

O pós-positivismo: Gênese, evolução, determinação e fenomenologia.

El post-positivismo: Génesis, evolución, determinación y fenomenología.

João Pedro Soares Schmidt -

Graduando em Direito no UNISAL –

U.E. Lorena (SP). Graduando em

Filosofia no Centro Universitário

Claretiano.

e-mail:

Schmidt_jp@hotmail.com

Resumo: A seguinte pesquisa pretende analisar e estudar o fenômeno pós-positivista em suas diversas faces, bem como apontar a sua gênese histórica, por meio da avaliação dos paradigmas jus-filosóficos precedentes. Pretende-se também fornecer um significado mais claro para esse termo, frequentemente sujeito a imprecisões teóricas, a partir da sistematização de fenômenos e elementos tangentes e intrínsecos ao pós-positivismo, culminando na elaboração de uma lista explicativa com cinco faces do pós-positivismo, constando nessa lista fenômenos amplamente observados na jurisdição e na doutrina como a ascensão e fixação de novas dimensões do direito, o protagonismo judicial, o neoprocessualismo, entre outros. Pretende-se ainda uma breve análise dos desdobramentos do paradigma pós-positivista na jurisdição constitucional e no futuro código de processo civil.

Palavras-chave: Pós-positivismo, neoconstitucionalismo, direitos fundamentais, protagonismo judicial.

Resumen: La presente investigación tiene como objetivo analizar y estudiar el fenómeno post-positivista en sus muchas caras y su génesis histórica de puntos mediante la evaluación de los paradigmas jusfilosoficos precedente. También se pretende dar un sentido más claro de ese plazo, a menudo sujeto a imprecisiones teóricas, a partir de la sistematización de los fenómenos tangentes y elementos intrínsecos a lo post-positivismo, que culminó con el establecimiento de una lista con cinco caras explicativas de lo post-positivismo, esa lista que consiste en fenómenos ampliamente observado en la jurisdicción y la doctrina como la subida y la creación de nuevas dimensiones de la ley, el protagonismo judicial, el neo-procesualismo, entre otros. El objetivo es también un breve análisis de las consecuencias del paradigma post-positivista en la jurisdicción constitucional y el futuro código de procedimiento civil.

Palabras clave: Post-positivismo, el neoconstitucionalismo, los derechos fundamentales, el protagonismo judicial.

Sumário: 1. Conceituações; 1.1. Jusnaturalismo; 1.1.1. A concepção clássica do Direito natural; 1.1.2. A concepção moderna do Jusnaturalismo; 1.2. Juspositivismo; 1.3. Pós-positivismo jurídico; 2. Cinco desdobramentos do pós-positivismo; 2.1 O

reconhecimento da força normativa da constituição; 2.2. O protagonismo judicial; 2.3. O desenvolvimento e expansão da teoria dos direitos fundamentais; 2.4. O moralismo jurídico; 3. A adoção do pós-positivismo na jurisdição constitucional; 4. conclusão.

INTRODUÇÃO

Vivemos um novo paradigma do Direito e a academia, bem como a doutrina e a jurisprudência, devem se acostumar com esse fato.

A fim de evitar tropeços ao longo dessa acelerada caminhada rumo à consolidação do pós-positivismo deve-se conhecer tanto o caminho já percorrido pela filosofia do Direito, como entender os impasses e desafios para o futuro.

Iniciaremos esse estudo a partir dos antigos pensamentos jurídico-filosóficos procurando entender seus postulados e antíteses que nos conduziram ao pós-positivismo jurídico.

Em seguida trataremos do pós-positivismo propriamente. Procura-se nesse trabalho sistematizar o entendimento de pós-positivismo por meio do estudo de fenômenos e elementos ligados intimamente entre si e a esse novo paradigma. Essas faces/fenômenos do pós-positivismo são: 1) o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, o que como desdobramento principal do neoconstitucionalismo, garante para o ordenamento jurídico a efetividade dos valores dirigentes de um Estado democrático de direito; 2) o protagonismo judicial, entendido como o advento de especial relevância dada aos precedentes jurisprudenciais, o que só é possível em um sistema aberto de interpretação de normas gerais lastreadas em princípios; 3) o desenvolvimento e expansão da teoria dos direitos fundamentais e a ascensão das novas dimensões do Direito; 4) o moralismo jurídico, ou seja, a reentrada da filosofia no seio do Direito; 5) neoprocessualismo e, na mesma esteira, a instrumentalização do processo.

1. CONCEITUAÇÕES

Seria temerário abordar o tema sem antes estudarmos os paradigmas precedentes pós-positivismo. A necessidade de um apontamento histórico-filosófico do

surgimento deste paradigma garante uma visão mais sistemática de suas diretrizes as quais são reflexos claros do cenário histórico-filosófico de nossa época.

1.1. JUSNATURALISMO

Recorrentemente aponta-se o positivismo jurídico como um movimento reacionário ao jusnaturalismo, porém a afirmação é minimalista ao passo que a análise mais atenciosa dos processos históricos e sociológicos do surgimento do positivismo jurídico, aponta uma série de fatores acessórios, de ordem sociológica e histórica, p. ex.: o afã pela codificação, a busca no método científico pelas respostas às demandas sociais, o trauma do sec. XIX decorrente do arbítrio monárquico dos séculos anteriores.

A réplica positivista se funda principalmente em vícios recorrentes em doutrinas jusnaturalistas que, segundo o catedrático professor Galvão de Sousa, abusaram do método dedutivo e do apriorismo, tornando-se demasiadamente abstratas, não olvidando que, ironicamente, muito da doutrina jusnaturalista moderna incorporou-se no positivismo jurídico (GALVÃO DE SOUSA, 1977).

A doutrina jusnaturalista passou por filósofos e jurisconsultos helênicos, teólogos medievais e teóricos mais modernos, como Kant, Rousseau, Hobbes, chegando às margens do décimo nono século. A cada passo a doutrina jusnaturalista foi assumindo os contornos (e vícios) da realidade jurídica e sociológica de seu tempo.

A dogmática jusnaturalista se divide, segundo a proposta (bastante didática, diga-se de passagem) do professor José Pedro de Sousa, em: Um período clássico (anterior ao séc. XVIII), marcado pelo predomínio dos direitos naturais de ordem objetiva sobre os de ordem subjetivos e a presença fundamental dos princípios morais constatados pela *natureza racional humana*, os quais por definição, não afastam o consenso de que adotá-los como os únicos paradigmas a serem defrontados com todas as condutas humanas, é temerário e pouco eficaz por se tratarem apenas de *princípios primeiros*, ou seja, os mais basilares e abstratos, e por assim serem, pouco eficazes como únicas respostas a todas as demandas sociais; e um período moderno (a partir do sec. XVIII), marcado pelo individualismo e pelo racionalismo (GALVÃO DE SOUSA, 1977). Esse segundo momento da doutrina jusnaturalista defende a possibilidade da existência de um sistema jurídico perfeito, completo, imutável e aplicável a todos os

povos e tempos, sem distinção entre *princípios primeiros* e *secundários*. Esta fase do jusnaturalismo viciada pelo excesso de apriorismo, dedutivismo e pela demasiada valorização dos direitos naturais de ordem subjetiva sobre os de ordem objetiva.

1.1.1. A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO DIREITO NATURAL

Os juristas romanos e filósofos gregos foram os precursores dessa concepção, mais tarde, teólogos e teóricos medievais aproveitaram as bases helenísticas e desenvolveram uma série de teorias, as quais apresentam certos pontos de convergência entre si e entre a doutrina grega. É sobre esses pontos de convergência que trataremos, a fim de identificar as características gerais do jusnaturalismo clássico.

O principal ponto de convergência é o consenso de que há um princípio (ou alguns princípios) basilar, supremo, ilimitado no espaço e no tempo, decorrente (ou pelo menos constatados pela) da própria natureza *racional* humana, o qual é o parâmetro de justiça. Baseia-se na distinção racional entre o bem e mal, o justo e o injusto, o certo e o errado, ou seja, baseia-se no justo enquadramento da conduta humana no quadro axiológico segundo o qual *se aprova o que é bom e rechaça-se o que é mau*.

A racionalidade, elemento *específico* da natureza humana, é (ou deveria ser) a fonte primeira de toda jurisprudência humana. Os instintos não se justificam no direito natural, pois ao confrontá-los com a racionalidade extraímos a conclusão que tais impulsos são apenas desejos baixos e dissonantes dos ideais que se pretendem alcançar a partir do direito natural – a prática e promoção do bem, do bom e do belo e o afastamento do mal.

Nas palavras do professor José Pedro Galvão de Sousa: “o elemento específico do homem é a razão. E por isso há uma lei natural especificamente humana, de essência racional e, por tanto, moral”. (GALVÃO DE SOUSA, 1977, p. 9).

A concepção clássica do jusnaturalismo se limita aos *princípios primeiros* da moralidade, decorrentes da natureza humana, constante e imutável no espaço e no tempo. Esse princípio pode ser sintetizado na ideia de que “se fazer o bem e evitar o mal” e a partir deste princípio primeiro extrai-se outra série de princípios, como a conservação de vida e da qualidade de vida, a liberdade, a igualdade de tratamento entre os homens, etc. Nas palavras do jurista BOBBIO: “a liberdade e a igualdade dos

homens não são um dado de fato, mas sim um ideal a se perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um *ser*, mas um *dever ser*” (BOBBIO, 2004, p. 29), admitir esse caráter abstrato dos chamados *princípios primeiros* e que cada sociedade em cada tempo deve organizar-se seguindo as especificidades de sua época, é o ponto mais claro de distinção entre a doutrina clássica e a moderna.

1.1.2. A CONCEPÇÃO MODERNA DO JUSNATURALISMO

A estreita relação entre a concepção moderna do jusnaturalismo e o positivismo jurídico se torna mais simples de se constatar ao levarmos em conta os movimentos filosóficos paralelos e conexos que evidenciam essa aproximação; o racionalismo e individualismo (o qual coloca o indivíduo acima de tudo, principalmente da sociedade a qual pertence, cabendo a esta a defesa de sua liberdade, vida, segurança, configurando uma espécie de liberalismo).

Nota-se, também, o marcante relevo dado aos direitos subjetivos naturais, firmando-se no coletivo a ideia de autonomia da vontade, a liberdade, e demais direitos inerentes aos sujeitos tomados isoladamente. As ideias individualistas do jusnaturalismo moderno podem ser consideradas como reação direta contra o autoritarismo estatal das monarquias europeias da idade média. Esse mesmo individualismo é elemento marcante de grandes revoluções dessa época: a *revolução gloriosa*, a revolução francesa e a independência dos EUA.

Há também na ascensão dessa concepção o ânimo de se romper com o caráter teológico que, anteriormente, tinha o jusnaturalismo.

Esses novos pensamentos originaram uma gama de variáveis do direito natural, a partir do séc. XVIII. Interessante notar que os pontos de convergência entre os sistemas jusnaturalistas desta segunda fase são mais escassos que na fase clássica. Nas palavras do jurista BOBBIO: “A julgarmos pela história do jusnaturalismo, a natureza humana foi interpretada dos mais diferentes modos, e o apelo à natureza serviu para justificar sistemas de valores até mesmo diversos entre si” (BOBBIO, 2004, p. 26).

O que mais importa analisar na fase moderna jusnaturalista são os desvios em relação à doutrina clássica e os seus vícios, sem nos olvidar das ideias que mais tarde vieram a agregar-se à doutrina juspositivista.

A principal divergência seria a não distinção entre princípios primeiros e seus derivados, propondo um sistema de normas completo e aplicável a todos os povos, nações, Estados, em todos os tempos, como base para as leis positivas (no sentido de leis materializadas). Tornando-se viciado pelo excesso de apriorismo e dedutivismo, justificaram as críticas de Augusto Conte à chamada *política metafísica*: “*l'état métaphysique d'une science, l'imagination prédomine sur l'observation*” (CONTE, 2007, p. 19).

Na concepção moderna, o direito natural não é mais um fundamento do direito positivo e sim seu ideal, por isso, nesse contexto, confunde-se: direito natural e direito ideal.

Entre tantas antíteses dessa concepção, não se pode esquecer que o pressuposto maior dessa doutrina – a existência de direitos naturais humanos limitadores do arbítrio estatal e garantidores das liberdades individuais, foram grandes aliados para o surgimento do estado liberal, pela fixação dos direitos individuais e pela responsabilização do Estado em garanti-los.

As críticas dos positivistas incidem principalmente sobre o caráter demasiado apriorístico (por tanto pouco eficaz se tratando de correspondência com a realidade) da concepção moderna do jusnaturalismo, em geral não se importando com a distinção entre a doutrina clássica e moderna.

O ponto onde mais incidem as críticas é a absoluta invariabilidade da lei natural no espaço e no tempo, a final as variantes da moral, dos costumes, da cultura, dos sistemas jurídicos e etc. entre os homens, sociedades e através dos tempos são tantas que a busca por um apanhado de normas, que sejam eficazes, aplicáveis a todas as permutações de tantas variáveis seria inócua.

A análise do pensamento jusnaturalista clássico e moderno pode nos levar a crer que, na questão da aplicação, o direito natural sempre teve prevalência sobre o positivo nos casos de conflitos de normas. Um erro. No livro “O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito” de BOBBIO, extrai-se a resposta quanto à prevalência do direito natural ou do positivo ao longo das eras.

No período clássico prevalecia o Direito positivo, segundo o princípio “*Lex specialis derogat generali*”, ou seja, a lei específica de cada *civitas* tem prevalência sobre as leis naturais (a exemplo da tragédia clássica da trilogia tebana, Antígona, na

qual a protagonista é proibida de enterrar e fazer os devidos rituais fúnebres de seu irmão por ordem do rei de Tebas, e ao fazê-lo é presa e enterrada viva) (BOBBIO, 2004).

Já no período medieval e moderno até o fim do séc. XVIII a prevalência é do direito natural, o que se justifica pelo pensamento cristão o qual prega o direito natural como fruto da razão divina, segundo São Paulo é a lei escrita no coração dos homens. Na obra *Decretum Gratiani* de Franciscus Gracianus consta a seguinte passagem: “*Dignitate vero jus naturale praeponitur legibus constitutionibus ac consuetudinibus*”, por tanto superior a qualquer vontade ou arbítrio humano. Mais tarde a mesma ideia é justificada pela razão humana individualista e laica.

Com o fim dessa fase, já no séc. XIX a mudança não é mais uma inversão da prevalência do direito natural e do positivo e sim a marginalização do direito natural. Até então a gradação maior ou menor da importância não implicava na inexistência de um ou de outro sistema, ambos coexistiam como *Direitos*. Porém com o advento do positivismo jurídico não existia mais nenhum Direito se não o Direito positivo.

1.2. JUSPOSITIVISMO

A doutrina positivista firmou as suas bases no séc. XIX impulsionada pelo iluminismo e na esteira da supervalorização do método científico, das ciências naturais e demais ideias científicas e empiristas. Entre os reflexos na esfera jurídica em geral são apontados: conversão da natureza epistemológica do Direito em uma *ciência propriamente dita*, o afã pela codificação, o formalismo em demasia, o afastamento dos elementos ético-filosóficos da aplicação do direito, a pretensão de completude do sistema jurídico e o *status* do Estado como única fonte do Direito. “O positivismo jurídico afastou a face filosófica dos valores, ao argumento de que a valoração compete ao legislador e não ao aplicador do Direito, porque traria insegurança jurídica” (MARQUES DE LIMA, 2006, p. 190).

A doutrina positivista hobbesiana evidencia a ideia de estatização do Direito ao propor que o Direito decorre apenas do poder absoluto do Estado que, em oposição ao Direito natural, reprime o instinto libertário do homem para evitar o *bellum omnium contra omnes*.

Imperioso anotar mais duas visões acerca do positivismo jurídico. A primeira, promovida por Kelsen, chamada de positivismo exclusivo; e a segunda por Hart, o positivismo inclusivo. A primeira, seguindo os pressupostos clássicos do positivismo jurídico, prega a absoluta separação de direito e moral em oposição à segunda visão a qual prega que “a norma pode incorporar, como critério de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos” (HART, 2005, p. 312).

Como visto no tópico anterior o positivismo jurídico é a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o direito positivo (BOBBIO, 2004). Um aprofundamento se faz imperioso nesse ponto. O professor José Pedro Galvão de Sousa aponta pelo menos três principais aspectos do positivismo: i) o que reduz todo o direito ao direito positivo, sem admitir nenhuma espécie de direito natural (GALVÃO DE SOUSA, 1977) esse sim de acordo com a definição de Bobbio, dos três aspectos apresentados é o mais ultrapassado; ii) o que atribui um valor intrínseco absoluto ao direito positivo, negando-lhe um fundamento suprajurídico, mas admitindo a existência de um direito natural entendido como “primitivo e hipotético” (GALVÃO DE SOUSA, 1977) não servindo de fundamento ou base para o direito positivo, que permanecendo independente de quaisquer princípios que o justifique; iii) por último o aspecto que fundamenta o direito positivo em uma lei superior, de ordem cósmica ou sociológica apesar da semelhança com o jusnaturalismo, este terceiro aspecto caracteriza-se pela constatação empírica da fenomenologia dessa ordem cósmica, dissociado de qualquer racionalidade a priori, além de continuar sendo demasiadamente formalista, pautado no raciocínio lógico-formal e marcado por pujante engessamento.

Os dois últimos aspectos do positivismo são claramente mais refinados e menos viciados por extremismos. O que se passa é que a observação atenta da prática jurisdicional e das atividades dos operadores de carreira, em especial no nosso país, é ainda bastante impregnada pelas ideias do paradigma juspositivista normativista de afastamento filosófico do direito.

Na aplicação do direito a crítica filosófica coerente, nos nossos tempos, tem apontado um novo paradigma, o qual encontra barreiras (talvez culturais ou estruturais) para se realizar em sua plenitude.

Nesse contexto, em que as antíteses do paradigma positivista emergiram com mais força, um novo paradigma surge, o qual, sem propor uma volta aos tempos de predomínio do jusnaturalismo, propõe a volta da face ético-filosófica do direito para o seio da prática jurídica.

1.3. PÓS-POSITIVISMO

Como sugere o professor Luís Roberto Barroso o cenário onde esse novo paradigma do direito floresce é bastante complexo e fragmentado, vivemos uma era “pós-tudo”, de revisão dos velhos e fracassados sistemas (BARROSO, 2010). A nossa mecânica de mercado e a decepção pelo fracasso das velhas teorias deixaram marcas profundas em cada sujeito pós-moderno, nos forçou a rever os velhos modelos e teorias, agora com a experiência que, a duras penas, a humanidade acumulou nesses vinte séculos.

Naturalmente o Direito não escapou a essa tendência de revisão crítica. Não apenas não escapou como é hoje, quase sempre, o principal objeto das discussões críticas sobre as antíteses da pós-modernidade. Natural que seja assim. As tendências modernas sobre o pós-positivismo, o neoconstitucionalismo, a normatividade dos princípios, os direitos humanos, a ascensão dos direitos de terceira dimensão, etc., fazem do Direito contemporâneo, finalmente, um campo de atuação de forças progressistas.

BARROSO, em seu livro “O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro” tratando dos limites da jurisdição constitucional, desenha com maestria o cenário da hermenêutica jurídica contemporânea, a qual propõe que as buscas por respostas justas às demandas sociais não devem se limitar à lei posta, mas atravessar as velhas barreiras do positivismo normativista e ouvir as vozes da filosofia, de sociologia, da psicologia, economia, psicanálise, etc. além de emancipar o aplicador do Direito, da prisão chamada separação dos poderes em suas interpretações extremadas (BARROSO, 2012).

Depois de séculos de autoritarismo monárquico, duas guerras mundiais, e uma lastimável onda de governos ditatoriais em diversos países do mundo - em especial na América e na Europa; durante desenvolver da Guerra Fria, os primeiros trabalhos e

teorias de revisão do Direito lastreadas nas ideias a cima citadas surgiram. Entre a década de 70 e 80. Os maiores baluartes dessa nova tendência são o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo.

2. CINCO DESDOBRAMENTOS DO PÓS-POSITIVISMO

De forma didática, apresentaremos o pós-positivismo sub cinco fenômenos intrínsecos e ele: 1) o reconhecimento da força normativa das normas gerais da constituição, o que como desdobramento principal do neoconstitucionalismo, garante para o ordenamento jurídico os valores dirigentes de um Estado democrático de direito; 2) o protagonismo judicial, que é a especial relevância dada aos precedentes jurisprudenciais, o que só é possível em um sistema aberto de interpretação de normas gerais lastreadas em princípios jurídicos; 3) o desenvolvimento e expansão da teoria dos direitos fundamentais e a ascensão das novas dimensões do Direito; 4) o moralismo jurídico, ou seja, a reentrada da filosofia no seio do Direito; 5) neoprocessualismo e, na mesma esteira, a instrumentalização do processo, o qual passa a ser mais teleológico do que estético.

2.1. O RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Como fora supracitado, dividimos o fenômeno do pós-positivismo em cinco outros fenômenos intrínseco a esse. O primeiro deles é o referente ao moderno reconhecimento da força normativa da constituição, principal baluarte do *neoconstitucionalismo*.

O ultrapassado modelo europeu de constituição, o qual a colocava com status de instrumento político com pouca, ou nenhuma efetividade jurídica; caminhamos para o modelo axiológico-indutivo do Direito e conseqüente ascensão política da constituição.

A abertura do Direito para as demais esferas epistemológicas do conhecimento esvaziou o sentido das formas axiomático-dedutivas de exegese – inerentes ao positivismo normativista, por tais métodos cerrarem o hermeneuta à estrita subsunção do texto normativo ao fato, não dando margem à adequação ponderativa de

princípios gerais como meios de soluções. Concomitante a essa abertura, a metafísica naturalista ainda constitui um terreno pouco seguro para o desenvolvimento do Direito. A dúbia densidade normativa acrescida da vagueza dos conceitos filosóficos – em especial os metafísicos – criou a necessidade de se estabelecer parâmetros, de teor normativo, a hermenêutica, necessidade realizada sob a denominação acadêmica de normatividade dos princípios, ou seja, a moderna concepção dos princípios como normas. Tais normas são agregadas de elevada carga axiológica e são regidas por regras de hermenêutica próprias. Em decorrência do caráter genérico das normas principiológicas e da sua finalidade dirigente, o texto constitucional foi o terreno mais adequado para suas previsões positivas.

O reconhecimento da força normativa das normas gerais da Constituição é denominado neoconstitucionalismo. Esse fenômeno encontra diversas expressões nos modernos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, variáveis pelo teor das normas gerais veiculadas. O modelo constitucional brasileiro, segundo GOÉS, é marcado por acentuada fragmentação entre os compromissos socialdemocráticos e burgueses-liberais, fazendo das normas genéricas pátrias exemplos de especial complexidade por suas formas positivadas de pujante caráter genérico, o que relativizam os fins pretendidos pelos valores, conflitantes, de um Estado social de prestações positivas - para além da reserva do possível, e um Estado neoliberal, marcado pela pouca intervenção estatal e por prestações negativas. (GOÉS, 2007. p. 113-150).

2.2. O PROTAGONISMO JUDICIAL

Seguindo no estudo dos fenômenos intrínsecos ao pós-positivismo, chegamos ao chamado protagonismo judicial. Esse fenômeno é decorrência clara da valorização e expansão da jurisdição como função estatal e do reconhecimento da eficácia resolutória de conflitos interpessoais nas suas diversas expressões; o judiciário tem sido convocado a apreciar e decidir, de forma final, os conflitos políticos, sociais ou morais, o que representa uma substancial mudança no pensamento jurídico romano-germânico contemporâneo, tornando tênues as linhas que separam a política em especial e a sociedade em geral, do Direito (BARROSO, 2012). Um dos primeiros precedentes históricos desse fenômeno data de 1954, no caso *Brown v. Board of Education* no qual,

sem qualquer ato legislativo ou executivo, declarou-se ilegítima a segregação racial em colégios norte-americanos (BARROSO, 2012). Esse emblemático caso denota o escopo compromissório da jurisdição na defesa de direitos fundamentais e como forma de implementação de políticas. A partir de casos esparsos, a judicialização da política e das demais esferas sociais, tomou força e dimensões mundiais, consagrando o reconhecimento da necessidade de um judiciário forte e independente na justa manutenção das modernas democracias. Outro motivo que lastreou a ascensão do judicialização foi a perda da credibilidade e da confiança nas clássicas instâncias políticas dos Estados modernos. Esse motivo tem relevância especial no caso brasileiro, haja vista a gritante crise ética do parlamento nacional. Esse desmantelamento do Estado de bem-estar social (SANTOS, 2007) provocando um vácuo de poder que não tardou a ser preenchido pelo judiciário.

A expansão judiciária teve como marco, ao menos no cenário nacional, a constituição de 1988 e sua vasta tutela dos direitos fundamentais, o protagonismo é inerente ao Estado intervencionista e provedor, como se pretende, ao menos em parte, a constituição cidadã.

Como aponta BOAVENTURA, a ação protagonista judiciária se desenrola em três campos: i) no garantismo de direitos; ii) nos controles de legalidade e constitucionalidade, além de eventuais abusos de poder; iii) judicialização da política. (SANTOS, 2007).

O fenômeno tem sido visto com bons olhos, de forma geral, mas não escapa a críticas contundentes, em especial no caso brasileiro. Quanto à operacionalidade dos ideais do protagonismo judicial, a crítica assenta-se na baixa eficiência estrutural do sistema judicial. Fala-se também da influencia midiática sobre os tribunais. Sobre o tema o autor Boaventura afirma:

Os efeitos da midiáticação nas testemunhas pode levar à produção de reflexos de autocensura [...] e o perigo de o elemento opinião pública “entrar” na sala do tribunal podendo produzir uma reinterpretção do real a partir das expectativas da opinião pública (SANTOS, 2007, p. 82).

2.3. O DESENVOLVIMENTO E ESPANÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ASCENÇÃO DAS NOVAS DIMENÇÕES DO DIREITO

Avançando para o terceiro tópico de estudo, enfrentaremos o desenvolvimento e a expansão da teoria dos direitos fundamentais e a ascensão das novas dimensões do direito. Alexy inicia sua obra *teoria dos direitos fundamentais* explicitando o as múltiplas formas de se abordar a teoria dos direitos fundamentais, p. ex.: por meio de uma abordagem histórica, filosófica, sociológica, jurídica etc. (ALEXY, 2011), não obstante, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins no livro *Teoria geral dos direitos fundamentais* apontam que: “os direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a política” (DIMOULIS, MARTINS, 2011, p. 15) a partir dessas premissas, sistematiza-se este estudo da seguinte forma: com uma abordagem histórico-filosófica, trataremos das dimensões dos direitos fundamentais como proposto pela moderna doutrina; sub a égide da face política dos direitos fundamentais, trataremos da definição, das características gerais, e a titularidade dos direitos fundamentais; em seguida com uma visão jurídica, trataremos das técnicas hermenêuticas de ponderação como solução de eventuais conflitos entre direitos fundamentais, das fontes dos direitos fundamentais e a eficácia das normas e princípios dos direitos fundamentais.

Procedendo com a abordagem histórica, o apontamento sumário sobre a indeterminação histórica da gênese dos direitos fundamentais, feita no livro de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, passa por suas manifestações na antiga Babilônia, Grécia e Roma republicana (DIMOULIS, MARTINS, 2011). A indeterminação e a ancianidade, de dimensões milenares, da origem história dos direitos fundamentais esvazia, teleologicamente, a necessidade da análise dos elementos essenciais aos direitos fundamentais a partir dessas primeiras manifestações por perderem a relevância, por inadequação, ao tomarmos o nosso tempo como paradigma. É por isso que a determinação histórica dos elementos essenciais aos direitos fundamentais, Indivíduo, e texto normativo regulados da relação entre Estado Indivíduos (DIMOULIS, MARTINS, 2011). O Estado apresenta-se como elemento quando na condição de aparelho de poder centralizado capaz de legislar, julgar e administrar a vida em sociedade. A partir desse poder é que se pode concretizar os direitos fundamentais. O Estado em questão é o Estado moderno reativo à estratificação medieval do poder.

O indivíduo como ente dotado de subjetividade e personalidade nem sempre existiu em todas as sociedades e tempos, pode se dizer que o reconhecimento da

personalidade como elemento desvinculado de um grupo, classe, clã, reino etc. é invenção relativamente recente.

Por fim, o texto normativo que regule a relação entre o Estado e os indivíduos, esse texto que modernamente reconhecido como a constituição de um determinado Estado, a qual garante ao particular que determinadas esferas essenciais de sua vida não sofrerão intervenções arbitrárias do Estado.

Superada a determinação dos elementos históricos necessários ao surgimento dos direitos fundamentais, passaremos a analisar a evolução desses direitos segundo o critério histórico que divide tais direitos em gerações ou dimensões. Destaca-se a preferência da doutrina mais atual pelo termo dimensões, por entender que, tratando-se de dimensões, os ganhos da “dimensão” anterior não são abandonados pela dimensão posterior.

Partindo do lema da revolução francesa, temos os direitos de 1º, 2º e 3º dimensão, ou seja, respectivamente, os direitos relativos às liberdades individuais; os direitos sociais, ao lado dos direitos econômicos e culturais; e os direitos de titularidade difusa, coletiva e individual homogêneos, lastreados pelos ideais de fraternidade.

A ascensão dos direitos fundamentais de primeira dimensão esta essencialmente ligada à transição do Estado autoritário para o Estado de Direito, entre seus precedentes históricos cita-se a Magna Carta de 1215, Paz de Westfália e o *Bill of Rights* (LENZA, 2011). Segundo Alexandre de Moraes, “os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Carta*” (MORAES, 2011, p. 57). Quanto aos sujeitos dos direitos de primeira dimensão a doutrina aponta inequivocamente o indivíduo como titular e o Estado, em face do qual se opõe, no gozo do *direito de resistência*, o direito às liberdades.

A consolidação das liberdades, dentro de um contexto de ascensão burguesa, criou o ambiente propício ao desenrolar da chamada Revolução Industrial europeia, a qual naturalmente trouxe também as suas antíteses. “Nesse sentido, em decorrência de péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o *cartista* – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848)” (LENZA, 2011, p. 861) com o escopo de reivindicar prestações positivas do Estado que salvaguardem direitos sociais, culturais e econômicos lastreados nas ideias de igualdade substancial (ou real).

Encontramos precedentes históricos desse novo paradigma na constituição mexicana de 1917, na constituição da primeira república alma de 1919, na instituição da OIT e na constituição brasileira de 1934 (LENZA, 2011).

Avançando para a terceira dimensão do Direito entramos em um momento histórico de consolidado neoconstitucionalismo. O reconhecimento e a reafirmação dos direitos fundamentais do homem apontaram uma nova categoria de direitos de titularidade metassubjetiva, reconhecendo grupos sociais ligados por elações de fato que se dividem em direitos de titularidade difusa, coletiva ou individual homogêneos. Os direitos reconhecidos nesses grupos peculiares guardem estritas ligações com a ideia de solidariedade, fato que é concebido com mais facilidade a partir de exemplos desses direitos de terceira dimensão, entre eles pode-se citar: o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, os direitos dos consumidores e ao desenvolvimento econômico.

A doutrina, ainda não tão bem consolidada, aponta ainda a quarta e a quinta dimensão dos direitos fundamentais. A quarta geração decorre de avanços científicos que colocaram o patrimônio genético dos seres vivos como objetos de certas vontades humanas as quais, a partir de então, devem ser reguladas por regras claras, sub pena de darem margem a sérias injustiças. Normalmente relaciona-se a quarta dimensão do direito como o biodireito em si, a quarta dimensão apresenta temas como: “transplantes de órgãos, fecundação *in vitro*, aborto, descriminalização do suicídio, homossexualismo, utilização de células genéticas, inseminação artificial, útero de aluguel, transformação de sexo, direito à morte, dentre outros” (FURTADO, MENDES. 2008, p. 6977). Por fim, sobre a quinta dimensão, ressalta-se que ainda é um terreno temerário e de poucos consensos. Certos autores o relacionam aos temas que envolvem a cibernética e a internet. Outros relacionam a quinta geração ao direito à paz p. ex.:

Bonavides, com o qual estamos, reverbera que a dignidade jurídica da paz advém do reconhecimento universal que lhe é devido enquanto requisito da convivência humana, o que, por sua vez, conserva a espécie e dá segurança aos direitos, justificando que somente se efetivará tal dignidade se a paz vier a ser elevada a direito de quinta geração (FURTADO, MENDES. 2008, p. 6979).

Sub a égide da visão política dos direitos fundamentais, trataremos de algumas definições, características e da questão da titularidade dos direitos humanos, com especial enfoque no cenário nacional. A definição de direito fundamental adotada

no presente trabalho é a de direito público de pessoa natural, jurídica, ou de grupos unidos por situações de fato, contidos em dispositivos constitucionais, com a finalidade de limitar a atuação do Estado na esfera de um particular, de um particular na esfera jurídica de outro, do Estado ou de particular nos grupos em situações de fato.

Dessa premissa extrai-se uma série de conclusões, entre elas a fundamentalidade formal e material (DIMOLIUS, MARTINS. 2011), ou seja, um direito é definido como fundamental se, e somente se, for tutelado por dispositivo com força constitucional, a final se tutela de tão grande lastro axiológico puder ser alterada segundo processos legislativos simplificados a pretensão de proteção integral se esvazia. Nesse mesmo sentido define-se a natureza jurídica das normas que disciplinam os direitos fundamentais como “direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado [...] Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata” (MORAES, 2001, p. 58). Quanto às características dos direitos fundamentais, a doutrina normalmente aponta a historicidade; universalidade; relatividade; irrenunciabilidade; inalienabilidade; imprescritibilidade e concorrência. Sua abrangência, ligada à ideia de universalidade, é interpretada segundo uma hermenêutica inclusiva e abrangente, ampliando as possibilidades de tutela dos direitos humanos. Dessa forma temos indivíduos, pessoas jurídicas e estrangeiros, como sujeitos desses direitos, não obstante a historicidade dos direitos fundamentais, devemos lembrar que essa interpretação abrangente é fruto de um processo histórico complexo de lutas e conquistas desses direitos.

Avançando para a abordagem mais jurídica dos direitos fundamentais, primeiramente trataremos das técnicas hermenêuticas de solução de eventuais conflitos entre direitos fundamentais. Primeiramente deve-se retomar duas características dos direitos fundamentais: concorrência e a relatividade. Ambos fundam-se na natural complexidade dos fatos tutelados pelos direitos fundamentais, a primeira nos revela a possibilidade de incidência de mais de um direito fundamental sobre um mesmo suporte fático, p. ex.: um jornalista que goza do seu direito de informação cumulativamente ao seu direito de opinião. A segunda, relatividade, nos revela a mesma coisa e algo mais. Sobre um mesmo suporte fático podem incidir mais de um direito fundamental de forma harmônica ou de forma conflituosa. Em caso de conflito leva-se a efeito a regra de

“máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos” (LENZA, 2011, p. 864) e a sua mínima restrição, ou seja, ponderam-se ambos os direitos de formar a não excluir nenhum deles por total e mitiga-los na medida necessária a coexistência. As balizas dessa ponderação são de ordem axiológica, ética, é nesse campo que se estabelece o próximo aspecto do pós-positivismo, o moralismo jurídico.

2.4. MORALISMO JURÍDICO

A penúltima face do pós-positivismo jurídico é de especial importância por constituir o cerne do fenômeno geral. Nas palavras do celebre professor Barroso: “O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito” (BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e pós-positivismo)*). Essa reaproximação entre ética e Direito recebe o nome específico de moralismo jurídico. A importância maior da consolidação desse paradigma é a contribuição para a moderna hermenêutica em sistemas nos quais as normas genéricas de interpretação aberta ganham cada vez mais força. Nesse ponto enfrentamos um tema bastante recorrente no discurso positivista: o problema da segurança frente a sistemas jurídicos com larga margem de interpretação. A ampliação das possibilidades interpretativas em tempos de pós-positivismo é inegavelmente maior – pelo menos é o que aponta o pujante protagonismo judicial – e, portanto, como forma de proteger o sistema de eventuais desmandos e despotismos, ascenderam-se valores éticos ao status de parâmetros hermenêuticos com a finalidade precípua de salvaguardar o primado da justiça. Sobre a ética que lastreia a moderna hermenêutica, é mister anotar que não se trata de uma reabilitação ou volta à concepção jusnaturalista de moral. Nesse ponto cabem alguns breves apontamentos sobre a gênese da ética do pós-positivismo jurídico.

Pode-se afirmar que mais sólida e segura condensação das ideias éticas de nosso tempo que, por força da ascensão do moralismo jurídico, se associaram à prática e desenvolvimento da moderna hermenêutica, são aqueles abarcadas na escola crítica de Frankfurt. A seguinte frase do filósofo Horkheimer demonstra claramente a negação à metafísica como sistema ético: “A filosofia que pretende se acomodar em si mesma,

repousando numa verdade qualquer, nada tem a ver, por conseguinte, com a teoria crítica.”. O sistema ético prevalente é o pragmático. Sobre o pragmatismo ético, os mais recentes expoentes do tema são os pensadores da chamada guinada linguística que trazem um novo conceito de verdade a partir da ideia de *consenso* sobre a qual se construiu os alicerces da ética do discurso.

2.5. NEOPROCESSUALISMO

Por fim, a última face do pós-positivismo, o neoprocessualismo. Esse fenômeno tornou-se inevitável depois do estabelecimento do neoconstitucionalismo e sua influência no direito civil, tornando aparente a necessidade de adequação do processo ao novo paradigma do direito material. Antes do estabelecimento do neoprocessualismo o processo, frente ao direito material sofrera outras mudanças sistematizadas em quatro fases principais: o praxismo ou sincretista; a processualista ou autonomismo; o instrumentalismo; e o neoprocessualismo.

Na primeira fase, sincretista, não havia preocupação científica com o processo, o qual era abordado a partir de seus aspectos práticos por haver identidade entre o direito processual e o material. A segunda fase é marcada abordagem científica do processo e pela afirmação da separação do processo do direito material. Não tardou para que esse paradigma se tornasse obsoleto e dissonante da realidade o que deu margem ao surgimento de um novo paradigma, o instrumentalismo processual. Uma vez atingida a emancipação do processo e superados os excessos da fase processualista, o processo passou a ser interpretado como meio de realização do direito material, em fim os aspectos teleológicos do processo passaram a ter papel precípua na hermenêutica. Por fim ascende ao universo jurídico o paradigma neoprocessualista, por influência do neoconstitucionalismo. A polissemia do termo é bem interessante por tratar-se de um fenômeno ainda em desenvolvimento e por fazer clara apologia ao neoconstitucionalismo. O desenvolvimento da fase instrumentalista apontou para a necessidade de uma mais fina aproximação entre o processo e os direitos e princípios fundamentais relacionados a prestações positivas. Em especial os seguintes pontos: o princípio da adequação do procedimento à causa; a ideia de tutela de interesses coletivos; a aproximação da cognição à execução; a ampliação das cláusulas gerais ou

conceitos jurídicos indeterminados como superação do princípio da congruência no sentido de se garantir a efetiva tutela aos direitos fundamentais por meios de atos praticados independentemente do pedido expresso das partes (LORENÇO, 2011). Talvez o núcleo da discussão entre princípios processuais do nosso tempo seja a dicotomia entre instrumentalismo e garantismo, sendo aquele ligado a célere prestação processual do estado, e esse ligado à ampla tutela dos direitos pleiteados em juízo. Nesse ponto se acentua a necessidade de um novo paradigma processual, com mais vultoso lastro axiológico e estreita relação com o texto constitucional, pois é apenas a partir da moderna hermenêutica ponderativa, axiológico-indutiva, pautada na proporcionalidade e afastada de posturas inflexíveis, que se pode, à luz do caso concreto, encontrar a justa medida entre instrumentalismo e garantismo. Esse conflito pode ser visto ainda, pelo confronto entre efetividade e segurança, os quais estão sempre se contrabalanceando ao passo que quanto mais efetividade, menos segurança e quanto mais segurança menos efetividade, entendendo efetividade como celeridade.

Nesse novo paradigma processual ganha especial reforço a lógica argumentativa, em consequência, o contraditório e a cooperação das partes. A participação do juiz nas fases processuais passa a ser, também, um requisito para a justa condução do processo.

O neoprocessualismo é, ainda, pouco discutido na doutrina e a jurisprudência é bastante escassa quando o assunto é formalismo valorativo. Mas isso tende a mudar em virtude da, a cada dia mais forte, tendência moderna ao neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. No âmbito do processo civil essa tendência se reafirma com elaboração do futuro código de processo civil. Que será abordado a diante.

A incoerência entre o processo e o direito material compromete seriamente a efetividade e a garantia desses direitos. Tal incoerência é flagrante no atual ordenamento jurídico, porém, forças de renovação ganham vultosa expressão com a reafirmação do pós-positivismo. Em 2010 o grupo de juristas responsáveis por elaborar o novo código de processo civil publicou o anteprojeto do novo CPC.

Passemos a analisar, dentro dos cinco motivos elencados, a presença do neoprocessualismo:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir

decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

(Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do código de processo civil. *Código de processo civil: anteprojeto*. Senado Federal: Brasília, 2010.).

Logo no primeiro motivo (“estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”) apontado pela comissão já trás de forma bastante clara a influencia do neoconstitucionalismo, proposta principal do neoprocessualismo. Tal posicionamento garante a efetivação dos direitos fundamentais e princípios consoantes à dignidade da pessoa humana.

O segundo motivo (“criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”) indica a valorização das chamadas cláusulas gerais, superando assim o excessivo formalismo culpado por afastar, por vezes, as decisões e sentenças da complexidade posta pelo caso concreto. Essa ampliação da margem de manobra do juiz representa um substancial avanço na defesa de direitos fundamentais, para além dos limites formalistas.

O terceiro motivo (“simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal”) representa dois avanços para o ordenamento pátrio: a prevalência do mérito sobre o formalismo e a preocupação com a democratização do acesso a justiça. A simplificação do processo garante que o dispêndio de tempo e energia se concentre em questões de mérito e na substancial tutela dos direitos em questão. É consequência, também, da simplificação do processo, a ampliação da possibilidade e viabilidade da participação democrática dos sujeitos processuais bem como da sociedade civil. Um processo inteligível a todos garante maior participação e fiscalização, pois supera o formalismo e suas formas de rebuscado eruditismo desnecessário e excludente.

O quarto motivo (“dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado”) relaciona-se tanto a ideia de aproximação entre cognição e execução como a ideias instrumentalistas de economia processual e instrumentalidade das formas. A Justa prestação processual não se finda no mero conhecimento do direito

em questão e sim na garantia desse direito, a qual se dá pela execução justa e rápida, desenrolada de forma orgânica em ralação à cognição. Quanto às ideias instrumentalistas do processo, observa-se uma fila relação entre elas e simplificação do processo e a sua hermenêutica teleológica.

Quanto ao quinto motivo exposto (“imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”) percebe-se que é condição de efetividade dos demais, a final se há a pretensão de consonância com valores e princípios constitucionais, teremos um parâmetro de validade das normas processuais: a constituição, e por tanto, alto nível de organicidade é *conditio sine qua non*. Tal organicidade é indispensável para uma justa hermenêutica de cláusulas gerais, por construir uma coluna central da qual parte os postulados basilares da interpretação.

3. O PÓS-POSITIVISMO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O reconhecimento da força normativa da constituição e sua evolução para a ideia neoconstitucionalista de supremacia da constituição, cobra do sistema jurídico a existência de uma corte constitucional incumbida de, principalmente, guardar e defender a constituição.

A afirmação do pós-positivismo desencadeou o ativismo judicial, como já vimos, entre outros fenômenos que recriaram a visão e sistematização do direito no nosso tempo. Esse ativismo, associado a outros elementos desse novo paradigma, como o moralismo, a ampla tutela dos direitos fundamentais e a supremacia constitucional culminaram na construção de uma corte constitucional com características bastante especiais, hoje em dia, objeto de acaloradas discussões doutrinárias, acadêmicas e jurídicas sobre a sua atuação. Pretendemos tratar, brevemente, dessas discussões que estabelecem laços mais claros com o paradigma pós-positivista.

O protagonismo judicial e a defesa do amplo rol de direitos constitucionalmente tutelados, não tardou a provocar uma inflação judiciária, atolando a Suprema Corte com um volume de processos muito superior ao que a conjuntura processual brasileira pode suportar.

Esse acúmulo desproporcional à mecânica da suprema corte constitucional promoveu um fenômeno dual. Em um sistema jurídico em que se pretende uma ampla tutela aos direitos fundamentais, criou-se uma série de mecanismos que aceleram os processos e soluções das lides. Entre súmulas vinculantes e outros instrumentos processuais, temos a ideia, ainda em formação, da transcendência dos motivos determinantes, segundo a qual a atribuição de efeito *erga omnes*, pelo congresso nacional, à declaração de inconstitucionalidade pela via difusa pelo STF é um instituto obsoleto, sendo o efeito “para todos” reconhecido desde a declaração, ficando o congresso incumbido de apenas dar publicidade à declaração.

Naturalmente constatam-se problemas decorrentes do pós-positivismo na jurisdição constitucional, principalmente decorrentes de certos atrasos na esfera processual e institucional. O que não deve ofuscar as conquistas alcançadas pela legislação negativa do STF, as quais somente foram possíveis a partir de interpretações axiológico-indutivas da moderna hermenêutica constitucional.

4. CONCLUSÃO

Mais um passo na história da humanidade e mais um paradigma no direito. A história nos tem ensinado que nem sempre as panaceias teóricas atingem seus, sempre tão nobres, objetivos. Por vezes a culpa esta na rápida transformação da sociedade, no aumento da complexidade das relações sociais; outras vezes, as leituras parciais da realidade culminam em teorias sociais fadadas ao fracasso.

A superação das antíteses do jusnaturalismo clássico e, dada a conjuntura social da sociedade no início do séc. XVIII, serviram de substrato para a ascensão do naturalismo moderno, marcado por exacerbado apriorismo, responsável por servir a interesses pouco legítimos de instituições de poder do Estado. Então a reação, emergente da classe burguesa, projetou um modelo jus-filosófico que, em linhas gerais, liga a atuação estatal à estrita legalidade, sem margem para subjetivismo, contribuições da ética ou da filosofia, tão pouco de outras fontes (psicologia, geografia, psicanálise, etc.), fixando, por tanto, o Estado como única fonte do Direito. Não obstante os tons de cinza que compõem o quadro evolutivo do positivismo jurídico, adentramos na fase pós-positivista a partir da fixação de alguns fenômenos na atuação do Estado. O

neoconstitucionalismo, a expansão dos direitos humanos, o protagonismo judicial, o neoprocessualismo e o moralismo jurídico foram, segundo o entendimento construído nesse trabalho, os fenômenos fixados na esfera pública que concretizaram o pós-positivismo como o paradigma jurídico de nossos tempos.

O tão celebrado pós-positivismo não deve ser adotado sem a devida carga de criticidade que toda teoria social deve se submeter a cada nova aplicação. Não cessa o processo de revisão e crítica como também não cessam as mudanças sociais.

A aplicação ética do Direito; a constituição como lastro e baliza da hermenêutica; a ampla margem de manobra, de que goza o judiciário, na defesa e proteção aos direitos fundamentais, são exemplos dos ganhos sólidos do ordenamento jurídico interno a partir da ascensão do pós-positivismo. A teoria crítica e a virada linguística, que marcaram o início da pós-modernidade, marcaram também o direito, firmando suas raízes de desconfiança sobre as velhas ideias do positivismo normativista.

Esse novo paradigma do direito ganha mais contorno com o aumento da amplitude de sua adoção na jurisdição. Espera-se com esse trabalho, em fim, ter, por meio da sistematização das cinco faces do pós-positivismo, contribuído com o entendimento desse complexo fenômeno jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 6º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMAN, Zygmunt, PEREIRA, Vera (trad.). *44 cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BOBBIO, Norberto, COUTINHO, Carlos Néson (trad.). *A era dos direitos*. Editora Elsevier, 2004.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: ícone, 1995.

CONTE, Auguste, *Plan des travaux scientifique nécessaires, pour reorganizer la société*. Editor a Aubier-Montaigne, 2007.

FURTADO, Emmanuel Teófilo; MENDES, Ana Stela Vieira. *Os direitos humanos de 5º geração enquanto direito à paz e seus reflexos no mundo do trabalho – inércias, avanços e retrocessos na constituição federal e na legislação*. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02_335.pdf

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Direito natural, direito positivo e estado de direito*. Editora RT, 1977.

GOÉS, Guilherme Sandoval, *neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista* in: Luís Roberto Barroso (org.). *A reconstrução democrática do Direito público no Brasil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 113-150.

HART, Hebert. *O conceito de direito*. 4º Ed. Lisboa: fundação calouste gulbenkian, 2005.

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, São Paulo: Saraiva, 2011.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

LORENÇO, Haroldo. *Formalismo Valorativo e influências no novo CPC*. Revista EMERJ: Rio de Janeiro, V.14. n.56. pg. 74-107, outubro-dezembro, 2011.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Constituição e Democracia estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. Ed. Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, São Paulo: Atlas, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20º Ed São Paulo: Saraiva 2002.

RIBEIRO MOREIRA, Eduardo. O momento do positivismo. *Teoria do Direito neoconstitucional; Superação ou reconstrução do positivismo jurídico*, São Paulo, p. 232, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez editora, 2007.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A constituição de 1988 vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira"*. Revista Direito GV, V.4, pg. 407-440. São Paulo: 2008.