ocidente, já se firmavam vagas ideias e diversas concepções sobre o significado do justo. Desde a Grécia anterior ao século VI a.C., durante o denominado período cosmológico, já se admitia uma justiça natural, emanada da ordem cósmica, marcando a indissociabilidade entre natureza, justiça e direito. Nesse momento, inúmeros pensadores se propuseram a formular os princípios mais remotos de justiça, com base em diversos fundamentos, tais como: a necessidade humana (Homero); o valor supremo da comunidade e protetora do trabalho humano (Hesíodo); a igualdade (Sólon); a segurança (Píndaro); a ideia de retribuição (Ésquilo); o valor perene da lei natural (Sófocles); a eficácia (MARCONDES, 1997, p. 26, apud SOARES, 2019, p. 142).

Entretanto, foi no período da Idade Média que essa corrente passou a ocupar um espaço de grande proeminência e relevância a sociedade. Foi neste período que, por forte influência do cristianismo e da Igreja Católica, esta corrente veio a ser

desenvolvida, formalizada e propagada por renomados pensadores que ficaram conhecidos como Padres da Igreja, como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho.

Como a Igreja Católica passou a dominar toda produção teórica da época, com a corrente jusnaturalista não foi diferente, de forma que esta passou a adotar um caráter extremamente religioso, quase que fazendo parte da própria religião. Com isso, o ideal de justiça passou a ser identificado direta e intrinsecamente com as leis divinas e a própria vontade de Deus.

Na Idade Média, o jusnaturalismo apresentava um conteúdo teológico, pois os fundamentos do direito natural eram a inteligência e a vontade divina, pela vigência do credo religioso e o predomínio da fé. Os princípios imutáveis e universais do direito natural podiam ser sintetizados na fórmula segundo a qual o bem deve ser feito, daí advindo os deveres dos homens para consigo mesmos, para com os outros homens e para com Deus. As demais normas, construídas pelos legisladores, seriam aplicações desses princípios às contingências da vida, v.g., do princípio jusnatural de que o homem não deve lesar o próximo, decorreria a norma positivada que veda os atos ilícitos. Segundo o jusnaturalismo teológico, o fundamento dos direitos naturais seria a vontade de Deus: o direito positivo deveria estar em consonância com as exigências perenes e imutáveis da divindade (SOARES, 2019, p. 150).

Foi apenas com o posterior movimento encabeçado principalmente pela Reforma Protestante, que agiu pelo questionamento e desfazimento dos dogmas defendidos pela Igreja Católica, e com a vinda do período do Racionalismo e Iluminismo, que a corrente jusnaturalista passou por outra importante fase do seu desenvolvimento. Com isso, esta se desvincula totalmente de seu caráter religioso e passa a ter um caráter muito mais racional e lógico-filosófico, que vieram a ser desenvolvidos principalmente por meio de expoentes desse período como Hugo Grócio e Immanuel Kant.

Quando o homem do renascimento produziu uma inversão antropocêntrica na compreensão do mundo, vendo-o a partir de si mesmo, e não mais a partir de Deus, o tratamento do problema da justiça sofreu uma marcante inflexão. A concepção do jusnaturalismo teológico foi, gradativamente, substituída, a partir do século XVII, em face do processo de secularização da vida social, por uma doutrina jusnaturalista subjetiva e racional, buscando seus fundamentos na identidade de uma razão humana universal.

O jusnaturalismo racionalista consolida-se, então, no século XVIII, como o advento da ilustração, despontando a razão humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e em todo o espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e a vida social. Esse movimento

jusnaturalista, de base antropocêntrica, utilizou a ideia de uma razão humana universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena de o direito positivo corporificar a injustiça. (SOARES, 2019, p. 152)

Por fim, temos a vertente do Jusnaturalismo contemporâneo quando, a partir do século XX, atingido por duras críticas feitas ao sistema, esta corrente passa a tentar incorporá-las em sua teoria. Com a entrada desta nova vertente, passou-se a reconhecer que a valoração de aspectos da justiça está muito relacionada com aspectos subjetivos e culturais de cada sociedade, de forma que se reconhece a relatividade do ideal de justiça defendida pela corrente aos longos dos anos.

Nesse sentido, o jusnaturalismo contemporâneo incorpora as críticas feitas a ele no século XIX, ao reconhecer a relatividade do conceito de justiça e sustentar que cada cultura valoriza a justiça de uma determinada forma. Sendo assim, repele-se a ideia de uma justiça perene e imutável, apresentando, em contrapartida, uma visão relativista quanto às possibilidades de configuração de um direito justo. Trata-se da constatação de que, em qualquer sociedade humana, haverá uma forma de vivenciar o direito justo, visto que a justiça se revela um anseio fundamental da espécie humana. O conteúdo do que seja o direito justo variará, contudo, no tempo e no espaço, ao sabor das exigências valorativas de cada cultura humana. (SOARES, 2019, p. 157)

Com isso podemos concluir que o jusnaturalismo passou por 4 importantes períodos em seu desenvolvimento, sendo estes no entendimento de Soares:

- a) o jusnaturalismo cosmológico, vigente na Antiguidade clássica;
- b) o jusnaturalismo teológico, surgido na Idade Média, tendo por fundamento jurídico a ideia da divindade como um ser onipotente, onisciente e onipresente;
- c) o jusnaturalismo racionalista, surgido no seio das revoluções liberal-burguesas dos séculos XVII e XVIII, tendo como fundamento a razão humana universal;
- d) o jusnaturalismo contemporâneo, gestado no século XX, que enraíza a justiça no plano histórico e social, atentando para as diversas acepções culturais acerca do direito justo (SOARES, 2019, p. 142)

Por fim, analisa-se que o jusnaturalismo desempenhou um importante papel na sociedade em que esteve presente ao apontar e fomentar reflexões acerca da própria natureza do direito e sobre sua constituição e papel na sociedade, permitindo assim uma busca por melhor entender os valores que nos guiam enquanto sociedade e sobre a concepção de um ideal de justiça.

Entretanto, embora a corrente tenha obtido notável sucesso em apontar essa necessidade de reflexão sobre um ideal de justiça, durante toda sua existência ela

não foi capaz de delimitar e apontar de forma concreta e satisfatória quais seriam esses valores universais que estariam contidos neste ideal. Dada esta dificuldade em apontar com concretude quais valores regeriam a convivência social, os ditames do direito e do que seria correto ou não ficou à mercê da subjetividade daqueles que detinham o poder para tanto, que passaram a ditar as regras ao seu bel prazer e conforme fosse mais conveniente para si, aproveitando-se do caráter subjetivo do direito como pretexto para tanto.

2.2. Juspositivismo

Dados os abusos e distorções que decorreram da corrente jusnaturalista, surge uma nova corrente exatamente com o objetivo de combater a subjetividade que dominava o sistema jurídico e seu uso apenas como uma forma de legitimar interesses de determinados grupos ou indivíduos que detinham o poder. Com o intuito de combater este uso incorreto do sistema jurídico, esta corrente se apega principalmente à positividade das normas, tendo assim ficado conhecida como a corrente do juspositivismo. Essencialmente, esta corrente defende que a aplicação da norma deve ser feita estritamente conforme a redação dada para esta, renegando que seja necessário para tanto qualquer juízo de valor ou interpretação acerca da norma, desta forma evitando que esta pudesse ser manipulada.

O juspositivismo teve sua época de maior ascensão ligada à formação do Estado moderno, no período após a Idade Média, no qual passou-se a ter uma monopolização jurídica do direito pelo Estado. Neste caso, o direito passa a ser colocado exclusivamente por meio de leis que regulamentam as questões intrínsecas de determinada sociedade, de forma que estas podem variar de sociedade para sociedade e sofrer alterações ao longo do tempo, em total oposição ao que era defendido pelo jusnaturalismo.

Sendo marcado principalmente por suas duras críticas à corrente do jusnaturalismo, o juspositivismo renega a ideia propagada pela corrente anterior sobre as duas instâncias do direito com o direito positivo e o direito natural, de forma que para os pensadores dessa corrente não existe outra forma de direito sem ser em sua forma positivada, reconhecendo esta como a única fonte do direito admitida.

Antes, o julgador podia obter a norma tanto de regras preexistentes na sociedade quanto de princípios equitativos e de razão. Com a formação do Estado moderno, o juiz, de livre órgão da sociedade,

torna-se órgão do Estado, titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo. O direito positivo – direito posto e aprovado pelo Estado – é, pois, considerado como o único e verdadeiro direito. (SOARES, 2019, p. 163)

Esta corrente extrai do direito todo o seu caráter valorativo, de forma que este passa a ser estudado e aplicado estritamente na forma em que está positivado no mundo, sem se fazer qualquer juízo de valor quanto aos efeitos produzidos. Neste pensamento, não existiria uma noção valorativa no que se refere a uma norma, devendo esta ser cumprida e efetivada nos exatos termos que foram previstos em sua positivação, independente do resultado obtido.

Na concepção moderna, o julgador, ao interpretar a lei, deveria ater-se à literalidade do texto legal, para que não invadisse a seara do Poder Legislativo, pelo que o magistrado deveria restringir-se à vontade da lei – voluntas legislatoris. A aplicação do direito seria, então, amparada no dogma da subsunção, pelo que o raciocínio jurídico consistiria na estruturação de um silogismo, envolvendo uma premissa maior (a diretiva normativa genérica) e uma premissa menor (o caso concreto), nos moldes preconizados pelo positivismo jurídico. (SOARES, 2019, p. 195)

Nota-se aqui que esta corrente teve como principal objetivo trazer uma estabilidade, previsibilidade e segurança ao sistema. Para tanto, a validade do direito passou a fundar-se unicamente em critérios que concernem a sua estrutura formal, prescindindo de qualquer aspecto ético que este venha a apresentar.

A segurança se traduz objetivamente como um elemento anterior, por meio das normas e instituições positivadas no sistema jurídico, enquanto a certeza do direito se forma intelectivamente nos destinatários dessas normas e instituições, como um elemento de convicção posterior. Dessa forma, a segurança objetiva das leis confere ao cidadão a certeza subjetiva das ações justas, segundo o direito positivo. (SOUZA, 1996, p. 25, apud SOARES, 2019, p. 177)

Tivemos como maior expressão desta corrente as ideias trazidas pelo filósofo alemão Hans Kelsen, ao pensar um sistema regido puramente pela ideia de formalismo e hierarquia, de forma que, para uma norma ser válida, bastava que esta detivesse a forma adequada e que seu conteúdo estivesse em acordo com outra norma hierarquicamente superior. Como pode-se notar pelas ideias de Kelsen, este sistema estaria despido de qualquer valoração normativa, sendo totalmente moldado unicamente conforme a vontade do poder original.

O ordenamento jurídico é vislumbrado como um sistema de normas, disposto hierarquicamente como uma pirâmide. As relações entre as normas se processam com liames de fundamentação e derivação. A

realidade de uma norma inferior depende de uma norma superior, que estabelece os critérios formais e materiais para sua criação. Sendo assim, privilegia-se tão somente a validade da norma jurídica, verificada pelo exame imputativo da compatibilidade vertical da norma jurídica com os parâmetros de fundamentação/derivação material e, sobretudo, formal, que são estabelecidos pela normatividade jurídica superior. Sendo assim, norma jurídica válida é aquela produzida de acordo com o conteúdo (o que deve ser prescrito), a competência (quem deve prescrever) e o procedimento (como deve ser prescrito) definidos pela norma jurídica superior, dentro da totalidade sistêmica hierarquizada e escalonada a que corresponde a pirâmide normativa. O sistema jurídico estaria, em última análise, fundamentado em uma norma hipotética fundamental (grundnorm), como pressuposto lógico-transcendental do conhecimento jurídico, cuja função seria impor o cumprimento obrigatório do direito positivo, independentemente de sua eficácia e de sua legitimidade enquanto direito justo. (SOARES, 2019, p. 182)

Desta forma, com a corrente do juspositivismo o debate sobre a justiça sofre um profundo esvaziamento teórico, uma vez que a própria noção de justiça passou a ser vinculada ao mero cumprimento ou não do texto legal.

Com isso, conclui-se aqui que a corrente do juspositivismo surgiu com uma boa intenção de combater os excessos causados pelo uso subjetivo do direito que era feito por indivíduos ou instituições apenas para defender seus próprios interesses sob pretextos jusnaturalistas. Imprescindível constatar que quanto a isto, que foi seu principal objetivo, a corrente do juspositivismo obteve considerável sucesso e durante um considerável período.

Entretanto, principalmente por conta do engessamento e entraves característicos da própria natureza deste sistema, esta corrente vem enfrentando grande dificuldade em se adaptar às novas demandas e desafios da sociedade pós-moderna, que busca por um sistema jurídico cada vez mais célere e dinâmico, conforme será demonstrado mais adiante.

Outro grande problema enfrentado pela corrente do juspositivismo decorre exatamente de sua rejeição e total afastamento de valores morais e éticos, de forma que não se tem parâmetros valorativos para definir se determinada norma e os resultados produzidos por esta são éticos ou não, tendo-se apenas um julgamento de se determinada atitude é legal ou ilegal. Conforme vislumbrado por John Locke (2005), tal característica levou uma disfunção do uso do direito na qual o Estado poderia se aproveitar dele para legitimar qualquer ação sua, independente desta ser correta ou não, sobre o pretexto da legalidade, mesmo que viesse a violar preceitos

fundamentais, a exemplo dos arbítrios cometidos pelos regimes totalitários do século XX.

2.3. O embate entre jusnaturalismo e juspositivismo – o grande dilema

Uma vez feita toda a exposição feita acima acerca das principais teorias jusfilosóficas que abarcaram a sociedade e do contexto em que essas se desenvolveram, busca-se agora fazer uma análise geral da dinâmica que foi gerada pelo enfrentamento entre ambas as correntes.

Logo de pronto vale constatar que ambas as correntes trouxeram grandes contribuições para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do sistema jurídico, mas ambas também tiveram grandes falhas em determinados pontos.

De um lado tinha-se a corrente do jusnaturalismo, pautada principalmente pelo regimento de um ideal de justiça. Conforme o pensamento desta corrente, o objetivo final do próprio direito como um todo seria exatamente a busca, a identificação e defesa e propagação desse ideal de justiça. Com isso, verifica-se que esta corrente preocupa-se muito mais com o resultado final alcançado por determinada norma, com os efeitos que esta irá produzir, do que com seu conteúdo e forma. Isso fica muito evidenciado através da máxima jusnaturalista de que uma norma deveria ser considerada inválida caso esta não refletisse o ideal de justiça.

Na tentativa de buscar e aplicar esse ideal de justiça ao caso concreto, acabou obtendo-se uma sociedade na qual os detentores do poder e aplicadores do direito eram dotados de muito mais liberdade e flexibilidade para se trabalhar com as normas, levando até a uma manipulação indevida desta por aqueles para alcançar seus interesses próprios.

Por outro lado, tem-se a corrente do juspositivismo, que surgiu exatamente como uma forma de contrapor a essa arbitrariedade e flexibilidade exacerbada gerada pelo pensamento jusnaturalista. Buscando atingir este objetivo, a corrente juspositivista defende que a referência do direito deve ser única e exclusivamente a norma positivada. Por meio desse pensamento acredita-se que aplicação da norma deve ser feita estritamente pela sua literalidade, renegando qualquer tipo de valoração ou interpretação que possa ser feita desta.

Com isso, a corrente juspositivista foi ao outro extremo, retirando integralmente da mão dos aplicadores do direito qualquer adaptação na aplicação da norma.

Desta forma, em contraponto ao sistema anterior, tivemos como resultado final um sistema extremamente engessado, rígido e insensível, sem que houvesse qualquer maleabilidade para considerar as situações complexas e variabilidades decorrentes da interação humana.

No fim, esta corrente também demonstrou alguns problemas, sendo um dos principais problemas constatados o de que, independentemente de quão específica e objetiva uma norma conseguisse ser, ela nunca seria capaz de prever e abarcar todos os fatores e complexidades da vida humana, todas as infinitas variáveis que poderiam influenciar na sua aplicação no caso concreto. Essa é a grande sina de todas as leis e normas positivadas no plano concreto – nunca conseguir contemplar por inteiro toda a complexidade e variabilidade da vida humana.

Se o século XX foi identificado pelos historiadores como a Era dos Direitos, à ciência jurídica resta uma sensação incômoda, ao constatar sua incapacidade de conferir plena eficácia ao numeroso rol de direitos conquistados. Volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos. Nessa direção, parece indispensável, embora não suficiente, a definição dos princípios de tutela da pessoa humana, como tem ocorrido de maneira superabundante nas diretivas europeias e em textos constitucionais, bem como sua transposição na legislação infraconstitucional. O legislador percebe a necessidade de definir modelos de conduta (standards) delineados à luz de princípios que vinculem o intérprete, seja nas situações jurídicas típicas, seja nas situações não previstas pelo ordenamento. Daí a necessidade de descrever nos textos normativos (e particularmente nos novos códigos) os cânones hermenêuticos e as prioridades axiológicas, os contornos da tutela da pessoa humana e os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, ao lado de normas que permitem, do ponto de vista de sua estrutura e função, a necessária comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto. (TEPEDINO, 2002, p. 21, apud SOARES, 2019, p. 203)

Entretanto, não se deve mal interpretar o que se objetiva dizer aqui. Acredita-se que as normas positivadas possuem extrema importância no sistema jurídico e desempenham um papel fundamental na sociedade. Sua principal função e contribuição seria trazer uma previsibilidade, estabilidade e segurança ao sistema jurídico que não conseguiriam ser obtidas de outra maneira, assim como ficou evidenciado pelas falhas constatadas na corrente jusnaturalista.

A segurança e a certeza do direito são necessárias para que haja justiça e, pois, direito justo, visto que a desordem institucional e a desconfiança subjetiva inviabilizam o reconhecimento de direitos e o correlato cumprimento das obrigações jurídicas.

Deve-se, entretanto, ressaltar que não mais se aceita o argumento formalista, típico do positivismo jurídico, de que a segurança jurídica e a certeza bastariam para a materialização do direito justo. O sistema normativo, como expressão da cultura humana, está em permanente mudança, exigindo a apropriação de novos valores e fatos na experiência jurídica. Sendo assim, a segurança jurídica e a certeza do direito não são dados absolutos nem tampouco a justificativa para que uma norma jurídica possa permanecer em vigor, mesmo que sua aplicação, em um dado caso concreto, esteja desprovida de efetividade e, sobretudo, legitimidade, por comprometer a ideia de justiça.

Exemplo ilustrativo é o debate atual sobre a possibilidade de relativização da coisa julgada, no panorama doutrinário e jurisprudencial brasileiro, visto que muitos estudiosos entendem que a consolidação das situações jurídicas pela coisa julgada deve quedar diante da constatação, em face de novos elementos probatórios, de eventuais injustiças cometidas contra uma das partes.

Desse modo, o valor da segurança jurídica e a convicção da certeza do direito, embora relevantes para a realização abstrata de justiça, comportam a relativização em determinadas circunstâncias, a fim de que se realize, em um dado caso concreto, a melhor interpretação e aplicação de um direito justo.

Como se apreende do exposto, as referidas variações do positivismo jurídico não abordam, com profundidade, o problema da justiça, priorizando as preocupações com os valores da ordem e da segurança, além de subordinar o exame da legitimidade do direito à especial observância dos critérios de validade formal que fundamentam a produção das normas jurídicas. (SOARES, 2019, p. 177)

Em contrário às normas positivadas, as normas mais genéricas do jusnaturalismo conseguiriam compreender de forma muito melhor todas as variáveis da vida humana, mas falham de forma grandiosa ao não conseguirem trazer uma rigidez e solidificação ao sistema igual a constatada no sistema juspositivista. No sistema jusnaturalista a interpretação da norma para aplicá-la ao caso concreto fica totalmente refém da atuação do ente responsável, de forma que este poderia facilmente distorcê-la conforme fosse conveniente, trazendo uma total insegurança para os membros daquela sociedade.

Este é o grande dilema que os pensadores do direito vêm enfrentando em tempos mais recentes – a dinâmica dicotômica gerada pelo enfrentamento dessas duas correntes, onde de um lado temos a estabilidade e segurança do sistema do juspositivismo e do outro a flexibilidade e adequação da norma propostas pelo jusnaturalismo. Enfrenta-se atualmente um forte embate entre estabilidade x

legitimidade, forma x finalidade, seguro x adequado. Este é o embate que os pensadores do direito têm travado tentando apurar qual dos lados seria melhor ou traria mais benefícios para a sociedade.

Por um lado, a teoria do direito constatou os limites do jusnaturalismo, visto que a fundamentação do direito justo no suposto direito natural revelou-se frágil, não só pela insegurança gerada pelo caráter absoluto e pela abstração metafísica do conceito, como também pela valorização excessiva do atributo da legitimidade em face da validade da normatividade jurídica, necessária para a manutenção mínima da ordem e da segurança na convivência humana em sociedade. Por outro lado, a teoria do direito ratificou os limites do positivismo jurídico na fundamentação do que seja o direito justo, em suas diversas feições legalista, lógica e funcionalista, em face do alheamento da doutrina do direito positivo à dimensão axiológica do fenômeno jurídico, sacrificando a legitimidade do ordenamento jurídico em nome de uma validade estritamente normativa, como alternativa para a realização ordenada da segurança jurídica (SOARES, 2019, p. 207)

Entretanto, o que se propõe com o presente trabalho é exatamente fugir da dicotomia gerada por estas duas correntes, buscando-se demonstrar que não é necessário entrar nesse embate entre seguir totalmente um caminho ou outro. Acredita-se que melhor opção seria buscar uma comunicação e convergência entre ambos, aproveitando as melhores características de cada.

Como dito anteriormente, nota-se que ambas as correntes trazem excelentes benefícios em determinados pontos e falham criticamente em outros. Entretanto, para sorte de todos, acredita-se que estes pontos são inversos e complementares, de forma que exatamente no ponto em que um falha o outro traz uma excelente solução.

3. PÓS-POSITIVISMO

Seguindo na linha destas ideias e tendo em vista os desafios enfrentados pelos principais correntes do pensamento jurídico-filosófico apresentadas anteriormente e as dificuldades cada vez maiores que o modelo jurídico vigente tem enfrentado em se adaptar às demandas da sociedade moderna, uma nova corrente jus-filosófica vem ganhando cada vez mais força dentre os teóricos e pensadores do direito, que buscam demonstrar que existe uma terceira para romper com a dicotomia gerada pelas correntes analisadas anteriormente.

Sendo conhecida como pós-positivismo, esta corrente é uma decorrência direta do juspositivismo, uma vez que ela também dá grande destaque e importância à

norma positiva por conta da segurança e estabilidade que estas trazem para a sociedade.

Entretanto, esta nova corrente inova exatamente ao retomar alguns dos conceitos basilares da corrente do jusnaturalismo, como os valores éticos. Diferente da corrente juspositivista, esta corrente não rejeita completamente os ideais de justiça e os valores éticos característicos do jusnaturalismo, mas, ao invés disso, ela reconhece que estes elementos também desempenham um papel importante na construção de um sistema jurídico, ajudando a aproximar e adaptar a norma rígida às complexidades das relações humanas.

Porém, diferentemente das correntes jusnaturalistas tradicionais, o pós-positivismo propõe uma nova forma de aproximação do direito com estes valores e ideais, sendo feito principalmente por meio de uma “Racionalidade Comunicativa”. Através desta nova forma de aproximação, busca-se chegar aos valores éticos e ideal de justiça através de uma análise social e do diálogo do direito com fatores humanos e sociais.

Desta forma, acredita-se que seria possível trazer uma maior concretude e solidez para estes valores e ideais, visando assim evitar incorrer naquele tradicional problema do jusnaturalismo, pelo qual estes conceitos eram totalmente distantes e metafísicos e de difícil compreensão e assimilação.

O direito, no âmbito do movimento jusnaturalista, se por um lado quebra o elo entre jurisprudência e procedimento dogmático fundado na autoridade, de outro, procura aperfeiçoar-se ao dar-lhe a qualidade de sistema. A teoria jurídica passa a ser um construído sistemático da razão e, em nome da própria razão, como uma crítica da realidade. Sendo assim, remanescem duas contribuições importantes: o método sistemático conforme o rigor lógico da dedução; e o sentido crítico-avaliativo do direito posto em nome de padrões éticos contidos nos princípios reconhecidos pela razão humana. (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 30, apud SOARES, 2019, p. 194)

Com isso, a corrente do pós-positivismo coloca os princípios gerais do direito em um papel de extremo destaque e de suma importância na construção de seu sistema, enxergando-os como sendo a melhor forma de realizar a pretendida solidificação e assimilação destes conceitos metafísicos.

Em suma, a corrente pós-positivista visa capturar as melhores características dos sistemas que o antecederam, unindo a segurança e estabilidade das normas

positivadas em atuar como guia e dar previsibilidade à sociedade com a flexibilidade e adaptabilidade que os princípios propiciam no momento de aplicação do direito pelo magistrado.

4. A CRISE DO SISTEMA JURÍDICO ATUAL E O PÓS-POSITIVISMO

Uma vez analisadas as características centrais e os aspectos históricos que envolvem as principais correntes jus-filosóficas que existiram até o momento, tem-se agora um melhor embasamento para se compreender os aspectos gerais da crise que tem abalado o sistema jurídico atual e seus motivos, de forma que passa-se agora a sua análise, posteriormente avaliando as contribuições que o sistema do pós-positivismo poderia trazer para ajudar a solucionar esta crise.

4.1. Problemas enfrentados pelo sistema atual

Conforme já se apontou diversas vezes no decorrer do presente trabalho, o sistema jurídico atual vem passando por uma profunda crise fundada principalmente na dificuldade que este tem apresentado em se adequar e adaptar às demandas da sociedade moderna. Mas afinal, quais são essas demandas e porque o sistema atual tem tido dificuldade em atendê-las?

É fato que a sociedade atual vem passando por profundas mudanças e transformações, desencadeadas principalmente pelo advento e desenvolvimento de novas tecnologias e da internet. Essas inovações, desde que surgiram, têm surtido profundos impactos na organização da sociedade e na própria forma como nos relacionamos uns com os outros. Essas novas tecnologias têm tornado as relações cada vez mais dinâmicas e obrigado a ter respostas e reações cada vez mais rápidas para se adaptar a esta realidade, devendo buscar um desenvolvimento e aprendizado constante para acompanhar o seu ritmo. Esta tem sido a principal característica sobre a qual o sistema jurídico atual vem enfrentando grande dificuldade em se adaptar.

A questão é que o sistema jurídico atual ainda mantém fortes traços de rigidez e engessamento obtidos através da influência que a corrente juspositivista influiu sobre este. A essência mais legalista do sistema atual passou a impor dificuldades para este acompanhar a velocidade das dinâmicas sociais e os anseios da sociedade por uma reaproximação com os valores e ideias humanos.

Sobre as repercussões do paradigma pós-moderno no fenômeno jurídico, sustenta Cláudia Marques que, com o advento da sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente, nasce também uma crise sociológica, denominada, por muitos, pós-moderna. Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e que se modificam com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil e por forçar a evolução dos conceitos do direito, propõem uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora, muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns, o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito; para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito. (MARQUES, 2002, p. 155, apud SOARES, 2019, p. 201)

Por conta disso, a forma de funcionamento do sistema jurídico atual tem provocado consideráveis insatisfações da sociedade, sendo que se analisa que estas têm duas fontes principais. A primeira insatisfação é mais subjetiva e está mais relacionada ao não atingimento de um ideal de justiça, no qual pode-se observar decisões totalmente válidas do ponto de vista técnico, mas que mesmo assim acabam por gerar um sentimento negativo de injustiça em grande parte da sociedade. Isso acaba acontecendo principalmente pela característica já diversas vezes abordada no decorrer do presente trabalho de que a lei positiva é uma lei fria, ou seja, ela não consegue compreender e capturar só pelo texto todas as complexidades e possibilidades decorrentes da relação humana. Com isso, o magistrado, no momento de aplicação da lei, fica restrito à sua aplicação literal, sem muito espaço de interpretação, muitas vezes propiciando uma não adequação total desta ao caso concreto.

A outra insatisfação é mais técnica e objetiva e está relacionada à dificuldade que o sistema enfrenta em acompanhar a velocidade de transformação da sociedade pós-moderna, que geram uma forte demanda por respostas rápidas às constantes inovação e descobertas. Conforme exposto anteriormente, a sociedade atual é pautada principalmente por dinâmicas velozes, que acabam por acarretar transformações cada vez mais rápidas e, logo, no surgimento de novas demandas que também precisam ser enfrentadas de forma rápida. Entretanto, se tem uma

característica que o sistema jurídico atual tem dificuldade em obter é rapidez para solucionar as questões postas.

Isto ocorre pois, como toda a base do sistema legalista são as leis, acaba-se por ter uma extrema dependência do poder legislativo. Nesta linha de pensamento, caso surja uma nova questão a ser enfrentada pelo direito, este vai estar à mercê da atuação do legislativo para se garantir uma resposta. Junta-se isso com um poder legislativo marcado por ineficiência e pelo não-enfrentamento das questões de grande relevância, como é o legislativo brasileiro, e obtém-se um sistema jurídico extremamente travado, moroso e insatisfatório.

Desta forma, com uma sociedade marcada pelo surgimento cada vez mais rápido de novas demandas, acaba-se por não conseguir acompanhar este ritmo e que diversas questões ficam por esperar uma solução por longos períodos de tempos, criando uma verdadeira barreira para o desenvolvimento da sociedade e uma enorme insatisfação social, que acaba por desacreditar no sistema. Além disso, a necessidade de respostas para as questões mais proeminentes da sociedade e um não enfrentamento destas questões pelo legislativo acaba-se por gerar um dos grandes males que se vem observando em tempos mais recentes - o ativismo judicial.

Esses dois fatores combinados acabaram por gerar as insatisfações com o sistema que nota-se na sociedade atual, que culminou na presente crise percebida atualmente, sendo que esta tem como principal fundamento uma descrença na real eficácia do sistema jurídico atual em atender as demandas da sociedade pós-moderna.

4.2. Contribuições trazidas pelo pós-positivismo

Frente à crise enfrentada pelo sistema jurídico atual ao tentar se adequar à realidade pós-moderna, conforme visto no tópico anterior, e uma vez analisadas as principais ideias e características da corrente pós-positivista, passa-se agora a uma reflexão sobre como estas podem contribuir para a solução dos problemas apresentados.

Para melhor analisar as contribuições que a corrente do pós-positivismo traria para o sistema jurídico atual, vamos dividir a eficácia das normas em dois momentos: sua existência (no plano material) e sua aplicação (no caso concreto). De pronto vale

observar que, conforme dito anteriormente, estes dois momentos são, ao mesmo tempo, opostos e complementares. Desta forma, quanto mais concreta e objetiva for uma norma melhor para o plano da existência, entretanto mais difícil sua aplicação no caso concreto. Da mesma maneira, quanto mais genérica e fluida for uma norma, extremamente difícil será sua existência no plano material, mas mais fácil será sua aplicação ao caso concreto.

Frente a este entendimento, fica claro que o sistema ideal seria aquele que conseguisse conceber uma junção de ambas as formas, um sistema que trouxesse normas concretas (rígidas) e objetivas para validar sua existência no plano material, mas ao mesmo tempo trouxesse normas genéricas e fluidas para facilitar sua aplicação no caso concreto. Conforme já visto, esta é exatamente a proposta trazida pelo pós-positivismo.

O sistema do pós-positivismo acredita na existência de normas positivadas para trazer a previsibilidade, segurança e concretude necessária ao sistema, mas ao mesmo tempo prevê que sua aplicação deve ser feita conforme os princípios (normas genéricas e fluidas), os quais permitiriam uma melhor harmonização da norma com o caso concreto.

Corroborando essa perspectiva, afirma Miguel Reale (1994, p. 74) que, sendo a experiência jurídica uma das modalidades da experiência histórico-cultural, compreende-se que a implicação polar fato-valor resolve-se em um processo normativo de natureza integrante, cada norma ou conjunto de normas representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a compreensão operacional compatível com a incidência de certos valores sobre os fatos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e sua aplicação.

Como se depreende do exposto, não se concebe mais o ordenamento jurídico como um sistema hermético, mas uma ordem permeável aos valores e aos fatos da realidade cambiante. Daí decorre a compreensão do ordenamento jurídico como um fenômeno dinâmico e, pois, inserido na própria historicidade da vida humana.

O direito pós-moderno é, igualmente, prospectivo. A própria dinamicidade do fenômeno jurídico exige do legislador a elaboração de diplomas legais marcados pela textura aberta. A utilização de fórmulas normativas propositadamente genéricas, indeterminadas e contingenciais revela a preocupação de conferir a necessária flexibilidade aos modelos normativos, a fim de poder adaptá-los aos novos tempos (REALE, 1994, p. 74, apud SOARES, 2019, p. 203)

Desta forma, a partir dessa dualidade entre norma positivada e princípio, seria possível dotar o sistema de uma maior dinamicidade, tal qual a demandada pela

sociedade atual. Por meio deste sistema, conseguiria-se trazer uma resposta para os dois principais desafios enfrentados pelo sistema atual conforme exposto anteriormente, de forma que haveria uma mudança na própria forma de funcionamento do sistema, dando uma maior força a atuação do magistrado quando da aplicação da lei no caso concreto, o que possibilitaria: (i) uma maior adequação da norma ao caso concreto, levando a uma reaproximação do sistema com os valores e ideais humanos por meio dos princípios e assim respondendo aos anseios sociais por um ideal de justiça, e; (ii) a facilitação da atuação do magistrado para resolver problemas ainda não enfrentados, tendo como base os princípios para nortear seu julgamento, levando assim a uma resposta mais veloz do sistema jurídico para as questões que surgirem.

4.3. Principais críticas ao pós-positivismo

Entretanto, diferentemente de outras teorias jus-filosóficas, que geralmente possuem caráter utópicos, este artigo não pretende vender o Pós-Positivismo como um sistema perfeito sem qualquer questão a ser enfrentada. Longe disso. Inclusive, constata-se aqui que parte dos problemas que acontecem na prática decorrem em sua grande maioria exatamente por não terem sido previstos pelos pensadores da teoria ao tratarem-na como sendo perfeita.

Pensando nisso, aponta-se logo de pronto aqui que, como qualquer outro sistema que já foi ou venha a ser implementado, o Pós-Positivismo também possui seus problemas e desafios a serem enfrentados quando de sua aplicação.

As principais críticas e o maior desafio a ser enfrentado pelo pós-positivismo se relaciona principalmente com a forma de aplicação do direito pelo juiz. A extensão da flexibilidade que será dada ao juiz e a forma de como isso seria executado é uma questão que vem preocupando diversos pensadores do direito.

Essa preocupação tem como fundamento principal um receio de que esta flexibilidade abra brechas para uma interpretação arbitrária pelos magistrados de forma a se utilizar dela para julgar o caso conforme suas próprias crenças ou interesses, de forma muito similar com o que acabou acontecendo sob a corrente do jusnaturalismo. Outra preocupação apontada é de se os elementos subjetivos e metafísicos trazidos pelo pós-positivismo na aplicação do magistrado permitiriam uma revisão ampla de sua decisão em instâncias superiores, ou se esta seria

impossibilidade de forma que tudo se resumiria à interpretação que o juiz deu ao caso concreto, o que seria muito difícil de revisar.

Realmente, estes são fatores de grande risco e importância com os quais o sistema pós-positivista terá de lidar. Conforme já demonstrado pela experiência jusnaturalista de tempos passados, ao dar-se um maior poder e flexibilidade para os aplicadores do direito e detentores do poder, há um grande risco de que estes se aproveitem disso para defenderem interesses próprios e de que seja difícil contestar essas ações.

Com isso, percebe-se que a forma de atuação dos magistrados exerce um papel de fundamental importância dentro da teoria pós-positivista, tendo este de ser repensado e reformulado para poder dar certo. Desta forma, passa-se agora a uma análise mais detalhada sobre a atuação do juiz dentro do sistema jusnaturalista e a resposta que os pensadores pós-positivistas dão como possível solução à questão levantada aqui.

5. A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NO PÓS-POSITIVISMO

Fato é que o direito sempre foi uma ferramenta muitíssimo importante para o desenvolvimento e prosperidade das mais diversas sociedades. É por meio desta ferramenta que o homem conseguiu organizar sua vida na sociedade, ao colocar um certo conjunto de regras que deveriam ser conhecidas e seguidas por todos. Entretanto, simultaneamente com este conjunto de regras, também foi necessário criar um poder de interpretá-las, julgá-las e garantir sua aplicação no caso concreto.

Diversas foram a forma de reger, regular e julgar a vida na sociedade que surgiram com o passar dos anos. Da mesma forma que diversas foram as formas de direito na sociedade, diversas também foram os entes que ficaram responsáveis por assumir este poder ao longo da história. Tal ente poderia ser previsto na forma de uma pessoa singular, de um grupo de pessoas ou, até mesmo, de toda a sociedade.

Entretanto, fato é que, independentemente de qual ente ficasse responsável em assumir este poder, este ente teria a capacidade de influenciar e ditar como seria a vida naquela sociedade, o que estaria permitido ou não, quais condutas seriam toleradas ou incentivadas e quais seriam punidas e desencorajadas. A questão aqui

é que, independentemente do que estivesse previsto na lei, sempre dependeria da interpretação de um terceiro para ter sua aplicação no caso concreto.

Isto ocorre porque, independentemente de quão específica e objetiva uma norma conseguisse ser, ela nunca seria capaz de prever e abarcar todos os fatores e complexidades da vida humana, todas as infinitas variáveis que poderiam influenciar na sua aplicação no caso concreto.

Tentou-se uma certa forma de mitigação a este fator na corrente do juspositivismo, de forma que o juiz estaria restrito apenas à aplicação da lei nos exatos termos em que está foi escrita, dando assim um papel de maior destaque ao legislativo. Entretanto, tal direcionamento veio a resultar em alguns outros problemas conforme já destacados em tópicos anteriores, gerados principalmente exatamente por este afastamento do juiz do caso concreto, aplicando-se aplicação da lei de forma fria.

A partir desta experiência foi possível aprender que o juiz detém um papel de enorme importância dentro de um sistema jurídico. No fim, é ele que vai estar responsável por avaliar a situação apresentada e fazer essa aproximação entre a lei posta e sua aplicação ao caso concreto.

Segundo defende a corrente pós-positivista, é exatamente por este fator que deveríamos estar buscando uma maior aproximação do juiz com o caso concreto, e não seu afastamento conforme entende a corrente positivista. É do julgamento e decisão do juiz que serão produzidos efeitos realmente capazes de impactar na realidade das partes. Desta forma, este deve estar próximo ao caso concreto para conseguir compreender por completo as complexidades do caso concreto e os efeitos que serão produzidos de sua decisão, a fim de averiguar se realmente se alcançará o resultado esperado pela lei.

Sob o influxo do pensamento pós-positivista, cristaliza-se um novo modelo interpretativo. Entende-se que o ato de interpretar e aplicar o direito envolve o recurso permanente a instâncias intersubjetivas de valoração. O raciocínio jurídico congrega valores, ainda que fluidos e mutáveis, porquanto o direito revela-se como um objeto cultural, cujo sentido é socialmente compartilhado. A hermenêutica jurídica dirige-se à busca de uma dinâmica voluntas legis, verificando a finalidade da norma em face do convívio em sociedade. Desse modo, o relativismo potencializa uma hermenêutica jurídica construtiva, voltada para o implemento da justiça social.

Na transição pós-moderna, é esse fenômeno jurídico plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo que abre margem para a emergência do pós-positivismo jurídico, como movimento que busca superar a dicotomia jusnaturalismo vs positivismo jurídico na fundamentação do significado de um direito justo. (SOARES, 2019, p. 206)

Neste sistema, os princípios serviriam para demonstrar ao juiz qual é o verdadeiro objetivo ao qual se pretende chegar, qual os valores que devem ser objetivados alcançar no momento de aplicação da lei, um verdadeiro destino final. Entretanto, dado o caráter mais genérico dos princípios, os juízes poderiam se sentir confusos quanto qual caminho tomar para se chegar a este objetivo, mas é exatamente aí que entraria o papel da norma positivada.

Complementarmente ao papel dos princípios no sistema, as normas positivadas atuariam como verdadeiros guias, demonstrando e auxiliando os juízes a visualizarem quais caminhos devem adotar para se chegar ao objetivo final, para se chegar aos princípios aplicados no caso concreto.

Neste aspecto, observa-se que no julgamento do caso concreto o juiz utilizaria a norma positivada como uma bússola, como uma forma de orientar a direção na qual deve ir, auxiliando-o em sua análise do caso concreto e na visualização do caminho da solução. A norma positivada funcionaria também como um “corta-caminho”, facilitando a interpretação do juiz sobre qual linha de pensamento adotar ao realizar o julgamento do caso concreto.

Entretanto, importante frisar que, embora admita-se que a norma positivada possa auxiliar o juiz como guia, este nunca deve aplicá-la pura e simplesmente como um fim em si mesma. Como visto, a norma não existe por si só, de forma que ela atuará sempre como um meio para um fim (o princípio), mas nunca um fim em si mesma. Como já explicado anteriormente aqui, no pensamento pós-positivista a norma não é válida por si só, não é um fim em si mesmo, mas sim um caminho, um guia para o verdadeiro fim/objetivo que são os princípios.

Porém, conforme apontado no tópico anterior, por conta dessa proximidade do juiz ao caso concreto muitos teóricos temem que ela venha a anuviar o julgamento dele, tornando-o parcial ou até mesmo interessado em certo resultado. Dada esta preocupação, alguns pensadores já vêm trabalhando em buscar formas pelas quais conseguiria-se evitar que isso viesse a acontecer.

5.1. Formas de evitar a arbitrariedade do juiz

Pensando exatamente nas principais críticas levantadas sobre a atuação do juiz no pós-positivismo, os pensadores dessa corrente defenderem a utilização da razão como o principal instrumento na solução desta questão. Eles acreditam que por meio da razão seria possível identificar e capturar esses conceitos subjetivos, tentando com isso trazer uma maior solidez e concretude para estes.

É a razão que anima a ciência e suas aplicações; é ela também que comanda a adaptação da vida social às necessidades individuais ou coletivas; é ela, finalmente, que substitui a arbitrariedade e a violência pelo Estado de Direito e pelo mercado. A humanidade, agindo segundo suas leis, avança simultaneamente em direção à abundância, à liberdade e à felicidade. (TOURAINÉ, 1994, p. 9, apud SOARES, 2019, p. 187)

Não à toa, Kant desenvolve toda a sua teoria sobre normas e valores trazendo a razão como elemento principal. Em sua compreensão esta seria utilizada como uma ferramenta para fundamentar o entendimento e tradução destes elementos subjetivos no que ele chamou de “imperativo categórico”.

Com efeito, Kant preocupa-se em fundamentar a prática moral não na pura experiência, mas em uma lei inerente à racionalidade universal humana, o chamado imperativo categórico – age só, segundo uma máxima tal, que possa querer, ao mesmo tempo, que se torne uma máxima universal. A ética é, portanto, o compromisso de seguir o próprio preceito ético fundamental e pelo fato de segui-lo em si e por si. O homem que age moralmente deverá fazê-lo não porque visa à realização de qualquer outro algo, mas pelo simples fato de colocar-se de acordo com a máxima do imperativo categórico. O agir livre é o agir moral. O agir moral é o agir de acordo com o dever. O agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal a ser inscrita em toda a natureza humana. (KANT, 2005, p. 121, apud SOARES, 2019, p. 186)

Entretanto, com o maior desenvolvimento desta teoria, percebeu-se e a razão pura e simples não seria suficiente para capturar esses valores de forma geral, uma vez que cada indivíduo poderia vir a percebê-los de forma diferente e singular de acordo com sua compreensão de mundo. Com isso, passou-se a pensar em um tipo mais específico de razão, uma que seria construída a partir da análise e comunicação dos aspectos da sociedade como um todo, também levando em conta a percepção individual de cada um. Tal linha de pensamento ficou conhecido como “Racionalidade Comunicativa”, tendo o filósofo Jürgen Habermas como um dos seus principais expoentes.

Outrossim, rompe-se com os limites da razão moderna para congregar valores e vivências pessoais. A racionalidade é inserida no processo comunicativo. A verdade resulta do diálogo entre atores sociais. Essa nova razão brota da intersubjetividade do cotidiano, operando em uma tríplice dimensão. A racionalidade comunicativa viabiliza não só a relação cognitiva do sujeito com as coisas (esfera do ser), como também contempla os valores (esfera do dever-ser) e emoções (esfera das vivências pessoais).

Não é outro o entendimento de Jürgen Habermas (1997, p. 145), para quem uma compreensão exclusivamente instrumental ou estratégica da racionalidade é, de algum modo, inadequada. Situa Habermas a ciência, em face da pluralidade de interesses humanos, tais como a dominação da natureza, por meio da reprodução material da espécie, e o desenvolvimento da intersubjetividade, por meio do uso da linguagem que preside a ordenação da vida social e cultural.

Ao propor uma reconstrução racional da interação linguística, sustenta Habermas que a ação comunicativa permite que os atores sociais movimentem-se, simultaneamente, em variadas dimensões, pois, por meio da competência comunicativa, os indivíduos fazem afirmações sobre fatos da natureza, julgam os padrões de comportamento social e exprimem seus sentimentos pessoais. Com a racionalidade comunicativa, criam-se, portanto, as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir.

Trata-se, pois, de uma razão dialógica, espontânea e processual: as proposições racionais são aquelas validadas em um processo argumentativo, em que se afigure o consenso mediante o cotejo entre provas e argumentações. Nesse sentido, a racionalidade adere aos procedimentos pelos quais os protagonistas de uma relação comunicativa apresentam seus argumentos, com vistas à persuasão dos interlocutores. (HABERMAS, 1997, p. 145, apud SOARES, 2019, p. 200)

Por esta teoria, buscou-se evitar uma subjetividade exacerbada por meio da aproximação dos conceitos metafísicos do sistema com a realidade concreta da sociedade, de maneira a abarcar a todos. Com isso, através da racionalidade comunicativa seria possível realizar a compreensão e assimilação destes valores com base na percepção da sociedade como um todo, de forma a torná-los mais concretos e universais.

Além de todos os pontos apresentados, tem que se ter em mente que se ter em mente que o sistema do pós-positivismo é um sistema como um todo, de forma que sua aplicação não é pensada para ser feita de forma setorial ou parcial. Na aplicação do sistema como um todo já estariam abarcados conjuntamente uma reformulação do próprio papel e forma de atuação dos magistrados. Desta forma, estes teriam de passar por uma transição de sua forma de pensar conforme o pós-positivismo e “treinamentos” para auxiliá-los a exercer sua função da forma correta e esperada.

O fenômeno jurídico pós-moderno assume, também, um caráter reflexivo. O direito moderno figurava como um centro normativo diretor que, mediante o estabelecimento de pautas comportamentais, plasmava condutas e implementava um projeto global de organização e regulação social. Na pós-modernidade, entretanto, o direito passa a espelhar as demandas da coexistência societária. Sedimenta-se a consciência de que o direito deve ser entendido como um sistema aberto, suscetível aos influxos fáticos e axiológicos. (SOARES, 2019, p. 202).

Com isso, observa-se que a própria forma como o juiz entende e aplica o direito deveria ser repensada e reeducada, de maneira a fazer com que este consiga perceber e aplicar estes conceitos mais abertos ao caso concreto.

5.2. É possível substituir juízes por robôs?

Por fim, dada a crescente da digitalização e automatização de diversas áreas do conhecimento, com o direito não seria diferente. Já é possível encontrar atualmente diversos sistemas e softwares que buscam automatizar a prática da advocacia, até mesmo na confecção de petições. Entretanto, será que esta automatização conseguiria ser levada para o campo da análise subjetiva dos juízes? Será que um dia os juízes poderiam ser substituídos por robôs?

No presente tópico busca-se por meio de uma experiência imaginativa dedutiva analisar a esta questão e demonstrar que, mesmo parecendo ser meio absurda e até mesmo boba, ela pode trazer grandes revelações sobre o sistema atual e sobre o caminho que se deseja seguir no futuro.

Para se ter uma melhor reflexão sobre a questão apresentada, parte-se de uma outra questão: caso você tivesse uma questão complexa a ser decidida pelo judiciário, você confiaria essa decisão a um robô? Prevê-se aqui que grande parte das pessoas teriam algum tipo de reticência quanto a este caminho, principalmente quanto mais complexo for o caso em questão. Embora a grande maioria viria a concordar que os robôs são ótimos para realização de tarefas mecânicas e lógicas, fato é que por outro lado eles apresentam grande dificuldade em compreender questões mais complexas e subjetivas relacionadas à vida humana. Tendo isso em vista, seria no mínimo contraditório buscar uma mecanização de aspectos jurídicos.

Entende-se aqui que esta é uma proposta bem similar àquela trazida pela corrente do juspositivismo. Conforme já explicado anteriormente, o principal pensamento defendido por esta corrente é de uma aplicação literal da lei ao caso

concreto, sem qualquer tipo de juízo de valor. Ora, dado o exposto aqui, quem melhor para realizar esta tarefa se não um robô? Por meio de sua aplicação estaria garantindo-se de forma integral qualquer juízo de valor que poderia ser feito sobre o caso, uma vez que este não é condizente com a própria natureza das máquinas, de forma que os casos seriam julgados pura e simplesmente por uma associação material entre os conteúdos das leis e o caso concreto.

Entretanto, imaginar tal situação geraria pelo menos um certo sentimento de estranheza e receio na maioria das pessoas. Isso se dá principalmente porque a nossa própria existência como seres humanos não é regida por um conceito binário como sim ou não, bem ou mal, legal ou ilegal, mas sim dotada de diversas complexidades e nuances que fazem as coisas não serem tão simples (preto no branco).

É exatamente por conta desse raciocínio que a corrente do pós-positivismo acredita que na realidade precisaríamos de juízes cada vez mais próximos dos casos concretos, sendo capazes de analisar todas as complexidades e desdobramentos contidos nesses, pois somente assim se conseguiria identificar um verdadeiro ideal de justiça e alcançar decisões realmente eficazes que tenham efeitos positivos na sociedade.

Desta forma, respondendo à pergunta colocada no início deste tópico, conclui-se que não seria possível realizar a substituição de juízes humanos por robôs pois entende-se que a própria prática do direito como ciência prescinde de um caráter e uma visão humana capaz de compreender questões particulares à nossa própria existência. Afinal, o direito só existe em função deste caráter humano.

6. CONCLUSÃO

A partir das análises realizadas ao longo do presente artigo, passando-se pelas principais correntes jus-filosóficas da atualidade e chegando até a corrente do pós-positivismo, é possível concluir-se que a crise vivenciada pelo sistema jurídico atualmente está vinculada principalmente com o próprio modelo assumido por este. Tendo fortes inspirações positivistas, o modelo atual sofre dificuldades ao tentar se adaptar à sociedade pós-moderna, marcada por relações cada vez mais dinâmicas e uma velocidade de desenvolvimento cada vez mais alta. Tendo como foco principal uma solidez e rigidez que buscaram trazer mais segurança e estabilidade ao sistema, estas características também acabaram por contribuindo para um engessamento e

lentidão daquele, trazendo grandes dificuldades para que consiga acompanhar o ritmo acelerado de desenvolvimento da sociedade atual.

Com isso, o presente artigo buscou demonstrar que o sistema do pós-positivismo poderia trazer grandes contribuições para o solucionamento da crise vivenciada atualmente. Por meio da junção do caráter rígido e concreto proposto pelo positivismo jurídico com a dinamicidade e flexibilidade características do jusnaturalismo, este sistema se mostra como uma das melhores opções para as demandas da sociedade atual. Importante destacar aqui que o potencial deste sistema passa sobre um ponto de enorme relevância que é o papel desempenhado pelos juízes e sua própria forma de atuação, que devem ser repensados e reformulados para que se tenha uma eficácia do sistema em sua plenitude.

Entretanto, apesar de toda análise e reflexões feitas ao longo do presente artigo, a principal conclusão que se pode tirar a partir destas é a necessidade e importância de se refletir sobre o sistema jurídico como um todo, buscando sempre seu aperfeiçoamento para melhor atender à sociedade. Fato é que os pensadores do direito possuem uma missão de última importância em pensar em formas de adaptar e compatibilizar o sistema jurídico atual com as demandas sociais impostas pela pós-modernidade, de maneira que a permanência e aprofundamento da crise ou a prosperidade e triunfo do sistema depende da capacidade daqueles em cumprir essa missão com sucesso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SOARES, Ricardo Maurício F. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553611201. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611201/>. Acesso em: 11 de nov. de 2022.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1999.

ABBAGNANO Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 3ª Edição. [S.l]: Editora Utet, 1998

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 494-495.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Carlos Roberto Rosanelli Vieira da Silva

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (inserir TIA), período (inserir período), turma (inserir turma), tendo realizado o TCC com o título: UMA ANÁLISE DO PÓS-POSITIVISMO COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE JURÍDICA NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA sob a orientação do(a) Professor(a) CARLOS EDUARDO NICOLETTI CAMILLO declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

Carlos Silva

Assinatura do discente