

A CRISE DO POSITIVISMO NA PÓS-MODERNIDADE

ALEXANDRE KNOPFHOLZ¹

“A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade da Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.”
(Konrad Hesse)

¹ Professor de Processo Penal na Faculdade de Direito do UNICURITIBA. Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pela mesma instituição. Advogado Criminal.

Sumário: 1. *Introdução.* 2. *Modernidade, pós-modernidade e hipermodernidade.* 3. *A superação do positivismo.* 4. *O raciocínio pós positivista e o direito pós-moderno.* 5. *A constitucionalização como solução do problema.* 6. *Conclusão. Referências.*

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar o fracasso do pensamento positivista no atual estágio da humanidade, bem como apresentar soluções para o problema apresentado. Através de uma análise da denominada pós-modernidade, caracterizada pelo relativismo e pelo risco, e da necessária construção de uma nova racionalidade, mais pragmática e menos hermética, expõe-se a insuficiência da lógica formal preconizada pelo pensamento moderno. Pretende-se destacar a importância da realidade histórico-social e das teorias da linguagem na busca de um critério de legitimação do direito, sem com isso se afastar da segurança jurídica necessária ao bom andamento de um Estado de Direito. Conclui-se apresentando a sugestão da constitucionalização como solução ao problema apresentado, uma vez que, ao mesmo tempo em que estabiliza o sistema jurídico, permite uma análise histórica e valorativa, incorporando elementos extralegais fundamentais na busca pela justiça.

Palavras-chave: positivismo, pós-positivismo, modernidade, pós-modernidade, constitucionalização

1 INTRODUÇÃO

Jerusalém, 1961. Otto Adolf Eichmann (1906-1962), um dos principais personagens do *teatro dos horrores* da 2ª Guerra Mundial, *executor-chefe* do Terceiro *Reich* e um dos arquitetos da “*solução final*” proposta pelos nazistas – o extermínio do povo judeu – é julgado na Casa de Justiça. O crime é incontestado. Atingiu toda a humanidade. A condenação é inevitável.

Iniciado o julgamento, além dos depoimentos comoventes dos sobreviventes das barbáries cometidas pelos nazistas, foca-se o acusado: a cada intervenção, a cada resposta dada ao juiz, percebe-se que não se está julgando um *ser sobrenatural*, alguém diferente do *homem médio* da sociedade alemã da época. Trata-se de um servidor público comum, submisso, pronto a obedecer qualquer ordem superior. Sua própria mediocridade permitiu a sua defesa: era apenas um funcionário obediente, cumprindo determinações superiores e agindo conforme as leis de seu país. *Dura lex, sed lex.*²

Eichmann cumpriu rigorosamente o que a lei de seu país e o que seus superiores determinaram. E o direito viu seu sustentáculo maior ser derrubado. Era justa uma condenação não em razão do direito estabelecido, mas *apesar* dele. Compreendeu-se que as relações jurídicas são construções fenomênicas, alicerçadas com a aproximação entre norma, fatos e valores. A separação entre estes, proposta pelos adeptos da pureza do direito, mostrou-se insuficiente para a manutenção da ordem jurídica.

Era o triste fim do *positivismo* como única forma de compreensão do universo jurídico. A criatura voltou-se contra o criador. A lei que antes garantia segurança agora justificava uma das maiores barbáries da humanidade³. Algo estava errado. Era chegada a hora de concluir o inevitável: o direito não cabe na lei.

É certo que, para o modelo racionalista e cartesiano da Modernidade, o ideal positivista era perfeito. O raciocínio empírico e matemático do direito o aproximava da universalidade desejada, da explicação plena e absoluta de todos os problemas do conhecimento humano.

Contudo, não se pode abraçar o mundo.

² O relato detalhado e crítico do mencionado julgamento consta de célebre obra de Hannah Arendt. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

As nuances das relações sociais, a complexidade da mente humana, o desenvolvimento tecnológico e a evolução natural da sociedade não permitem a *matemática do direito*, a *abstração* das normas e a *lógica formal* sugerida pelos pensadores modernos. A verdade jurídica nem sempre está na lei.

É necessário, pois, buscar alternativas lógicas e viáveis. Os maiores filósofos do direito do último século fizeram suas buscas: Niklas Luhmann estudou o direito como sistema; Ronald Dworkin buscou as respostas na sociologia; Chaïm Perelman optou pelo estudo da hermenêutica e da retórica; Wittgenstein estudou os jogos da linguagem. Vários são os exemplos da procura pela verdade jurídica, com diversas sugestões de solução, mas com uma só origem: a crise do positivismo.

Tal constatação nunca esteve tão presente. Vive-se num mundo *pós-moderno*, numa crise de paradigmas na qual não se sabe o que se quer, mas se sabe o que não quer. O declínio do posicionamento positivista é irreversível. Não é mais possível compreender o mundo e o direito através dele. Por outro lado, não é possível abrir mão de suas virtudes. A sua concepção permanece útil e necessária, diante das inseguranças e inovações trazidas pelo mundo novo que ora se apresenta. Contudo, é necessário algo mais.

Com efeito, dentro da inevitável aproximação de *fato*, *valor* e *norma* – invocando a célebre teoria *tridimensional* de Miguel Reale – o presente trabalho parte de três premissas incontestes: no plano *fático*, a realidade pós-moderna, com suas incertezas e questionamentos; no âmbito *valorativo* a busca e a redescoberta de valores, sobretudo aqueles alicerçados em garantias e direitos fundamentais, historicamente conquistados com muito esforço e, finalmente, no plano *jurídico*, a falência do sistema positivo.

Neste contexto, é necessário o retorno à Constituição - o *porto seguro* dos Estados modernos – sugerindo-se a eficácia constitucional como res-

³ Uma das principais vozes críticas em relação ao positivismo e ao pensamento totalitário da Alemanha na 2ª Guerra Mundial foi Gustav Radbruch (1878-1949). Em pleno regime nazista, criticou os valores absolutos da lei e defendeu o relativismo e a não obediência servil à legislação frente às injustiças que via e previa. Tal ato de coragem resultou no afastamento de sua cátedra na Universidade de Heidelberg, apenas retornando à atividade docente em 1945. Suas ideias encontram-se no *pequeno grande livro* “*Relativismo y Derecho*”. RADBRUCH, Gustavo. **Relativismo y derecho**. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2009.

posta aos anseios da nova realidade jurídico-social que se apresenta. É somente com tal visão que é possível aceitar as mudanças sociais e a crise positiva, sem abrir mão da necessária segurança e dos valores essenciais ao ser humano.

2 MODERNIDADE, PÓS-MODERNIDADE E HIPERMODERNIDADE

A humanidade caminha a passos largos. Durante sua evolução, é possível vislumbrar épocas distintas, com as mais diversas sociedades, racionalidades e verdades. Ainda na era primitiva, as sociedades tribais viviam a infância da racionalidade, invocando o sobrenatural como resposta para suas dúvidas. Na época clássica - Grécia e Roma – a razão era natural, assim como o direito, e tudo era esclarecido através da lógica. Avançando à sociedade feudal e medieval, surge a razão teológica e o direito divino. Após a transição renascentista, inicia-se a modernidade, na qual surge a figura do Estado, e a racionalidade torna-se empírica e cartesianamente comprovada. É a época da ciência pura do direito, de Hans Kelsen e de sua consagrada teoria. No final do último século e no início do século XXI, vive-se um tempo de pós-modernidade, um momento de verdades construídas através da linguagem e de uma nova epistemologia no campo do direito.

Boa parte da filosofia da modernidade é alicerçada nas ideias de René Descartes (1596-1650) e Immanuel Kant (1724-1804), aquele com seu *Discurso do Método* (1637); este com a *Crítica da Razão Pura* (1781). A essência do pensamento moderno é a inserção do *homem* como o centro das atenções, em lugar do *cosmos* (como na época clássica) ou da divindade (como na Idade Média). Neste sentido, somente o homem pode atingir a verdade e, para tanto, precisa descobrir um critério confiável. Surge, assim, o *método* cartesiano, o qual permite a definição da verdade como aquilo que resiste à dúvida, onde sujeito encontra-se absolutamente seguro.

De outra banda, a evolução científica tornou possível o saber empírico, reforçando a ideia de que só é verdadeiro aquilo que pode ser comprovado. Buscou-se, assim, uma unidade racional, alicerçada em verdades únicas, absolutas e universais.⁴ A equação do mundo pode ser resumida na assertiva de que a verdade nada mais é do que aquilo que pode ser comprovado empiricamente, através de um raciocínio lógico. O mundo era imutável, as verdades, absolutas, e os conhecimentos, puros e alheios a qualquer interferência externa. Bauman⁵, em uma análise crítica de tal período histórico, descreve:

As utopias modernas diferiam em muitas de suas pormenorizadas prescrições, mas todas elas concordavam em que o 'mundo perfeito' seria um que permanecesse para sempre idêntico a si mesmo, um mundo em que a sabedoria hoje aprendida permanecería sábia amanhã e depois de amanhã, e em que as habilidades adquiridas pela vida conservariam sua utilidade para sempre. O mundo retratado nas utopias era também, pelo que se esperava, um mundo transparente – em que nada de obscuro ou impenetrável se colocava no caminho do olhar; um mundo em que nada estragasse a harmonia; nada 'fora do lugar'; um mundo sem 'sujeira'; um mundo sem estranhos.

Em sua mais recente obra, o consagrado sociólogo polonês complementa seu pensamento, denominando a atitude moderna de “postura de jardinagem”, na qual se buscava uma imagem de perfeita harmonia, arrancando-se as ervas daninhas, as quais destroem e criam manchas na paisagem.⁶

Não se pode negar as evoluções trazidas pelo pensamento moderno. Os avanços do conhecimento e da razão humana foram excepcionais. Certamente, foi um dos mais notáveis períodos da História, apresentando-se como um verdadeiro *salto* de racionalidade e de valorização das capacidades humanas.

Contudo, a sociedade evoluiu, tornando-se necessária uma nova forma de pensar. Atualmente, a purificação proposta pela modernidade não mais se sustenta, diante do progresso da humanidade e das vicissitudes que dele acarretam. Como é curial, a sensível mudança na economia, a diminuição das distâncias – físicas e culturais – entre os povos e o exagerado desenvolvimento científico conduz a uma sociedade de risco, na consagrada expressão de Ulrich Beck. É certo que “O achatamento do mundo [...] apresentou-nos novas oportunidades, novos desafios, novos parceiros, mas também, infelizmente, novos perigos [...]”.⁷ O nascimento do século XXI é acompanhado de incertezas em todos os aspectos.⁸

⁴ Marrafon esclarece que “A supervalorização da razão faz com que esta adquira um novo status, passando a se constituir uma categoria universal transcendental, superando o âmbito da individualidade e ocupando um lugar de fundamentação e legitimação discursiva de toda a possibilidade de conhecimento.” MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Hábitus Editora, 2008, p. 27.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citlali Rovirosa-Madrazo. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 134.

⁶ FRIEDMAN, Thomas. **O mundo é plano**: Uma breve história do século XXI. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 453.

Segundo Boaventura de Souza Santos, a crise da modernidade é profunda e irreversível, sendo certo que um novo mundo abriu-se com a revolução científica. Contudo, ainda não é possível desvendar com precisão que mundo é esse e qual a sua identidade⁷. Vive-se hodiernamente em uma sociedade intervalar, na qual “Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu.”¹⁰

A *zona cinzenta* da sociedade contemporânea não permite conceituações prontas e acabadas. O que se sabe é que o momento atual é de uma “nova desordem no mundo” e de uma “desregulamentação universal!”¹¹, no qual “as regras do jogo não param de mudar no curso da disputa.”¹²

É neste cenário que se insere a chamada *pós-modernidade*. Ninguém sabe ao certo o que isso significa. Pós-moderno, “a um só tempo, tudo e nada pode significar.”¹³ Sabe-se, apenas, ser um momento de desconstrução, complexidade, relatividade, incompletude e incerteza, “que questiona as noções clássicas de verdade, razão, identidade e objetividade, a idéia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou os fundamentos definitivos de explicação.”¹⁴

Ivo Dantas¹⁵, em análise crítica, demonstra a dupla acepção do termo:

⁷ FRIEDMAN, Thomas. **O mundo é plano**: Uma breve história do século XXI. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 453.

⁸ Em interessante obra, o americano George Friedman tenta vislumbrar os acontecimentos políticos do século XXI. Dentre suas *previsões* – realizadas com base na evolução da história da humanidade e nas novas tendências da pós-modernidade – constam algumas jamais imaginadas, como, por exemplo, o declínio da Europa, uma guerra entre os EUA e uma coligação entre a Polônia, o Japão e a Turquia, e a ameaça da hegemonia americana diante do crescimento vertiginoso do México. Tal análise – certa ou errada – ao menos tem o mérito de demonstrar a *quebra de paradigmas* a que se dispõe a nova concepção mundial. FRIEDMAN, George. **Os próximos 100 anos**: uma previsão para o século XXI. Rio de Janeiro: Best Business, 2009.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 68

¹¹ Ibid., p. 41.

¹² Ibid., p. 113.

¹³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 68.

O 'pós', de pós-modernidade, é ambíguo. Pode significar o que vem depois, o movimento para um novo estado de coisas, por mais difícil que seja caracterizar esse estado tão cedo assim. Ou pode ser mais parecido com o post, de post mortem: exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver. O fim da modernidade é, segundo essa colocação, a ocasião de refletir sobre a experiência da modernidade; a pós-modernidade sendo, portanto, esse estado de reflexão. Nesse caso, não há uma percepção necessária de um novo começo, mas apenas um senso algo melancólico de fim.

Conforme Barroso¹⁶:

O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.

Neste sentido, se na modernidade havia *abstração*; na pós-modernidade fala-se em *pragmatismo*; se lá havia *universalismo*, aqui se fala em *relativismo*. Passa-se da unidade para a pluralidade de razões, da axiomatização às lógicas fragmentadas, da simplicidade para a complexidade e da segurança ao risco.¹⁷ É o momento, pois, do abalo dos alicerces absolutos da racionalidade, do fracasso das grandes ideologias da história e da desconstrução do saber absoluto e universal diante da estrutura complexa do mundo.

¹⁴DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo. In: **O novo constitucionalismo da era-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides: São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318.

¹⁵ Ibid., p. 317.

¹⁶BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista Diálogo Jurídico**: Ano I, Vol. 1, n.º 6 (setembro de 2001). Salvador: 2001, p. 2.

¹⁷ARNAUD, André-Jean. **Entre modernidad y globalización**. Siete lecciones de historia de la filosofía del derecho y del estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 247.

¹⁸FERRY, Luc. **Diante da crise**: materiais para uma política de civilização: relatório ao primeiro-ministro. Rio de Janeiro: Difel, 2010, p. 21.

¹⁹LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Bercarolla, 2004, p. 52-53.

Há pensadores, contudo, que, não obstante confirmem todos os traços da nova ordem mundial, entendem que o momento não é de falência do pensamento moderno, mas sim de uma nova forma de modernidade, apenas adequada aos tempos atuais. Luc Ferry¹⁸, por exemplo, esclarece que a “*nova modernidade*” - por ele chamada de nova globalização – representa, ao mesmo tempo, um produto da primeira e uma ruptura total com ela.

Lipovetsky, por sua vez, afirma que a “*pós-modernidade*” já passou, dando lugar à *hipermodernidade*. Segundo ele, “No momento em que triunfam a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, o rótulo pós-moderno já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia.”¹⁹ Assim, “Longe de decretar-se o óbito da modernidade, assiste-se a seu remate, concretizando-se no liberalismo globalizado, na mercantilização quase generalizada dos modos de vida, na exploração da razão instrumental até a ‘morte’ desta, numa individualização galopante.”²⁰

Justificando seu posicionamento, afirma:

O Estado recua, a religião e a família se privatizam, a sociedade de mercado se impõe: para disputa, resta apenas o culto à concorrência econômica e democrática, a ambição técnica, os direitos do indivíduo. Eleva-se uma segunda modernidade, desregulamentadora e globalizada, sem contrários, absolutamente moderna, alicerçando-se essencialmente em três axiomas constitutivos da própria modernidade anterior: o mercado, a eficiência técnica, o indivíduo. Tínhamos uma modernidade limitada; agora, é chegado o tempo da modernidade consumada.²¹

Assim, conclui o filósofo francês que “Tudo se passa como se tivéssemos ido da era do *pós* para a era do *hiper*. Nasce uma nova sociedade moderna. Trata-se não mais de sair do mundo da tradição para aceder à racionalidade moderna, e sim de modernizar a própria modernidade, racionalizar a racionalização [...]”²²

Raffaele de Giorgi²³, por sua vez, prefere a expressão *modernidade da sociedade moderna*, um momento de maiores riscos e de

²⁰ Ibid., p. 53.

²¹ Ibid., p. 54.

²² Ibid., p. 56.

²³ GIORGI, Raffaele de. **Direito, democracia e risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 153.

²⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

incalculabilidade de eventos, no qual a complexidade – ou excesso de possibilidades – produz uma sociedade instável e cada vez mais contingente, “visto que no presente tudo pode ser de modo diverso”.

Várias são as denominações dadas ao momento atual da humanidade. Contudo, é certo que as características apontadas por todas são idênticas. Vale dizer: a *pós-modernidade*, a *nova modernidade*, a *hipermodernidade* ou a *modernidade da sociedade moderna* importam variações sobre o mesmo tema. São diferentes rótulos de uma mesma situação concreta. Todas atestam o fim do período moderno na acepção clássica e a visão de mundo que o acompanhava.

3 A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO

A Teoria Pura do Direito foi, para os estudos jurídicos do século XX, a expressão do pensamento moderno, cartesiano e matemático. Seu expoente máximo, Hans Kelsen (1881-1973), foi extremamente influenciado pelo Círculo de Viena, famoso movimento histórico surgido no período entre as grandes guerras, composto por um grupo heterogêneo de filósofos e cientistas que tinham por finalidade discutir o conhecimento científico.

Foi no referido movimento, que teve como personagem central o professor Moritz Schlick (1882-1936), que surgiram os ideais do *positivismo lógico*, também denominado *neopositivismo* ou *empirismo lógico*. A essência deste pensamento filosófico era a busca por um paradigma da “verdadeira ciência”, isto é, de um conhecimento puro e lógico que limitasse as reflexões filosóficas e metafísicas. Neste sentido, a concepção científica do mundo era o somatório do conhecimento empírico e da análise lógica da linguagem.

Conforme esclarece Fabio Ulhoa Coelho²⁴, a expressão *positivismo*

[...] tem sentidos diferentes na filosofia em geral e na filosofia jurídica, além de expressar ambiguidades em cada uma dessas áreas. Inicialmente, foi utilizada na identificação de uma vertente filosófica, representada em especial por Comte, segundo a qual o conhecimento científico seria a mais evoluída manifestação do espírito humano, suplantando a metafísica e a religião. Progressivamente, a expressão passou a designar uma postura epistemológica de busca de rigor nos resultados alcançados pelo conhecimento. A denominação positivismo lógico para identificação da filosofia produzida pelo Círculo de Viena se insere, por exemplo, nesse contexto.

Não obstante não ter sido um ativo participante do mencionado Círculo, é certo que Kelsen foi grandemente influenciado por ele. Sua ideia era transpor, para o direito, os métodos próprios das ciências matemáticas, a fim de se atingir a “pureza” do conhecimento:

Lo que hay que se resaltar es la supraordenación del sujeto al objeto; ello es así porque el positivismo nace sobre todo en contacto con una serie de teorías que empleaban para su desarrollo unos métodos propios de las ciencias físico-naturales y físico-matemáticas. El positivismo supone un intento de extraer consecuencias filosóficas de los métodos propios de las ciencias físico-matemáticas.²⁵

Com efeito, “A grande motivação da teoria pura do direito é a de definir as condições para a construção de um conhecimento consistentemente científico do direito.”²⁶ E para tal intento, era necessário *purificá-lo*, através de uma separação rígida entre fatos e valores:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão desses últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.²⁷

Para Kelsen, a única forma de fazer do direito uma ciência é se ocupar da norma posta, separando o *ser* do *dever ser*, e destacando o plano normativo como o único em que se pode buscar o conhecimento absoluto: a lei prevalece sobre as demais fontes jurídicas. Assim, “O ‘de-

²⁵ MIRETE, José Luis. **La utilización de la razón y el positivismo jurídico**. Murcia: Diego Marin, 2007, p. 126. Tradução livre: “O que se deve ressaltar é a supraordenação do sujeito ao objeto: e assim é porque o positivismo nasce, sobretudo, do contato com uma série de teorias que usavam para seu desenvolvimento os métodos próprios das ciências físico-naturais e físico-matemáticas. O positivismo supõe a tentativa de extrair consequências filosóficas dos métodos próprios das ciências físico-matemáticas.”

²⁶ COELHO, 2009, p. 1.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135.

²⁸ KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 510.

ver-ser' legal de Kelsen, seu conceito de norma e o sistema jurídico formado pela massa de normas têm um caráter puramente formal, não admitindo nenhuma avaliação derivada das ciências ou de sistemas de valor fora do próprio direito."²⁸

Segundo ele, as normas se bastam. São autossuficientes. E, para solucionar a questão do fundamento último de validade da ordem jurídica, Kelsen criou a *norma hipotética fundamental*, que não é editada por nenhum ato de autoridade. Trata-se de uma norma que não é posta, mas pressuposta, e que consiste em axioma a partir do qual é sustentada toda a teoria jurídica kelseniana.²⁹

A reclusão do direito em uma *redoma* inquebrantável garantiria, assim, a segurança tão almejada pela modernidade, que enfim poderia afirmar ter descoberto a verdadeira ciência jurídica:

Como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Se não for adotado, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.³⁰

A proposta era, portanto, a criação de “artefatos semânticos”, “autodescrições simplificadas” aptas a opor resistência às pressões da diferenciação. Nelas, “sedimentam-se distinções asseguradoras, consolidadas, referências de sentido estabilizado, que a tradição reforça e isola em relação às pressões do ambiente e, portanto, no que concerne às pressões derivadas da diferenciação.”³¹

Nesta concepção, em que o direito é absolutamente avalorativo, estratificado em um sistema hierarquizado e de axiomas imutáveis, as codificações passam a ser os *instrumentos* para a garantia do bom andamento da ciência jurídica. Os códigos são, assim, consequência desta racionalidade.³²

Não é possível continuar compreendendo o direito como um saber fossilizado. Os ideais de universalidade do saber e de imunidade em rela-

²⁹ COELHO, 2009, p. 12.

³⁰ BOBBIO, 1995, p. 138.

³¹ GIORGI, 1998, p. 83.

³² COELHO, Luis Fernando. *Introdução histórica à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 126.

³³ INGENIEROS, José. *O homem medíocre*. Curitiba: Livraria do Chain, s.d. p. 55.

ção ao mundo mostraram-se impossíveis. Com acerto Ingenieros³³, ao afirmar que “A rotina é um esqueleto fóssil, cujas peças resistem à erosão dos séculos. Não é filha da experiência, é sua caricatura. Enquanto uma é fértil e engendra verdades, a outra as mata e é estéril.”

Com efeito, o sistema normativo “tem, por sua natureza, um conteúdo instável e variável, suscetível de ser somente compreendido graças à lógica dialética.”³⁴ A normatividade não se esgota no texto. É o somatório da lei com a realidade e os valores nela inseridos. Robert Alexy³⁵ cita, em uma de suas obras, julgados do Tribunal Constitucional da Alemanha que, já na década de 1940, decidia que “um positivismo legal desprovido de valoração” foi “há muito superado na ciência e na prática jurídica” e, ainda, que “o direito não é idêntico à totalidade das leis escritas.”

Streck³⁶, ao considerar o positivismo como um “um saber dogmático corroído pela estandartização”, conclui:

As tentativas de ‘aprisionar’ o direito no interior de conceitos fracassaram de forma retumbante. Definitivamente, a razão teórica não tem ‘vida autônoma’, separada/cindida do modo como lidamos com o mundo, nossas escolhas, etc. (razão prática). Autoritarismos, duas grandes guerras e ditaduras: esses foram os resultados da ‘pureza do direito’. Conceitos sem mundo prático: definitivamente, o positivismo fracassou, embora continue dominando o imaginário dos juristas.³⁷

É incontestável, pois, a insuficiência do pensamento positivista. Sua concepção originou-se de uma racionalidade que não mais se sustenta nos dias atuais. Não se pode falar de uma linguagem única entre as ciências e, muito menos, na imutabilidade de anseios e valores da sociedade.

É oportuna a crítica de Mangabeira Unger³⁸:

³⁴ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 83.

³⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 10.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79.

³⁷ Ibid. p. 107.

³⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 151.

A tentativa de desencantamento pela análise pura do direito se tornou estéril devido a sua associação a um preconceito pseudocientífico: a procura pela universalidade e invulnerabilidade intelectual, pela imunidade à controvérsia normativa e empírica. Não dê relevo, ou dê o menos possível, ao compromisso pragmático e à conjectura empírica, pensam eles, e seremos mais fortes. Dessa forma eles se castraram e privaram sua campanha pela desmistificação do direito e da doutrina jurídica de qualquer resultado produtivo que ela pudesse esperar alcançar.

Contudo, não é possível desprezar as vitórias do positivismo. Sua preocupação com a construção científica do direito é louvável e não pode ser ignorada. É necessário, pois, manter as contribuições da teoria pura a qual, contudo, precisa ser arejada com novos elementos.

Paolo Grossi³⁹ observa:

Hoje, o jurista olha de maneira mais desencantada, mais crítica, as conquistas que a modernidade jurídica pretendia; e, há algum tempo, está realizando a revisão de muitas conclusões que uma estratégia persuasiva tinha elevado à categoria dos fundamentos dogmáticos. Vistos através de uma lente jurídica mais vigilante e mais penetrante, estes magníficos edifícios vazios erguidos pela cultura moderna (lei, legalidade, segurança jurídica) pareceriam merecedores de serem guardados, mas precisando de conteúdos adequados, que fossem apropriados a legitimá-los não somente do ponto de vista formal.

De fato, o direito “não pode abdicar da sua dimensão formal, fornecendo categorias à incandescência fluida dos fatos sociais e econômicos, mas deve fazê-lo com a consciência sempre viva de que aquelas categorias dão forma e figura a um saber encarnado, a uma história viva.”⁴⁰

A formulação kelseniana, portanto, foi superada, mas não deve ser descartada. Hans Kelsen adotou métodos rígidos e lógicos, que merecem ser lembrados. Aliás, foi apenas em razão de seu projeto que foram criadas condições teóricas para sua superação.⁴¹

³⁹ GROSSI, Paolo **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007, p. 45.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 81-82.

⁴¹ COELHO, 2009, p. 69.

⁴² *Ibid.*, p. 70.

Daí o acerto de Fabio Ulhoa Coelho⁴² quando assevera:

O empreendimento da teoria pura do direito é um fracasso. Nenhum doutrinador, na literatura nacional ou estrangeira, é fiel adepto da hermenêutica kelseniana. A construção pela impossibilidade de definição científica do conteúdo das normas jurídicas é, contudo, peça essencial na teoria de Kelsen. Seu fracasso, no entanto, tal como o do positivismo lógico em relação à filosofia contemporânea, tem extraordinária importância para o desenvolvimento da filosofia do direito, porque a põe diante de sua questão fundamental, desde o fim do século XX – ou, se preferir, na atual transição para a pós-modernidade. É a questão sobre a natureza do conhecimento do conteúdo das normas jurídicas. Ao se debruçar sobre o significado atribuível à norma, o doutrinador não parece produzir qualquer tipo de conhecimento científico, mas sim um conhecimento de caráter tecnológico. Tal reorientação no sentido geral da epistemologia jurídica abre um imenso leque de possibilidades teóricas. Sem Kelsen, sem a teoria pura, sem o desafio kelseniano, talvez a filosofia jurídica não estivesse ainda pronta para a exploração dessas novas e revolucionárias possibilidades.

É certo, pois, que “O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade.”⁴³

A racionalidade moderna se foi e, com ela, as verdades absolutas da teoria pura do direito. Com o advento da pós-modernidade, procura-se por uma nova racionalidade jurídica, menos semântica e mais pragmática. O objetivo passa a ser pensar o direito *a partir* da norma, sem prejuízo de avançar além dela. É o nascimento do raciocínio pós-positivista, que deve preservar a segurança jurídica do positivismo, sem descurar da realidade fática e histórica, dos valores atuais da sociedade e da dialética que move o direito.

⁴³ BARROSO, 2001, p. 19.

4 O RACIOCÍNIO PÓS-POSITIVISTA E O DIREITO PÓS-MODERNO

Era necessário mudar. O positivismo ganhou algumas batalhas, mas parece ter perdido a guerra.⁴⁴ Como acentua Canaris⁴⁵ o formalismo e o positivismo, tantas vezes preconizados em nome da segurança do Direito acabam por surgir como importantes fatores de insegurança.”

O processo de racionalização na modernidade causou o *engessamento* do direito. Olvidou-se que a ação social é contingente e que a verdade é historicamente construída. Daí porque o pós-positivismo prega a necessidade de agregar, aos componentes sintáticos e semânticos do direito, igualmente as necessidades pragmáticas e hermenêuticas. Neste sentido, foram fundamentais as contribuições de Viehweg (com sua recuperação da tópica), de Nietzsche (e seu niilismo) e até mesmo de Freud (e as descobertas da psicanálise).⁴⁶

Esta conclusão é relevante, sobretudo no atual estágio da humanidade. Vive-se na era da dúvida, da tecnologia e da concretude. Surgem novas contingências a cada dia. O que é novo hoje será ultrapassado em um curto espaço de tempo. O avanço tecnológico cria graus de incerteza. O sistema jurídico não pode negligenciar os riscos potencializados na atual configuração da sociedade.

Na pós-modernidade, portanto, a racionalidade do direito assume caráter fragmentário. Neste sentido, Sarmiento⁴⁷ observa que “O direito pós-moderno é refratário à abstração conceitual e à axiomatização: prefere o concreto ao abstrato, o pragmático ao teórico, e rejeita as grandes categorias conceituais do Direito moderno.” E complementa que a atual visão do direito “pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o direito coercitivo e sancionatório, próprio da modernidade.”⁴⁸

⁴⁴ GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **La excusa del positivismo**. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 25.

⁴⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p XXIV.

⁴⁶ MARRAFON, 2008, p. 95-143.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (Pós-Modernidade Constitucional?). *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 408.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 409.

Raffaele de Giorgi⁴⁹, em lapidar passagem, bem demonstra a transição que ora se opera:

Diante de tudo isso, a ciência escreveu um diálogo entre um vivo delirante e um morto aborrecido, ao final do qual parece que a máquina do tempo tornou-se desconexa. Mas isto não é o fim, como também não é o medo do tempo. Cada segunda-feira é um presente e é o mesmo porque é diferente. Se substituirmos a máquina do tempo pela máquina do direito, veremos que esta não se tornou desconexa. Ao contrário, a aparente desconexão, a diversidade daquilo que se repete, o final colocado no início, permitem-nos ver a historicidade do direito, isto é, a sua compatibilidade, a paradoxalidade de sua constituição, a sua capacidade de se auto-condicionar e de operar com uma pluralidade de autodescrições que não se deixam ligar a um princípio unitário.

Percebe-se, pois, que o pós-positivismo é a resposta da sociedade atual ao dogma positivista, afastando-se os ideais absolutos de cientificidade e neutralidade, aproximando o direito da ética e da moral e reavivando-o em uma sociedade mutável e de multifacetados valores.

Nesta nova perspectiva, dentre outros fatores que podem ser comentados, exurgem dois aspectos fundamentais: o ressurgimento do fenômeno histórico-social como elemento essencial para a elaboração, a compreensão, a aplicação e a eficácia do direito, e a adoção obrigatória das chamadas *teorias da linguagem*, as quais permitem que se observe além da norma posta.

Quanto ao primeiro, é certo que o resgate da análise histórico-social inibe o *congelamento* do direito a uma realidade que não mais subsiste. Com efeito,

Não existe tal coisa como o 'raciocínio jurídico': uma parte imutável de um corpo imaginário de formas de investigação e discurso, dotado de um núcleo permanente de alcance e método. O que temos são apenas estruturas institucionais historicamente localizadas.⁵⁰

Tome-se como exemplo o extinto artigo 35 do Código de Processo Penal brasileiro, que dispunha que a mulher casada não poderia promover ação penal de iniciativa privada sem o consentimento do marido. À

⁴⁹ GIORGI, 1998, p. 78.

⁵⁰ UNGER, 2004, p. 53.

época de sua elaboração, na década de 1940, vivia-se em uma sociedade altamente machista, na qual a submissão das mulheres às pessoas do sexo masculino era latente. Naquele período histórico, poder-se-ia cogitar na legitimidade do texto legal. Contudo, por óbvio, tal dispositivo foi, paulatinamente, relegado ao desuso diante da evolução social dos últimos cinquenta anos, culminando com sua revogação pela Lei n.º 9.520, de 27 de novembro de 1997.

Como afirma Ciaramelli⁵¹, “derecho y sociedad se determinan recíprocamente de maneras distintas en cada caso según las épocas históricas.” É a historicidade que permite vislumbrar não apenas os valores de uma sociedade em determinada época, mas igualmente os símbolos e significados que dela fazem parte. Assim, o valor absoluto da lei deve ser relativizado e flexibilizado diante das contingências humanas em determinado contexto histórico e social. Na era pós-positiva, é possível vislumbrar, por exemplo, que duas situações similares tenham decisões completamente distintas entre si, dadas as nuances do caso concreto.

Repita-se – o universo jurídico não é matemático:

Fenômenos *culturais* ou realidades *significativas*, as chamadas *coisas do espírito* – entre as quais se encontra o direito –, enquanto objetos de conhecimento diferem radicalmente dos fenômenos físicos, porque em relação a estes as verdades obtidas resultam, necessariamente, do estudo da realidade por um método *empírico-indutivo*, tendo a explicação como ato gnosiológico.⁵²

E, “Nesse âmbito de realidade, precisamente em razão da singularidade de seus objetos, a busca de *explicações* seria tão absurda quanto a ideia de se *julgar* a natureza.”⁵³ Torna-se claro, pois, que não se pode cogitar o direito alheio à sua historicidade, à sociedade em que atua e aos valores nela inseridos.

Na esteira deste raciocínio surge o segundo ponto de relevo da fase pós-positivista: a importância da *argumentação* e da *retórica*, como formas de se alcançar a dialética necessária para o exercício efetivo do

⁵¹ CIARAMELLI, Fabio. **Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho.** Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 25. Tradução livre: “Direito e sociedade determinam-se reciprocamente e de maneiras distintas em cada caso, segundo as épocas históricas.”

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

⁵³ *Ibid.*, p. 47.

direito. Fala-se, assim, no desenvolvimento das *teorias da linguagem* como paradigma para a nova concepção acerca do universo jurídico.

Com acerto, já se disse que “O século XX foi o século da diáspora da retórica.”⁵⁴ Muito pouco se falou sobre o seu exercício, não obstante sua importância advinda desde a concepção dialética de Aristóteles. Assim é que os *jogos de linguagem* de Wittgenstein e a *nova retórica* de Chaïm Perelman, por exemplo, importam em evolução fundamental para o direito pós-positivo.

Neste sentido, Perelman adverte que o positivismo, ao utilizar uma epistemologia que favorece os métodos científicos e despreza todo o resto, importa em um conhecimento que retém unicamente os aspectos da realidade que os métodos das ciências positivas permitem reconhecer. Assim, segundo ele, a concepção formalista do direito, indiferente à interação entre o direito e o meio a que ele se aplica, não permite explicar o direito efetivo, ou seja, o direito em ação.

O autor demonstra a fragilidade da construção positiva com o seguinte exemplo: se um regulamento proíbe a circulação de veículos dentro de um parque, não haverá discussão no que diz respeito a um veículo automóvel, um ônibus ou uma motocicleta. Contudo, o guarda, incumbido de zelar pela aplicação do referido regulamento, irá proibir a entrada de uma ambulância chamada para atender uma criança ferida ou para um velho, vítima de uma crise cardíaca? E se tratar, não de uma ambulância, mas de um táxi? E se for alguém que apenas torceu o pé?

Assim, para Perelman, a lógica jurídica não é uma lógica da demonstração formal, mas uma lógica de *argumentação*, que não utiliza provas analíticas, mas sim dialéticas, que visam convencer ou persuadir um auditório, de modo que o leve a dirimir com sua decisão uma controvérsia jurídica.⁵⁵

Tem-se, assim, o *enigma* do pós-positivismo. De um lado, uma lógica formal, de uma ciência positiva já ultrapassada, mas garantidora de segurança jurídica. De outro, a busca pelo direito efetivo, alicerçado numa concepção histórico-social de valores e no renascimento da linguagem e da retórica, em um mundo de riscos e incertezas.

É necessário desvendá-lo. Afinal, não é possível morar em uma casa prestes a ruir, nem tampouco ser um andarilho sem rumo, sujeito às inevitáveis tormentas e tempestades.

⁵⁴ SANTOS, 2001, p. 97

⁵⁵ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO SOLUÇÃO DO PROBLEMA

O enigma proposto parece ter apenas uma resposta: a premente necessidade de “estabilização da variabilidade”⁵⁶, de forma a garantir a segurança jurídica sem abrir mão dos valores histórico-sociais. E, para tanto, sugere-se como alternativa a *constitucionalização*. A eficácia e a aplicabilidade imediata das normas constitucionais são a “garantia das garantias.”⁵⁷

Com efeito, a aplicação efetiva da Constituição afigura-se, a um só tempo, como o *porto seguro* desejado pela segurança jurídica, e como o *grito de liberdade* contra as amarras do positivismo. A eficácia das normas constitucionais, ainda que abertas, apresenta-se como a alternativa adequada às intempéries da pós-modernidade, sem perder de vista a estrutura formal que deve existir em qualquer Estado de Direito.

De fato, é necessária a irradiação dos valores e interesses insertos na Constituição sobre toda a legislação infraconstitucional. Nunca, em toda a história do direito, foi tão necessário retornar aos preceitos constitucionais, em um processo de “incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.”⁵⁸

Em obra específica sobre o tema, assevera Julios-Campuzano⁵⁹

Desse modo, a perda da função primordial da lei como fonte primária de produção normativa, sua “descentralização” como critério diretamente de validade formal e material das diversas “peças” que integram o ordenamento jurídico, provocou a consagração do valor primordial da Constituição, cujo caráter de norma suprema é agora elevado como elemento articulador da totalidade do ordenamento jurídico.

⁵⁶ GIORGI, 1998, p. 159.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 465.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 376.

⁵⁹ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

Há outra passagem que merece destaque:

Se durante décadas e, inclusive, séculos a consistência teórica do direito dependeu da lógica de suas proposições normativas ou das condições intrassistemáticas que conferem validade às peças do ordenamento, hoje se pode afirmar que a nova argamassa do direito do século XXI será a congruência material dos conteúdos normativos: sua concordância substantiva com o conjunto de postulados que identificam as necessidades humanas, a presença de um forte conteúdo material na Constituição que se irradia por todo o ordenamento jurídico.⁶⁰

Palombella⁶¹ adverte que os preceitos constitucionais têm aplicação efetiva, ainda quando se tratem de normas abertas:

No puede negarse fuerza jurídica a las normas (o normas de principio, o principios) que se encuentren en el nivel más alto de un ordenamento, incluso cuando éstas sean poco definidas, abiertas, ambiguas, susceptibles de adecuación, de mutación semántica, como los Bill of Rights o los textos constitucionales en general.

Vale lembrar, ainda, os ensinamentos de Canotilho⁶²:

A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdiccional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes 'declarações de direitos'.

⁶⁰JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 72.

⁶¹ PALOMBELLA, Gianluigi. **La autoridad de los derechos**: Los derechos entre instituciones y normas. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 127. Tradução livre: "Não se pode negar força jurídica às normas (ou normas de princípios, ou princípios) que se encontrem no nível mais alto de um ordenamento, inclusive quando estas sejam pouco definidas, abertas, ambíguas, suscetíveis de adequação, de mutação semântica, como o *Bill of Rights* ou os textos constitucionais em geral."

⁶² CANOTILHO, 2002, p. 376

Assim, em uma sociedade maleável e surpreendente, como a pós-moderna, são necessárias as Constituições como mecanismos de estabilização e controle das mudanças sociais, como adverte Dieter Grimm⁶³:

En las sociedades modernas casi todo es cambiante, pero sólo un cierto grado resulta suportable en cambios simultáneos o abruptos. Las constituciones estabilizan la relación entre continuidad y cambio a la vez que institucionalizan una mayor continuidad tanto en el plano de los principios y el procedimiento como en de su realización y concreción; y no lo hacen tanto impidiendo el cambio como aumentando las exigencias de justificación y consenso, poniendo dificultades al procedimiento o retrasando la decisión. Con esta contracción de distintos horizontes temporales en la política, las constituciones configuran la autoprotección de la sociedad frente a actuaciones precipitadas y crean el marco para el aprendizaje social.

Nesta concepção, o direito justo não ignora as normas positivadas, mas busca a consciência crítica de que o processo de concretização e a aplicação do direito passam por uma leitura moral da Constituição.⁶⁴ E tal análise passa pela realidade histórica e seus valores, aos quais a Constituição jurídica está condicionada.⁶⁵

Coutinho⁶⁶ adverte que a adoção de uma leitura constitucional não significa:

[...] que à textualidade não corresponda normatividade (nesse caso normatividade escrita), que a 'casa' que o 'arquiteto projetou' não coincida em larguíssima medida com a 'casa constitucional' que habitamos e que 'sentimos' como casa. Significa apenas que devemos encarar essa normatividade como um *ponto de chegada*, interrogando-nos se nela [...] revemos a parametrização normativa comunitariamente assumida que a fundamenta.

A palavra de ordem é, portanto, *constitucionalização*. É fato que:

⁶³GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 201. Tradução livre: "Nas sociedades modernas quase tudo está mudando, mas só um certo grau é suportável em mudanças simultâneas ou abruptas. As constituições estabilizam a relação entre continuidade e mudança, pois institucionalizam uma maior continuidade tanto no plano dos princípios e seu procedimento como na sua realização e concretização; e não o fazem impedindo a mudança, mas sim aumentando as exigências de justificação e consenso, pondo dificuldades ao procedimento ou atrasando a decisão. Com esta contração de distintos horizontes temporais na política, as constituições configuram a autoproteção da sociedade diante de atuações precipitadas e criam um marco para a aprendizagem social."

[...] saltamos de um legalismo rasteiro que reduzia o elemento central do direito, ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na idéia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção de legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade.⁶⁷

Paolo Comanducci⁶⁸, com autoridade, ressalta que

“Se trata de um proceso al término del cual el derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.

Para ele, as principais condições para a constitucionalização são a rigidez da Constituição, que deve incorporar os direitos fundamentais; sua garantia jurisdicional e força vinculante, a aplicação direta das normas constitucionais e a interpretação constitucionalizante das leis.⁶⁹ Aliás, no que se refere à inegável importância dos direitos fundamentais, já se disse que “A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.”⁷⁰

No Brasil, uma das vozes mais atuantes na defesa do *constitucionalismo*⁷¹ como a solução para os tempos contemporâneos é de Luis Roberto Barroso. Segundo ele⁷², o pós-positivismo “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.”

Em continuação, assevera:

⁶⁴ BONIFACIO, Artur Cortez. Normatividade e concretização: a legalidade constitucional. *In: O novo constitucionalismo da era-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*: São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

⁶⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.

⁶⁶ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da Constituição**. Da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 715.

O constitucionalismo chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) legitimidade – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) limitação do poder – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) valores – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.⁷³

E complementa:

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real. Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas, naturalmente, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar alguns dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de direito democrático, liberdade, igualdade, justiça.⁷⁴

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. p. 79.

⁶⁸ COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. *In: Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 86-87. Tradução livre: “Trata-se de um processo em que ao final o direito é impregnado, saturado ou incorporado pela Constituição: um direito constitucionalizado caracteriza-se por uma constituição invasiva, que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e os comportamentos dos atores políticos.”

⁶⁹ *Ibid.*, p. 87.

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 38.

⁷¹ Uma interessante análise sobre o tema foi feita por Alexy, que sustenta a existência de um *constitucionalismo discursivo*, que nasce do enlace dos conceitos de *direitos fundamentais*, de *ponderação*, de *discurso*, de *jurisdição constitucional* e de *representação*. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 155.

⁷² BARROSO, 2001, p. 19.

Segundo ele, três foram os motivos que consagraram o constitucionalismo como resposta rápida aos anseios da pós-modernidade: a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.⁷⁵

Vale, por oportuno, a opinião de Daniel Sarmento⁷⁶:

[...] a crítica pós-moderna nascida com a crise do Welfare State pode ser utilizada para, numa síntese, corrigir certos desvios de rumo na racionalidade jurídica. Não convém 'embarcar' na onda da neutralização axiológica da Constituição e do Direito, proposta por certas correntes do pós-modernismo jurídico, pois a adoção desta perspectiva prejudicaria mais ainda a posição dos excluídos numa sociedade já tão desigual e assimétrica como a brasileira. Cumpre, portanto, mais do que nunca, desencadear a força normativa da Constituição, para que ela penetre profundamente em todos os campos do Direito.

Vive-se, portanto, a era da força invasora da Constituição⁷⁷, de um resgate da essência dos valores da sociedade, da efetividade dos direitos e, acima de tudo, da procura e da redescoberta do verdadeiro objetivo do direito: a justiça.

⁷³ BARROSO, 2001, p. 7.

⁷⁴ Ibid., p. 24.

⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

⁷⁶ SARMENTO, 2003, p. 414.

⁷⁷ A expressão "força invasora" é utilizada por Eduardo Ribeiro Moreira e parece ser bastante adequada para demonstrar o atual estágio do constitucionalismo, uma vez que abarca desde a efetividade das normas constitucionais, até a interpretação das leis ordinárias sob o enfoque da Carta Magna. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neonconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008, p. 48.

6 CONCLUSÃO

Era uma vez o direito, em pleno século XXI.

Em determinado local, a família *Modernidade* educa seu filho ao seu modo: os pais são protetores ao extremo, as regras são lógicas e rígidas e não há sequer permissão para que o menor alce vôos além do portão de sua casa. Esta é seu mundo. A justificativa é clara: o “mundo lá fora” é perigoso. Tudo o que é preciso o jovem tem no conforto de seu lar.

Eis que ele cresce. Os pais da família *moderna* morrem. Ali está o já adulto, sozinho, na casa vazia. Ele não pode mais viver alheio ao exterior. Precisa conhecer o mundo, enfrentar a realidade. Contudo, ao sair de casa, encontra coisas nunca antes vistas, e precisa saber como enfrentá-las. Vê o *novo* e não sabe o que fazer. Tudo aquilo que aprendeu parece não ser suficiente. Suas regras rígidas não explicam a realidade. Tudo o que sabia ficou naquele velho casarão abandonado. Acuado, prefere fechar-se em si mesmo e olhar a realidade com os olhos do velho, daquilo que lhe foi ensinado por seus pais. Tal situação traduz-se em um incorrigível descompasso entre ele e a realidade social e, para fazer prevalecer o seu modo de ver a vida, afronta a sociedade em seus mais diversos aspectos, causando incomensuráveis prejuízos àqueles que dela fazem parte.

Seu nome era *positivismo*.

Na casa à frente, outra família vive – a *Pós-Modernidade*. Ela observa a educação que seus vizinhos *modernos* deram ao seu filho *positivismo*. Não a acham de todo ruim, já que valorizam a preocupação com a segurança; mas, desde logo, verificam ser ela insuficiente. Os pais *pós-modernos* não entendem como é possível viver de maneira alheia à realidade. Assim, propõem outra educação ao seu filho: a ele são ensinadas todas as bases e princípios essenciais, de conduta e de caráter.

Ato contínuo, permitem que o jovem conheça o mundo *novo*, e o incentivam a fazê-lo. E este assim procede, conhecendo o mundo e enfrentando a realidade, com a tranqüilidade que sempre estarão abertas as portas de sua casa quando desejar voltar.

Já adulto, sente-se preparado. A concretude da vida permitiu com que o choque da mudança pouco fosse sentido. Sabe lidar com as dificuldades que lhe são apresentadas. É certo que não sabe todas as respostas, mas tem o meio de obtê-las: basta lembrar-se dos ensinamentos, princípios e valores que lhe foram transmitidos em sua casa, os quais jamais serão por ele abandonados.

Seu apelido: *pós-positivismo*. Seu verdadeiro nome: *constitucionalismo*.

Positivismo ou *constitucionalismo*? Qual deles está mais preparado para o século que se inicia? Qual terá mais facilidades de enfrentar as dificuldades de um mundo volátil, repleto de riscos e inovações? Quem conseguirá inserir-se na sociedade, sem ferir-se e sem feri-la?

A despretensiva metáfora sugere o óbvio: o *positivismo* não se sustenta mais na sociedade contemporânea. Ao mesmo tempo em que esta o repele, aquele, quando tenta inserir-se nela, causa incomensuráveis prejuízos. Não se trata de negar a sua importância. A nova perspectiva do direito existe graças à sua existência e superação. Contudo, não é possível fechar os olhos para o novo, apenas para preservar o velho.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARNAUD, André-Jean. **Entre modernidad y globalización**. Siete lecciones de historia de la filosofía del derecho y del estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In: Revista Diálogo Jurídico*: Ano I, Vol. 1, n. 6 (setembro de 2001). Salvador: 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONIFACIO, Artur Cortez. Normatividade e concretização: a legalidade constitucional. *In: O novo constitucionalismo da era-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*: São Paulo: Saraiva, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CIARAMELLI, Fabio. **Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. *In: Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Luis Fernando. **Introdução histórica à filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da Constituição**. Da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo. *In: O novo constitucionalismo da era-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*: São Paulo: Saraiva, 2009

FERRY, Luc. **Diante da crise: materiais para uma política de civilização: relatório ao primeiro-ministro**. Rio de Janeiro: Difel, 2010.

FRIEDMAN, George. **Os próximos 100 anos: uma previsão para o século XXI**. Rio de Janeiro: Best Business, 2009.

FRIEDMAN, Thomas. **O mundo é plano: Uma breve história do século XXI**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **La excusa del positivismo**. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007.

GIORGI, Rafaelle de. **Direito, democracia e risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

GROSSI, Paolo **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

INGENIEROS, José. **O homem medíocre**. Curitiba: Livraria do Chain, s.d..

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Bercarolla, 2004.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial "entre" o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Hábitus Editora, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRETE, José Luis. **La utilización de la razón y el positivismo jurídico**. Murcia: Diego Marin, 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

PALOMBELLA, Gianluigi. **La autoridad de los derechos: Los derechos entre instituciones y normas**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RADBRUCH, Gustavo. **Relativismo y derecho**. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2009.

REALE, Mizuel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARMENTO, Daniel Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (Pós-Modernidade Constitucional?). *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.