

PÓS POSITIVISMO JURIDICO E UMA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

CARNEIRO, Yuri Castro

RESUMO

A transição histórica do período moderno para o que construímos atualmente, o pós-modernismo, não é marcada apenas por transformações econômicas ou das relações interpessoais, ao contrário, os reflexos dos fatos históricos progressos interferem substancialmente na realidade do indivíduo no século XXI e no que há de mais importante no aspecto relacional, o direito. Entendendo a realidade como plano que contém os objetos a serem alterados pelo homem e consequentemente tão fluídos quanto estes que o alteram, o direito atravessou um processo de transformação que culminou na chegada do Pós positivismo jurídico após passar por momentos de extrema desconfiança e de crise no que tangenciava os seus objetivos, e a sua justificativa. Foi a discussão sobre os seus novos métodos interpretativos e as bases filosóficas para construção de um novo ordenamento que possibilitaram a construção deste artigo, onde tentaremos explicar sob qual égide e qual pretensão está sendo formulada a nova concepção do justo, e qual a influência do Pós Positivismo nas novas interpretações constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: Pós-modernismo, positivismo, transformação, ordenamento.

INTRODUÇÃO

Decorridos os fatos históricos que os ligam, entendemos que o Direito e a Hermenêutica percorrem caminhos até chegarem aos seus respectivos fins, e o aludido fim da vez é o que classificamos como Pós Positivismo jurídico. Este foi criado quase que como uma resposta às desavenças a crises instauradas na era do Positivismo jurídico "clássico", e apesar de não se tratar de uma total ruptura perante o sistema anterior, tratou de se estabelecer e justificar através de uma notável reformulação quanto às suas bases e seus fins, uma mudança sistemática reflexa a crise enfrentada ao redor do globo do início do século XX, até meados da década de 60, no Brasil e em outros países Latino Americanos, até o fim das ditaduras militares, com o intuito de transformar não apenas o código normativo, mas negar a interpretação jurídica apenas como um processo silogístico de subsunção dos fatos a norma, ou seja, a aplicação do Direito regada somente a sua coerência procedimental, com uma premissa menor (representada pela verificação dos fatos) subsumida a uma premissa maior (representada pela norma geral), de onde se extrai uma sentença, uma conclusão, negar esse processo é admitir que o Direito poderia ser mais que uma ciência exata tal qual propunha o positivismo filosófico, para o entendermos na busca e na percepção do justo.

Essa nova face do Direito, flexível e aberta a novos valores, de integração com a moral, foi guiada a partir da importância dos princípios como normas equiparadas as regras de conduta do ordenamento, capazes não apenas de servir como instrumentos a serem utilizados em lacunas do ordenamento, e sim como a própria matriz desse sistema, a fim de dar maior segurança a uma sociedade traumatizada por tragédias recentes e uma maior proteção a entes de certa forma desfavorecidos no âmbito social. Essa nova versão do direito é tratada neste artigo a partir de duas vertentes, uma dessas aproximando a moral do direito, como pressuposto valorativo para melhor identificação dos valores solidificados na estrutura social, os "topoi", e a outra, baseada na tópica Aristotélica, que recorta e põem o problema como elemento central do aparato normativo e das suas posteriores interpretações em cada caso concreto. Busca-se, portanto, a melhor definição para o Pós Positivismo a partir de suas vertentes, ponderando as relações entre valores, regras e princípios, além das teorias em

relação aos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana como vetor principal do sistema normativo.

POSITIVISMO

O positivismo jurídico foi obviamente fruto da dominação do positivismo filosófico no fim do século XIX, que tentou expurgar o metafísico jusnaturalismo, corrente que pregava a existência de regras e direitos que não podiam ser emanados pelo Estado mas que mesmo assim eram inteiramente válidas, deduzidas racionalmente a partir de meados do século XVI, o qual se consolidou com a concretização das revoluções liberais-burguesas e o início das constituições nacionais na França e nos Estados Unidos, chegando no seu ápice e portanto, no início da sua derrocada. O ambiente gerado em torno dos princípios jusnaturalistas foi deveras favorável ao crescimento do positivismo, as atrocidades cometidas sob a justificativa do direito natural dos reis, da igreja, foram responsáveis por fazer o povo clamar pela limitação dos poderes naturalmente concedidos a estes entes poderosos. Se era necessário que o povo tivesse, ao menos no papel, mais poderes que aqueles que o governavam, ou ao menos fosse o povo o único ente capaz de entregar o poder de governança ao alguém, esse pequeno teatro que começava a rabiscar traços democráticos foi perseguido e concretizado através da lei. Valendo-se de várias hipóteses, Mendes et al (2007, p.178) constataram que:

Esse instrumento conformador da liberdade dos cidadãos passa a ser considerado o único a legitimar a limitação dos seus direitos. Somente a lei válida poderia impor obrigações aos cidadãos. A lei e o primado da soberania popular ganham tamanha importância que são alçados a um patamar de dogma.

Ao alçar o patamar de dogma, e se exteriorizar como o instrumento capaz de libertar os indivíduos das demais arbitrariedades a eles impostas, faz com que a lei, estratificada e absolutamente coercitiva, tenha um papel fundamental de mudança nas regras do jogo de poder e na nova realidade que os subordinados desenvolveriam em relação tanto ao sistema jurídico quanto a quem é responsável por governar. Agora, o povo detentor do poder é o dono legítimo da soberania popular e as suas vontades devem ser respeitadas juntamente com seus direitos, e na justificativa da incapacidade de pessoas gerirem suas próprias

vidas, ao lado da ideia da soberania popular desenvolve-se o raciocínio que estabelece “como ponto de partida a teoria da soberania nacional e a soberania nacional conduz a um governo representativo” (CANOTILHO, 2003, p. 113). Esse foi o contexto da supervalorização desse diploma normativo, onde se buscava segurança jurídica e objetividade do sistema. Essa mudança, acontece sobre três pilares: 1) A posição da norma positiva no sistema: Afastam-se os princípios e o código passa a ser o elemento mais importante do sistema, pois a subsunção dos fatos a norma guia o comportamento dos elos dentro do grupo social. 2) Modo de confecção das normas: Deixa de se formular tal qual o direito romano, a partir da análise dos casos concretos e da formulação de jurisprudências e passa a ter um grau de abstração grande, prevendo um padrão de comportamento certo e sua consequência perante uma hipótese de conduta abstrata. 3) Forma de aplicação das leis: A lei passa a prever condições a priori de sua aplicação, algo necessário para desvencilhar a população do arbítrio dos antigos detentores do poder, e que agora são estabelecidos num método dedutivo, ganhando em segurança jurídica e objetividade. O Direito passa a ser produção da vontade humana a partir de sua criação pelo Estado através da lei. (CARVALHO, 2011).

Lacerda (2009 apud FERNANDES; BICALHO, 2011, p.108) que possuem sua representação moderna mais famosa estabelecida na figura de Hans Kelsen:

O direito deveria ser considerado como tal, independente de outras ciências ou da moral. As fontes do Direito têm que ser buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos e costumes compartilhados, além de valores disseminados socialmente.

O direito positivo é desprovido de interdependência com a moral e seu fundamento de validade baseia-se em sua própria norma fundamental, a norma superior sustenta a validade das normas inferiores, ou seja, a validade dá norma lhe assegura efetividade na busca pela justiça porquanto é a própria representação do justo. Cabe um adendo suscitado pelo próprio Kelsen e que servirá de pauta para construção do pós-positivismo jurídico, se esses são os requisitos que tratam da aferição de legitimidade das normas, “o direito pode ter “qualquer conteúdo”, uma vez que a aferição de legitimidade tem um caráter formal. E essa possibilidade traz à tona a possibilidade de instauração de um

direito perverso, em desavença com fatores primordiais de respeito ao ser humano.

Em suma, o ponto central do positivismo gira em torno da segurança jurídica, deixando de lado aspectos subjetivos para dar preferência ao entendimento do ordenamento jurídico não como consequência das relações interpessoais, e sim como ente superior capaz de regê-las e deduzir todas as suas possibilidades fáticas, não há uma análise das consequências positivas ou negativas sob os efeitos da condenação ou da instalação dessas normas, apenas a verificação da validade destes, pois a validade formal é tudo dentro do direito positivo e os aspectos morais são extrínsecos ao direito. Apesar de ser a moral extrínseca ao direito, até mesmo Hans Kelsen não deixou de admitir o grau de valoração existente na própria norma, se estas são elaboradas por seres culturalmente influenciados, estes a influenciarão, portanto, Kelsen dá a entender o que Miguel Reale explanaria brilhantemente depois, que para ele o direito é fato, valor, e norma, para Kelsen o valor apenas deveria estar abastado do código, quase que como ente substitutivo de possíveis falhas do sistema, e assim o era. No positivismo, os princípios tem uma natureza supletiva ou interpretativa.

Mamari Filho (2005 apud FERNANDES; BICALHO, 2011, p.110) chegaram às mesmas conclusões que:

A natureza dos princípios gerais é “eminentemente supletiva, integradora, na medida em que se admite que o sistema de leis (positivas) é incapaz de regular todas as situações havidas na vida cotidiana”.

Entretanto, a fórmula de abstração das leis e a discricção judicial, como era esperado, mostraram se incapazes de continuar trazendo respostas aos conflitos da sociedade, pois sua própria formulação era tirânica, e o silogismo não era possível de adequar o direito a todas as realidades sociais. Ademais, a queda do Nazismo e do Fascismo demonstraram perfeitamente que a hora do positivismo jurídico estava para acabar. As alegações feitas durante o tribunal de Nuremberg eram provas mais do que suficientes sobre a ausência de possibilidade do direito se manter como estava, as defesas eram predominantemente baseadas na obediência das leis, ou seja, a condenação de todos os criminosos de guerra estaria violando o princípio da legalidade

conforme afirmou o próprio Hermann Goering, deveria ser a lei capaz de dar respaldo a tais monstruosidades? “Alguns parâmetros morais de justiça precisavam ingressar no direito, visto que somente os critérios formais de validade não eram suficientes. Com isso, surge o movimento de aproximação do Direito com a moral, o pós-positivismo.” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p.111).

PÓS POSITIVISMO

Figuroa diz que, com o crescimento do pós-positivismo um novo pensamento jusfilosófico entra em cena para impor limites valorativos ao aplicador do direito com uma pretensão de correção do sistema. Esses limites se traduziram absurdamente necessários após as barbáries do Nazismo e do Fascismo justificadas em nome da lei, daí passou-se a ter a concepção que era de imensa necessidade a elaboração de um novo direito constitucional capaz de abranger valores humanitários para resguardar vidas e princípios de amplo interesse social, pois o positivismo jurídico não era mais capaz de explicar adequadamente a realidade do direito, e o pós positivismo iniciou sua trajetória guardando uma referência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade.

A crítica das ideias de justiça do sistema anterior, do positivismo jurídico podem ser entendidas através de Dworkin, onde começa a apresentar sua tese através de uma análise de experiência dos juízes quando desafiados por casos difíceis, onde uma indeterminação normativa torna o sistema incapaz de apresentar uma solução e “requer uma nova compreensão do alcance do sistema jurídico como conjunto complexo de conteúdos teleológicos e morais” (MURICY, 2015, p.68). Dworkin quer, portanto, entender o direito como uma prática interpretativa e sublinhar a relevância dos princípios na justificação das decisões judiciais, ele afirma que os princípios integram uma natureza teleológica mais ampla e aberta, e argumentando segundo estes revela-se o sentido ético do direito em vigor. O ordenamento tem um sentido para o qual foi criado e este deve ser preservado, os princípios podem cumprir muito bem esse papel de guardiões dos fundamentos éticos e valores morais do sistema jurídico, pois num sistema de princípios, “não há mais lugar para que o juiz se negue a atuar

reconstrutivamente e a reconhecer seu protagonismo no processo de conhecer e aplicar o direito” (MURICY, 2015, p.68). O maior percalço do sistema jurídico pós moderno se trata justamente da relação com as novas interpretações constitucionais e a sua flexibilidade para atender e absorver valores sociais contraditórios, e neste ponto, o qual é de suma importância para o pós positivismo, Dworkin falha, propondo a atuação do juiz hercúleo, este se isola para encontrar entre as possibilidades oferecidas no sistema a melhor teoria para sustentar uma possível sentença, e aqui Habermas (ATICA, 1993) o critica em seu isolamento, demonstrando que o juiz é incapaz de comunicar-se com a visão dos destinatários e portanto com a sua realidade, e se um sistema normativo não tem a capacidade de se comunicar com todos a fim de proporcionar os melhores resultados a quem lhe está submetido, este ainda não é suficientemente justo.

É aqui, na falha de Dworkin que entra Robert Alexy, sua teoria dos princípios está diretamente ligada a análise que faz da argumentação jurídica e diz que, o raciocínio do jurista é intrinsecamente ético, ou seja, na formulação do raciocínio do jurista é natural que se encontre um desafio, um conflito inicialmente interno de ordens valorativas, e a resposta é buscada acionando elementos externos ao sistema. O tipo de racionalidade relacionada a aplicação destes princípios está ligado a pretensão de correção que Alexy busca em Habermas, classificando o direito com “um sistema de normas que formula uma pretensão de correção”. Se Dworkin não soube identificar o papel do juiz na aplicação dos princípios e na necessidade de diálogo destes com o ambiente externo ao código, Alexy o fez e fez bem, suscitou a presença de elementos éticos no discurso jurídico e a integração da pretensão da norma com a interação dos valores do discurso com os valores do aludido sistema, portanto, segundo Perelman (1999, p.22) podemos aduzir que:

Lidar com princípios é lidar com as expectativas de uma postura compatível com o postulado da razoabilidade; uma lógica, portanto, de teor valorativo, da qual se espera, como resultado final, não um produto apenas formalmente irretocável, mas uma decisão que seja capaz de produzir convencimento social.

Após entendermos as bases introdutórias dos dois principais expoentes da filosofia do direito quando se trata de pós-positivismo, podemos começar a

explicar melhor algumas das suas principais características, como a abertura valorativa do sistema jurídico, e a equiparação de princípios e regras como normas jurídicas. Inicialmente cabe dizer que por trás de toda norma, há valor, como deixou claro Miguel Reale, porque ao estabelecer um dever ser de conduta, por conseguinte é deixado implícita a valoração positiva ou negativa de tal conduta perante o legislador e a sociedade que é representada por aquela norma, e assim enuncia (BORGES, 2009, p. 58), “é uma trama de valores sociais que reflete nas normas jurídicas.”

Sendo o direito integrado pelos valores é necessário que estabeleçamos o elo necessário para que estes valores ingressem no ordenamento através dos princípios, ou seja, precisamos entender o que são os valores para dar melhor sistematização as funções do próprio ordenamento e definir com mais efetividade como os objetivos deste serão atingidos. Então, reconhecer algo como valioso “é emitir juízo de valor sobre alguma coisa, é dar valor a alguma coisa” (BORGES, 2009, p. 66), de forma a polarizá-la como boa ou ruim. Os valores dentro de um aparato normativo, identificados como positivos ou não, devem servir de base como fundamentos do dever ser de conduta, pois se algo é valorizado positivamente entre os indivíduos do plexo social que se analisa, este necessita ser preservado, e o contrário acontecesse caso não o seja. Os valores aqui são tratados com relevância tanto no momento de criação do ordenamento, sendo pilar de sustentação para seu desenvolvimento como sistema, quanto devem ser tratados com o mesmo grau de relevância na tomada de decisão dos magistrados e legisladores. Se um sistema é fundado utilizando desta aproximação com valores para sua justificativa ética de legitimidade, seria absolutamente contrário a essência deste próprio sistema utilizar-se de mecanismos externos para anular e/ou deixar de considerar a importância desses valores para futuras ponderações, ressaltando aqui portanto, a utilização dos valores, e conseqüentemente dos princípios, durante todo o processo de interpretação jurídica, assim, Assim, os valores servem-se dos princípios para oxigenar o sistema e, com isso, o direito passa a conter uma pretensão de correção.

Ou seja, mesmo que uma norma não contemple determinado princípio ou determinadas situações fáticas, o operador do direito pode identificar estes

princípios e aplica-los para buscar uma solução justa, afinal, é a remodelação do conceito de justo um dos pilares do pós-positivismo, que se encontra fundamentado na possibilidade prática de submissão do caso concreto a realidade principiológica do sistema, arejando os conflitos internos e dando a possibilidade do sistema jurídico tratar dos casos concretos quase que de maneira personalizada, entendendo a realidade fática e o contexto do litígio para melhor interpretar o direito em cada problema apresentado, os princípios jurídicos são aceitos, então, como “pautas axiológicas, abertas e indeterminadas” (MENDES et al., 2007, p. 121).

Essa abertura valorativa do sistema jurídico para Robert Alexy tem um objetivo fundamental que deve ser levantado por nós que é a reabilitação valorativa dos direitos fundamentais, e por ser, para Barroso (2002, p.):

O principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa, mas existe um amplo espaço de consenso para protagonistas das discussões jurídico-filosóficas do século XX: Estado de direito, liberdade, igualdade, justiça, e essencialmente o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana.

O princípio da razoabilidade (proporcionalidade) permite invalidar atos quando não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado, a medida não seja exigível ou necessária havendo caminho para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual e quando não há proporcionalidade em sentido estrito. Já o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de se exteriorizar mais subjetivamente que os outros, trata-se de um conjunto humanitário de percepções da realidade alheia que tende a tentativa de políticas e decisões para preservação ou chances na busca pelo “mínimo existencial”, tal expressão é razoavelmente dita tendo dentro dela elementos como: renda mínima, saúde básica e educação fundamental, além do acesso à justiça.

A supra valorização destes princípios demonstra-se necessário quando se trata de superar o legalismo estrito em casos concretos que se fazem necessários uma análise mais detalhada e individualizada dos pormenores que o envolvem, exemplo disso é uma importante decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 560723, com a relatora Eliana Calmon que diz na respectiva jurisprudência que a melhor interpretação não é aquela que se apegua a restrita letra fria da lei,

mas a que seja fiel ao espírito da norma aplicada. Essa é a simples definição do pós-positivismo abarcada numa decisão que possibilitou a liberação de FGTS para tratamento de familiar com AIDS, nesse caso específico, a filha da detentora do benefício.

O pós-positivismo é, portanto, e podemos ver no exemplo supracitado, a superação do legalismo, não utilizando de ideias metafísicas como fez o jusnaturalismo, mas admitindo que há valores compartilhados por toda a sociedade e reconhecendo que estes valores devem integrar o sistema jurídico, tanto na sua formulação quanto nas suas decisões. Os princípios dão unidade ao sistema e condicionam a atividade do intérprete, apesar de poderem entrar em rota de colisão. Ao contrário das “normas-regras”, que se anulam, justamente para dar uma configuração lógica ao sistema pelo princípio da não contradição, tal situação não ocorre com os princípios por não serem mutuamente excludentes, apenas vetores através dos quais o operador do direito, tal qual o legislador devem manter coerência com o ordenamento e respeitar a teleologia das suas normas a partir de cada caso concreto. Esses conflitos normativos podem e são resolvidos através da ponderação de princípios, que deve ser feita na tentativa de preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, observando sempre, a realidade fática do que se está julgando e atendendo a esta para melhores fins de execução da norma. Ou seja, a exegese constitucional brasileira distanciou-se do silogismo clássico e aproximou-se de uma visão aberta e principiológica, onde o magistrado possui uma ampla margem de decisão axiológica (BULOS, 2009, p. 361).

4. A TÓPICA E SUAS VERTENTES NA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO JUSTO

Nós podemos dizer que, o pós-positivismo subdividiu-se em duas vertentes, das quais uma buscava na aproximação com a moral a reação filosófica ao legalismo, e a outra centrava-se na realidade do intérprete e na solidificação da norma jurídica como eixos de combate ao positivismo clássico, entretanto o que há de mais comum entre as duas, é a influência da tópica nas suas formulações.

A palavra tem seu significado associado a “lugar comum” e tem seus principais explanadores em Aristóteles, Cícero e Theodor Viehweg.

4.1 TÓPICA EM ARISTÓTELES

Após definir que, a tópica não faria parte da lógica, Aristóteles a faz retornar para a retórica, e pertencer, portanto, ao campo da dialética. Esta, configurada no terreno do que é meramente oponível não lida com as próprias coisas, e sim com a opinião do homem sobre as coisas e que necessita entender, através dos tópicos como partir de premissas e evitar contradições ao sustenta-las. Para Aristóteles, a tópica tem por objeto formular raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião reconhecida, que são chamadas de topoi.

Se a tópica de Aristóteles está diretamente relacionada com os “topoi” que são valores sedimentados culturalmente e portanto princípios, é clara a ligação que pode ser utilizada ao redor das novas interpretações constitucionais e a tópica aristotélica, que desenvolve uma explicação na utilização destes princípios no raciocínio dialético, lidando com opiniões dominantes que estabelecem soluções para os problemas enfrentados nos raciocínios. Para a formulação dessas proposições dialéticas, devem ser seguidos, portanto, os seguintes passos de acordo com Aristóteles, retratados por Casagrande (2007, p.20):

Criação de proposições, delimitação de sentido das expressões, diferenciação entre as coisas e investigação de semelhança. O pensador também elenca três etapas a serem percorridas ao propor questões: escolha do terreno onde serão propostas, organização mental delas e sua apresentação ao adversário.

Fundada a ligação da tópica de Aristóteles com os princípios sociais e sua busca pela formulação adequada de proposições dialéticas, demonstra-se claramente a possibilidade de influência desta linha de pensamento nas novas interpretações constitucionais, e que foram inicialmente aplicados pelos juristas romanos, medievais e do século XX.

4.2 TÓPICA EM CÍCERO

“A sua tópica resultou de um esforço de sistematização da tópica de Aristóteles. O mérito é exatamente de organizar o conjunto de máximas surgidas com fundamentos na resolução de problemas.” (CASAGRANDE, 2007, p.21).

Assim como o seu referencial, também utilizava os “topoi” como alicerce de construção para sua ideia, distinguindo-se de Aristóteles principalmente por preferir desenvolver uma linha de raciocínio mais ligada a práxis da tópica, os efeitos práticos de sua aplicação e tentando criar uma solução topoi para todos os casos, “sendo a tópica, a arte de achar argumentos para convencer o ouvinte” (MOREIRA, p. 200.). Entretanto é razoável salientar que o objetivo da tópica de Cícero não condiz necessariamente com os fins do pós-positivismo, este que pretende deixar em aberto a possibilidade de uma criação contínua do direito por entende-lo como um instituto suscetível a mudanças daquele que o sustentam, os indivíduos, seus valores e suas regras, divergindo um pouco da criação deste “catálogo fechado” estabelecido por Cícero.

4.3 A TÓPICA DE THEODOR VIEHWEG

Para este pensador, a tópica é uma técnica voltada à resolução de problemas, e o acervo de respostas voltadas a solução desses problemas desemboca num sistema. Viehweg divide a tópica em dois graus, a tópica de primeiro grau é aquela é a busca pela solução quando não existe referencial que se ligue ao problema encontrado, e a de segundo grau é a tópica relacionada aos princípios e que podem resolver os problemas a partir destes. Existe, portanto, “compatibilidade entre o raciocínio tópico e a existência de premissas orientadoras do pensamento, uma relação de complementaridade” (CASAGRANDE, 2007, p.23). É importante ressaltar que a produção de respostas para os problemas jurídicos previamente formulados não é um sistema estanque e está sujeita a flexibilidade para adequar-se a novos problemas, exemplo disso são as situações resolvidas através de analogia, a tópica para Viehweg reconhece que alguns vínculos formulados dentro de um sistema jurídico são indispensáveis para a manutenção desse próprio sistema, a fim de se manter coerente com seus princípios.

Dois objetos de estudo interessantes em Viehweg, são o problema e o discurso, inicialmente ele busca diferenciar o raciocínio sistemático de Cícero como objeto de estudo que parte de premissas já dadas, enquanto a sua tópica parte do problema para a elaboração, levando em consideração tanto a preexistência do sistema, quanto as particularidades do caso concreto para tentar integrar as respostas futuras ao sistema jurídico em vigor. Os dois raciocínios aqui citados não são contrapontos, ao contrário, podem e devem na verdade se complementar como método de efetivar a produção do direito e sua busca por um ordenamento justo, condizente com a nova realidade social, o direito ao mesmo tempo que deve buscar ser totalizante e universal, não deve esquecer que existem situações fáticas próprias dentro dessa universalidade, e admitir humildemente que não pode prever todos os acontecimentos jurídicos em qualquer sociedade, pois é impossível codificar e descrever por completo a natureza e a essência do homem. Assim ele afirma, “As decisões tem de serem tomadas a partir de uma interpretação universal da totalidade do acontecer, ou seja, de uma história compreendida.” (MOREIRA, 1999, p.159). Essa é a deixa de Viehweg para o que acreditamos ser a possibilidade de interpretar o direito pós-moderno como uma realidade que pode individualizar a facticidade através de princípios que regem todos os entes da mesma organela social, e assim entendermos as novas interpretações constitucionais.

5. CONCLUSÃO

Ao final dessa exposição, é possível entender o processo e as causas da saída do positivismo clássico para o pós-positivismo jurídico e identificar os pensadores dessa nova corrente filosófica e suas características, que desembarcam dedutivamente em novos modelos constitucionais e nas suas novas práticas interpretativas.

De acordo com Fernandes e Bicalho (2011, p.129):

A maneira de pensar o direito mudou. Diversos foram os fatores que desencadearam essa mudança, entre eles identificam-se os massacres de seres humanos na segunda grande guerra, o pluralismo e a complexidade da sociedade contemporânea, a derrocada da pretensão de concretude dos códigos, a concreção

de normas formalmente válidas que levavam a resultados materiais absurdos, entre outros.

As novas interpretações constitucionais assentam-se em um modelo principiológico aplicado mediante a ponderação destes princípios, já que tratamos de valores não excludentes e que devem ser entendidos na medida de importância e relevância nos casos concretos, ou seja, cabe ao intérprete realizar a interação entre o fato e a norma buscando dos limites e das possibilidades oferecidas no sistema jurídicos, a fundamentação das melhores decisões, decisões que devem ser capazes de preservação os princípios que devem reger as regras de comportamento e a sistematização do código, a teleologia das normas. Os dois princípios mais céleres em nossa carta magna que podem representar adequadamente.

Tratando o direito como um conjunto de normas sistematizadas com intuito de regular as condutas humanas, Récasen Siches define a norma como um pedaço de vida humana objetificada, definida como um objetivo historicamente possível que o legislador tenta alcançar. Toda norma tem uma finalidade e um porquê estabelecido pelo legislador, é uma obra cultural com valores arraigados na sua produção que não podem se desvencilhar desta, pois é impossível que o seu criado se desvencilhe, é entrelaçada pela realidade fática do seu criador e absorve por osmose a sua teia cultural durante o seu processo de criação.

Vemos a todo tempo no nosso sistema jurídico a nova realidade interpretativa da constituição diretamente relacionada aos autores que foram citados neste trabalho, de extrema importância é por exemplo a tese de Alexy que engloba a otimização (princípios como mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida possível) e a qualquer momento podemos enxergar as consequências dessas ideias, esta última por exemplo, amplamente representada através de métodos de interpretação teleológicos quando, por exemplo, o Tj-RS entende haver afronta ao princípio da proporcionalidade no fato do aumento de pena pelo concurso de pessoas ser mais grave no furto do que no roubo. Temos dentro do nosso sistema, uma desvinculação parcial da vontade do legislador e do aplicador do direito na subsunção das leis aos fatos para dar maior margem de aplicação aos princípios, resultando num processo de individualização das leis nas decisões judiciais, e assim como enfatiza

Recasén Siches quando trata da passagem da norma geral para a norma particular, o resultado deste processo é o que constitui o reviver atual da norma característico do direito, fazendo nascer e se solidificar as novas interpretações constitucionais.