

Velhos novos direitos. O milênio do pós-positivismo

Senomar Teixeira Junior*

A humanidade vive um tempo onde os valores cada vez mais ganham a importante função de ocupar o espaço vazio no imaginário coletivo. Falo dessa lacuna, como a de uma pergunta sem respostas, que a sociedade percebe a cada vez em que fatos pontuais e questões de grande repercussão chocam o senso comum. Fatos criminais, sejam de homicídios nos sinais de trânsito, sejam de assaltos dos cofres públicos e ausência de seriedade de governantes e políticos desonestos ou aparentemente desavisados do que acontecia de errado debaixo de seus narizes. Fatos não criminais, como as mortes nas filas da Previdência ou a grande quantidade de tributos que se nos impõem por Governos que muito exigem e pouco oferecem. Nesses conflitos sociais, o povo é tomado por um sentimento de incapacidade. Um consenso coletivo de que algo está errado.

A Ciência do Direito não está isenta de tal processo social. O isolacionismo científico do positivismo jurídico fez com que as regras fossem construídas pelos juristas sem a participação dos atores das demais ciências sociais

aplicadas. A solução positivista de ultrapassar as inseguranças do jusnaturalismo, não resolveu o problema da qualidade efêmera das regras de direito que por si mesmas são incapazes de produzir justiça. No pós-guerra de 1945, a alegação dos criminosos de guerra de que cumpriam as regras positivadas no ordenamento jurídico ao qual estavam subordinados, fez-nos constatar definitivamente isso.

Kelsen isolou a Ciência do Direito. E quase todos nós fomos formados nos bancos das faculdades como filhos da Teoria Pura do Direito do velho Hans. Esse isolamento afastou a moral e a ética como vetores da interpretação e aplicação das normas. Daí por diante, em nome da segurança jurídica, agimos nós operadores do direito por décadas como os cruzados matando em nome de Deus, só que nossa vítima foi a justiça. Em muitas causas, casos e causos assisti o direito escrito e interpretado ao rigor do positivismo sendo o carrasco de homens e mulheres que mereciam justiça, mas sucumbiram por conta da impossibilidade de dobrar-se a regra, mesmo quando ela ia de encontro a um princípio jurídico.

Felizmente, a partir do reflexo que a relatividade de Einstein e a mecânica quântica ocasionaram no âmbito de todas as ciências, a limitação da cientificidade do Direito herdada do modelo de racionalidade moderno entrou em crise como paradigma. O resultado foi a acepção da pluralidade de condições sociais e teóricas que a pós-modernidade encara como sendo objeto da ciência.

O pós-positivismo jurídico refunde a ética e a moral ao direito. Não se trata de uma releitura do jusnaturalismo, mas um giro epistemológico do Direito que permite-nos admitir os princípios como normas, fazendo-os prevalecer diante das regras quando em colisão, inaugurando a jurisprudência dos valores. É certo que não conseguirei esgotar nesse artigo as inovações e as conseqüências do pós-positivismo. Nem pretendo tanto. Mas o fato que quero chamar atenção aos profissionais do Direito é que depois do giro pragmático da lingüística e da filosofia da linguagem, dos avanços da Sociologia e da admissão das novas tecnologias nas demais ciências sociais aplicadas e nas ciências humanas, assim como, na Ciência em geral, é chegada a hora de que voltemos ao estudo das

Teorias do Direito, para trazermos à prática diária o que há de novo no Direito. Sim, porque para muitos advogados, juízes e promotores, Dworkin ainda parece nome de remédio e Alexy soa como nome de ginasta europeu. Enquanto as contribuições desses teóricos do pós-positivismo não saírem do espaço acadêmico para as salas de audiência, não poderemos verdadeiramente reconhecermo-nos como uma nação onde as garantias fundamentais são o objeto do nosso esforço fundamental de levar os direitos a sério.

*advogado em Recife (PE), especialista em Processo Civil

TEIXEIRA JUNIOR, Senomar. Velhos novos direitos. O milênio do pós-positivismo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1312, 3 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9463>>. Acesso em: 08 fev. 2007.