

## O direito na pós-modernidade: idas e vindas em busca de um mínimo ético

Oneide PERIUS\*

Célem Guimarães GUERRA JÚNIOR\*\*

Rubens Leonardo SILVA\*\*\*

**RESUMO:** O direito nos tempos incertos da pós-modernidade deve redesenhar-se em sua aplicação prática na construção da decisão justa e efetiva, sem perder de vista o princípio fundante da segurança jurídica. Para tanto, os critérios hermenêuticos devem ser repensados a partir da ética e dos valores em sociedades plurais, dotadas de diferentes autonomias e subjetividades. Sem descurar-se da lei posta, deve-se aplicar o fator de correção dos direitos humanos, centrados na dignidade da pessoa humana e justificados pela argumentação prática, características conformadoras do pós-positivismo, no campo filosófico, e do neoconstitucionalismo, no campo jurídico. Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial no campo das ciências sociais, para, de forma interdisciplinar, buscar soluções plausíveis, com inegáveis contributos, sobretudo, da filosofia, da sociologia, da história, da ciência política e da psicologia. Casos difíceis centrados em contraposição de direitos humanos ou mesmo aqueles para os quais não há solução na lei devem ter a solução construída a partir de argumentações coerentes e íntegras oriundas de um cenário procedimental democrático permeado pela ética e possibilidade do discurso dos interessados, devidamente levado em consideração.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pós-modernidade; pós-positivismo; segurança jurídica; ética do discurso; filosofia prática.

**SUMÁRIO:** Introdução; – 1. A questão ética e o direito; – 2. A questão do direito a partir da historicidade da ética; – 3. Segurança jurídica, justiça e casos difíceis; – Considerações finais; – Referências.

**TITLE:** *Law in Post-Modernism: Searching for an Ethical Paradigm*

**ABSTRACT:** *Law in uncertain times of post-modernism must be redesigned in its practical application in the creation of a just and effective decision, maintaining the principle of legal certainty. Therefore, the hermeneutical criteria must be rethought based on ethics and values in plural societies, endowed with different autonomies and subjectivities. Without neglecting the law, the human rights correction factor should be applied, centered on the human dignity and justified by practical argumentation, conforming characteristics of post-positivism, in the philosophical field, and neoconstitutionalism, in the legal field. For that, it uses bibliographic, legislative and jurisprudential research in the field of social sciences, in order to, in an interdisciplinary way, search for plausible solutions, with undeniable contributions, above all, from philosophy, sociology, history, political science and psychology. Hard cases centered in human rights conflicts or even those for which there is no solution in the law must have the solution built from coherent and complete arguments arising from a democratic procedural scenario permeated by ethics and the possibility of the discourse of the interested parties, duly taken into account.*

---

\* Doutor em Filosofia pela PUCRS (2011). Professor Associado no curso de Filosofia da UFT (Universidade Federal do Tocantins, Campus de Palmas); no Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT/ESMAT); no Mestrado Profissional de Filosofia da UFT (PROF-FILO/UFT).

\*\* Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT. Pós-Graduado em Direito Público pela FESURV e em Direito Civil pela UNIDERP. Graduado em Direito pela PUC-GO. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins. Autor de artigos jurídicos e multidisciplinares.

\*\*\* Mestrando em prestação jurisdicional e direitos humanos (UFT). Pós graduado em prática judiciária (ESMAT) e direito e processo do trabalho (UNOESC). Graduado em direito (UNOESC). Assessor jurídico de primeiro grau.

*KEYWORDS:* Post-modernism; post-positivism; legal certainty; ethics discours; practical philosophy.

*CONTENTS:* Introduction; – 1. The ethical question and the law; – 2. The question of law from the historicity of ethics; – 3. Legal certainty, justice and difficult cases; - Final considerations; - References.

## **Introdução**

A pós-modernidade, como conceito histórico-sociológico-filosófico, trouxe rupturas com a chamada modernidade, as quais se refletiram na forma de pensar a ética e concretizar o direito, que, na concepção atual, abre-se de forma mais intensa ao influxo das ciências sociais que lhe são correlatas. Colocou em xeque certezas, padrões concretamente irrealizáveis, dadas as autonomias, as subjetividades e a especial dignidade de cada pessoa humana em si considerada, num mundo marcado por uma pluralidade de centros de emanção de poder.

A partir de tal contextualização, pretende-se trabalhar as bases do entendimento evolutivo de ética para a construção da nova tese em voga na hermenêutica jurídica, o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, em desenvolvimento desde a segunda metade do século passado, com a entronização da ética e dos valores na argumentação jurídica, sem, para tanto, descolar-se da realidade posta, guiando-se pela filosofia prática.

Tal vertente hermenêutica tem entre seus principais expoentes na Sociologia, na Filosofia e na Hermenêutica Jurídica, ainda que não tenham se definido identitariamente como tais, autores como Bauman, Habermas, Dworkin e Alexy, e, em terras pátrias, Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso.

Partindo-se de tais aportes teóricos, buscar-se-á responder ao problema atinente ao su(posto) conflito entre o positivismo jurídico, em sua nova faceta, conhecida por pós-positivismo, positivismo fraternal ou novo positivismo, e a segurança jurídica, em especial no que tange à prestação jurisdicional devida nos chamados casos difíceis, que não raramente tratam de direitos humanos.

Em seguida, serão analisados casos concretos, já alvos de decisões nas cortes brasileiras, verificando-se, na prática cotidiana, a interdisciplinaridade necessária para a construção de uma decisão judicial justa e coerente.

A pesquisa parte de uma revisão bibliográfica sobre os temas selecionados, com especial ênfase em bases primárias e produções delas derivadas. Pretende alcançar aplicações práticas para a hermenêutica jurídica contemporânea, sempre mediada pela necessária segurança jurídica, fim último do direito.

Para tanto, o estudo se apresenta estruturalmente escalonado. Em um primeiro momento, no desenvolvimento da questão ética até a pós-modernidade, ou modernidade tardia, como preferem alguns, a partir de suas bases modernas e feudais, com ênfase na faceta jurídico-política. Em seguida, num movimento retrospectivo e prospectivo, analisa a questão do direito sob os influxos da ética e dos valores, buscando-se ancorar, em bases atuais, tanto procedimentais quanto materiais, a forma de construção da decisão jurídica a partir de parâmetros minimamente objetiváveis, tendo como pano de fundo a necessária abordagem da segurança jurídica como escopo do direito para manter a coesão social, sem se descurar das novas autonomias e subjetividades identificadoras do tempo contemporâneo. Por fim, serão analisadas, a partir do suporte teórico construído, decisões proferidas em casos difíceis, levantando-se dados, perspectivas, contribuições interdisciplinares, sem olvidar do lugar de fala dos autores, que, mesmo de forma implícita, não deixa de permear a produção doravante concebida.

## 1. A questão ética e o direito

A ética tem sido abordada ao longo de evolução humana, tendo sua concepção adequável ao tempo e às características da sociedade que permeia. De acordo com Cremonese, em visão atual, “(...) ética é aquilo que orienta a capacidade de o homem poder decidir, julgar e avaliar com autonomia”.<sup>1</sup>

Na Antiguidade, os filósofos entendiam a ética e a questão por ela encetada como a ação a que se pudesse atribuir à característica da virtuosidade, de se sentir e praticar o bem. Contudo, estava mediada pelo *cosmos*, na qual estava inserta a ação humana. Nesse período, Aristóteles defendia a superioridade da ciência política em face das outras ciências práticas, entendendo que a ética significava o encontro dos meios adequados para a boa vida da sociedade, à qual se submeteria o bem individual.<sup>2</sup> Em

---

<sup>1</sup> CREMONESE, Dejalma. Ética e moral na Contemporaneidade. *Campos Neutrais - Revista Latino-Americana de Relações Internacionais*, v. 1, n. 1, p. 8-28, dez. 2018. ISSN 2596-1314. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/cn/article/view/8618>>. Acesso em: 21 maio 2020, p. 12.

<sup>2</sup> MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 30.

outras palavras, a decisão acerca do agir humano baseava-se numa ordem cosmológica à qual deveria se adequar.

Na Idade Média, em que se viu nascer a sociedade feudal, por sua vez, o centro de emanção de poder no mundo ocidental provinha da Igreja Católica, lastreado na divindade, no inevitável, no mágico. Verifica-se que a verdade era um dado, socialmente aceito, sem maiores questionamentos, já que o poder político era absoluto e deveria, simplesmente, ser obedecido.<sup>3</sup> Não havia contraponto possível, a verdade derivava da fé. Por este motivo, inclusive, tal período foi denominado não raras vezes como “Idade das Trevas”. Não que tencionasse o mal, muito pelo contrário, mas não gerava espaços de debate e de questionamento acerca de concepções éticas, cuja discussão, por tal motivo, tornava-se inócua. Era um dado, não um construído. No mesmo sentido, a produção do saber científico era limitada por balizas pré-definidas, que só viriam a ressurgir com o movimento iluminista e as decorrentes revoluções liberais.

A partir do século XVII, de forma mais intensa, fortaleceram-se as bases para a formação do pensamento moderno, uma vez que, com a mercancia e o movimento de formação das cidades, descentralizaram-se os focos de emanção do poder. O espaço de liberdade daí decorrente fez ressurgir a questão da ética como um problema cada vez mais evidente, tendo em vista que passou a ser considerada e analisada a partir da questão da autonomia. Com o movimento antropocêntrico crescente e o reconhecimento da dignidade humana como valor em si, defendia Kant:

(...) se deve existir um princípio prático supremo e, no referente à vontade humana, um imperativo categórico, é preciso que este seja tal que derive da representação daquilo que, por ser fim em si mesmo, necessariamente é um fim para todos os homens, um princípio objetivo da vontade; por esta forma, poderá servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é o seguinte: A natureza racional existe como fim em si mesma. O homem concebe deste modo necessariamente sua própria existência; e, neste sentido, tal princípio é igualmente um princípio subjetivo da atividade humana. Mas todos os outros seres racionais concebem de igual maneira sua existência, em consequência do mesmo princípio racional que vale também para mim; por conseguinte, este princípio é, ao mesmo tempo, um princípio objetivo, do qual, como de um fundamento prático supremo, devem poder derivar-se todas as leis da vontade. O imperativo

---

<sup>3</sup> SÁ, Antônio Lopes de. *Ética profissional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 8.

prático será, pois, o seguinte: Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio. (...) <sup>4</sup>

Cada ser humana, no exercício cotidiano de sua capacidade racional, seria capaz, dessa maneira, de reconhecer o fundamento ético. Não se trata mais, portanto, somente de reproduzir comportamentos determinados. A obediência dá lugar à autonomia. Cada ser humano pode pensar por conta própria. Neste contexto, é possível, inclusive, o dissenso. O problema ético que fora em muitos momentos mitigado, tendo em vista a vigência de postulados absolutos e inquestionáveis que orientavam o agir humano, retomou seu protagonismo. Vislumbrava-se uma mudança de paradigma social, com reflexos na cultura, na filosofia, na sociologia, na economia, na política, na psicologia e, de forma natural, no direito.

Mesmo em sociedades nas quais ainda reinava o absolutismo, as forças desagregadoras destes centros naturais de emanção normativa começavam a se mostrar com intensidade enorme. Desta feita as corporações de ofício, movimentos sociais e a própria classe econômica que emergia, a burguesia, em contraponto à nobreza rural e ao clero, buscava seu espaço no poder, do qual encontrava-se despojada. Tal inquietude da classe burguesa, aliada aos avanços de autoritarismo de uma classe que estava por ruir, redundaram nas conhecidas revoluções burguesas, emuladoras de um novo mundo, a que se convencionou chamar mundo moderno.

O mundo moderno que emergia ancorou-se na ética da autonomia do homem. Todos eram formalmente iguais em direitos e deveres. Mencionando Kant, novamente, a ética da autonomia, trazida, sobretudo, com os ideais revolucionários franceses de 1789, interfere no direito, que é associado à capacidade de coerção:

(...) tudo o que é injusto obstrui a liberdade segundo as leis universais, sendo que, para a liberdade, a coerção pode ser obstrução ou resistência. Consequentemente, se um certo uso da liberdade obstruir a própria liberdade, segundo leis universais (ou seja, se for injusto), então a coerção que se opuser a ele como obstrução a um impedimento da liberdade estará de acordo com a liberdade segundo as leis universais, ou seja, ela é justa. Sendo assim, pelo princípio da oposição, ao

---

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 69.

direito está associada também a capacidade de coerção sobre aquele que o prejudica.<sup>5</sup>

No mundo pré-moderno, a obediência à lei derivava do centro único de emanação do poder, ao passo que, com o advento do tempo novo representado pela modernidade, torna-se necessário o desenvolvimento de uma racionalidade para sua justificação racional, uma ética minimamente compartilhável, já se falando, então, em direito positivo. Os conflitos emergem, há uma pluralidade de anseios, e aí cresce em importância o direito formalmente posto. Neste momento histórico, há a “ilusão” de que todos os fenômenos, éticos e jurídicos, inclusive, são passíveis de explicação a partir da utilização da razão, que seria assim, universal e autorreferenciada.

Conquanto a modernidade traga em si um belo projeto conceitual, com sua tentativa de afirmação radical da autonomia, Paul Ricoeur menciona os “mestres da suspeita”, os quais questionam a filosofia reflexiva em diversos campos epistemológicos, a saber: Freud (psicologia), Nietzsche (filosofia) e Karl Marx (sociologia). Para eles, a pretensa afirmação absoluta da autonomia na época moderna esconde em muitos aspectos uma realidade de total negação deste princípio. Freud mostra que a consciência é profundamente determinada pelo inconsciente. Nietzsche aponta para um enraizamento de valores em nossa cultura que negam exatamente o princípio da autonomia. E Marx, por fim, mostra como a autonomia e a liberdade são ficções no interior da economia capitalista. Defendem, assim, estes mestres, que estruturas pré-modernas, como a falsa tomada de consciência, a influência do poder no campo ético-moral e a sobrevivência de um antagonismo social entre dominantes e dominados, respectivamente, persistem na festejada modernidade.<sup>6</sup>

Nesta ambiência, com as críticas feitas à razão como suficiente fonte e força capaz apta a solucionar a questão ética, passa-se a falar em pós-modernidade,<sup>7</sup> sobre a qual teorizam vários filósofos e sociólogos, que têm como vértice comum a pluralidade de autonomias, a relativização da razão e a fragmentação das fontes políticas de emanação do poder e do direito. A questão ética ganha centralidade na discussão da filosofia prática, com ênfase na filosofia do direito.

---

<sup>5</sup> MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 74.

<sup>6</sup> SANTOS, Marcelo Alves. *O alargamento da compreensão a partir do conflito das interpretações*. 146 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019, p. 52.

<sup>7</sup> A denominação “pós-modernidade”, a quem se vincula diretamente Bauman, não é universalmente aceita. Muitos, como Habermas, utilizam o termo “modernidade tardia”.

Ilustra-se uma das vertentes da concepção pós-moderna, prevalente a partir do século XIX, com a concepção de liquidez, exaustivamente trabalhada por Bauman em várias obras. Consigna o autor:

A passagem da fase "sólida" da modernidade para a "líquida" - ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam.<sup>8</sup>

Bauman definiu a pós-modernidade como uma modernidade reflexiva a partir daquilo que vê, caracterizada pela crise de confiança, da lei e ordem e demanda de orientações num ambiente permeado por falta de direção.<sup>9</sup> No mesmo sentido, Morisson, para quem a despeito de definir uma nova ordem, a pós-modernidade traz em si desorientação, relativização de valores e geração de incertezas.<sup>10</sup>

Como será posteriormente abordado, tudo isso, permeado pela historicidade vivida, levou a questionamentos que perpassaram a ética para atingir o direito, sobretudo a partir das duas grandes guerras mundiais. Neste sentido, questionava-se se o positivismo jurídico puro, tal como teorizado por Hans Kelsen, em sua clássica obra "Teoria Pura do Direito", conseguiria abarcar a velocidade das mudanças sociais e suas consequentes necessidades de regulamentação, conseguiria atingir todos os estratos econômicos e sociais, respeitando as autonomias oriundas da pluralidade das possibilidades de formas de vida, em meio aos diversos polos de emanção do poder, formais e informais.

De acordo com Boaventura de Sousa Santos,<sup>11</sup> que fez estudo de caso sobre o pluralismo jurídico, político e social:

<sup>8</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 7.

<sup>9</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. São Paulo: Zahar, 1999, p. 12.

<sup>10</sup> MORISSON, Wayne. *Theoretical Criminology: from modernity to post-modernism*. London: Cavendish, 1995.

<sup>11</sup> O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, na obra "O direito dos oprimidos", aborda, a partir de estudo de caso realizado na década de 70 do século passado em "Passárgada", que posteriormente foi identificada pelo autor como a Comunidade do Jacarezinho, no Rio de Janeiro, aborda fontes informais de emanção do poder, como aquela exercida por associação de moradores, na década de 1970, que dizia o direito à comunidade, sobretudo em causas cíveis típicas da região, cujo acesso à justiça formal era dispendioso e, muitas vezes, ineficaz. Defende, inclusive, o desenvolvimento de uma epistemologia do sul, que seria a única a compreender o contexto dos países de desenvolvimento tardio.

(...) esta concepção teórica da combinação e da interpenetração estruturais permite ancorar materialisticamente o movimento histórico das estruturas e as contradições a que está sujeito; permite, por outras palavras, relacioná-lo com as lutas de classes e com as transformações por que vão passando os modos de produção e, com eles, as relações de poder social e as formas de dominação política. Permite, em suma, conquistar a totalidade a partir das análises concretas e das práticas para que apontam, evitando simultaneamente o perigo da fragmentação empirista e o perigo do simulacro da unificação metafísica (...).<sup>12</sup>

Feita as necessárias digressões iniciais, com os múltiplos contributos mencionados, passa-se, pois, a analisar, a partir da visão procedimental de Jurgen Habermas<sup>13</sup>, o agir jurídico contemporâneo, com ênfase nos direitos humanos a partir de uma razão comunicativa, cuja hermenêutica precisou (e precisa continuamente) ser reinventada para dar conta de uma sociedade permeada pelas incertezas que caracterizam a modernidade tardia. Para Habermas, a modernidade é um projeto inacabado, carente de aperfeiçoamentos.

## **2. A questão do direito a partir da historicidade da ética**

Singrando as trilhas da multidisciplinaridade, necessária à compressão do problema concernente à pertinência da concepção pós-positivista do direito ante eventuais reflexos na segurança jurídica no mundo pós-moderno, faz-se uma necessária revisão histórica, com breve menção ao jusnaturalismo, para, adiante, tratar das Revoluções Burguesas do período moderno (séculos XVII e XVIII), até a atualidade, perpassando pelos principais fatos que culminaram na atual discussão da hermenêutica jurídica. Para tanto, far-se-á uma abordagem concatenada entre história, filosofia e direito, com eventuais aportes das demais ciências humanas.

O jusnaturalismo, presente nas Idades Antigas, Média e na transição para a Moderna, considerava determinados direitos como imanentes à pessoa. Direitos básicos, reflexos,

---

<sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito*, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 89.

<sup>13</sup> Vários autores escreveram (e escrevem) com propriedade e particularidades sobre a questão jurídica no mundo pós-moderno, mas, após uma contextualização inicial de posições que se julga pertinentes, opta-se, metodologicamente, por analisar a questão a partir da visão de Jurgen Habermas, que foi discípulo da Escola de Frankfurt, na Alemanha, e que contribui de forma especialmente relevante para a compreensão do agir jurídico contemporâneo, com aportes, sobretudo, procedimentais, que não deixam de ser importantes para a democratização do direito em sua concretude. Habermas não compartilha com alguns pensadores contemporâneos a ideia de pós-modernidade, já que seria esta um projeto inacabado, a ser alcançado, com a realização das próprias metas emancipatórias que propôs e em cuja direção deve seguir, como de extrai de seu livro “O discurso filosófico da modernidade”.



na Idade Antiga, da natureza e dos mitos; na Idade Média, da divindade, e, na transição desta última para a Moderna, da razão.

A razão, contudo, como forma de obtenção de “respostas corretas” foi delegada, sobretudo com o advento da Revolução Francesa, à formalidade da lei posta. Na verdade, imposta pela classe econômica então dominante na França que conseguiu ascender ao poder: a burguesia. Os lemas então incorporados ao ideário popular eram os concernentes à liberdade, igualdade e fraternidade, incorporados à Constituição da França<sup>14</sup> como programas a serem atingidos e difundidos, em seguida, pela Europa Ocidental e, posteriormente, pela América Meridional.

O direito era interpretado de forma subsuntiva, silogística, limitando-se à lógica formal. O juiz era tido como a “boca da lei”, no que hermeneuticamente se convencionou chamar de positivismo jurídico.<sup>15</sup> A partir da crença em uma “verdade” obtida através da razão era o alicerce da tão desejável segurança jurídica, condição necessária para a manutenção da classe que ora tomava o poder. Ainda assim, conquistas graduais vieram à lume, como a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, a publicação da Constituição, em 1791 (marco do constitucionalismo), e o Código Civil Napoleônico, vigente a partir de 1804.<sup>16</sup>

O centro do ordenamento jurídico, diferente do que ocorre atualmente, era a codificação civilista. A liberdade preponderava como valor, de forma que o Estado Liberal que emergia era absenteísta, pois deveria “deixar fazer”. Ocorre, todavia, que a liberdade não podia ser exercida em sua plenitude por aqueles destituídos do capital. A igualdade, por sua vez, era formal. A fraternidade, por seu turno, um programa retórico.

No século seguinte, a Revolução Industrial contribuiu para a precarização do trabalho. Atingiu diretamente os direitos humanos dos trabalhadores:

---

<sup>14</sup> Não se desconhece que os Estados Unidos da América editaram a primeira constituição de relevância para o constitucionalismo moderno, conquanto se opte por trazer à baila a questão sob a égide da constituição francesa, considerando que o direito brasileiro tem origem romano-germânica.

<sup>15</sup> Desde há muito se fala em “positivismos”, eis que tal concepção jurídica de aplicação do direito teve vários expoentes que desenvolveram a tese inicial de Hans Kelsen com certas particulares. Para facilitar a comunicação, todavia, opta-se por utilizar a expressão “positivismo”, para se referir a todo este movimento jusfilosófico. Norberto Bobbio, exemplificativamente, em sua obra “Da estrutura à função”, fala em “positivismo ético”.

<sup>16</sup> GUERRA JR., Célem Guimarães. Abuso de direito: contextualização em perspectiva pós-positivista na sociedade do risco. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 159, abr. 2017. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/>>. Acesso em: 24 maio 2020.

Desde o século XIX o mundo vivencia o que foi denominado de Idade Contemporânea. Nesse período, com o auge do liberalismo e de suas ideias, a concentração de riquezas e a desigualdade social aumentaram e o Estado, até então não interventor, passa a ter que agir, sobretudo, para regular a economia e proteger os direitos (...) dos menos afortunados (...).<sup>17</sup>

Como reação a tal desconsideração de posições intrinsecamente humanas, editaram-se dois documentos constitucionais que representaram uma verdadeira quebra de paradigma no constitucionalismo liberal. Estes documentos previram expressamente os direitos sociais, que exigiriam, em regra, prestações positivas do Estado, e foram representados, sobretudo, pela Constituição do México, de 1917, e a de Weimar, de 1919. O Estado passa a ser concebido como Estado Social de Direito, concepção que se alastra no mundo ocidental.<sup>18</sup>

Ocorre que as duas grandes guerras, aliadas aos regimes totalitarista alemão e fascista italiano, propagados em maior ou menor medida para alguns países europeus vizinhos, produziram tantas atrocidades, como o genocídio e o autoritarismo, que colocaram em xeque a dignidade da pessoa humana, trazendo como pauta a necessidade de revisão ou mesmo de superação do positivismo. Isso porque as barbáries cometidas em tais momentos históricos, estavam amparadas pelo direito. E o direito derivava da razão. Instaurou-se o paradoxo:

A consciência de crise do Direito, do fracasso do Direito enquanto empreendimento humano, da capacidade do Direito de se aliar às piores e mais horrorosas pretensões (a exemplo do sistema jurídico nazista), conduz o Direito a um momento de “questionabilidade última”.<sup>19</sup>

Diante de tal aporia, a hermenêutica voltada ao campo jurídico propôs teorias, com a pretensão de aperfeiçoamento da interpretação e aplicação do direito estatal. Este movimento chega ao Brasil com forte influência alemã de Friedrich Müller e de estudos levados a cabo, sobretudo, na Espanha e na Itália, com a denominação de pós-

<sup>17</sup> SILVA, Thiago Henrique Costa; GONÇALVES NETO, João da Cruz. Novo constitucionalismo latino-americano: um constitucionalismo do futuro? *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Brasília, vol. 3, n. 1, pp. 60-81, jan-jun 2017, p. 65.

<sup>18</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*, 2011, 151 f. Dissertação de Mestrado em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, p. 25.

<sup>19</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica*. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 2002.

positivismo. De saída, no particular, deve-se consignar que a nomenclatura dada à releitura do direito propiciada pelo pós-positivismo é deveras controversa. Para alguns se identifica com o neoconstitucionalismo, para outros o neoconstitucionalismo seria o reflexo jurídico da tese filosófica do pós-positivismo, e, ainda, há quem entenda a tese como um simples aperfeiçoamento do positivismo jurídico ou mais uma de suas formas.

Um dos entusiastas dos termos identificadores dessa nova hermenêutica e quiçá seu precursor em terras pátrias é Paulo Bonavides. Lado outro, há quem mencione, como Luís Roberto Barroso, tratar-se de denominação provisória para o contemporâneo, ainda em construção e sem qualquer pretensão de definitividade, tese à qual se adere.<sup>20</sup> Forte no posicionamento do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, importa referir que, no campo da ciência aplicada, mais vale o conteúdo conformador da ideia do que a nomenclatura em si.<sup>21</sup> Posiciona-se o autor, em outro estudo:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.<sup>22</sup>

Trata-se, em verdade, de um movimento de retorno dos valores e da ética para a construção do direito nos casos concretos, o qual, nem por isso, deixa de prestigiar as normas positivadas quando suficientes e adequadas, numa tentativa de amalgamar os benefícios da segurança jurídica a uma contextualização adequada dos valores, das autonomias e das subjetividades das sociedades (pluralistas, diga-se) a que se refere.

A interpretação jurídica, sobretudo nos chamados casos difíceis, em que direitos humanos igualmente declarados são contrastados, demanda o desenvolvimento gradativo de uma nova teoria dos direitos fundamentais com respaldo direto no

---

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, 2005, pp. 79-80.

<sup>21</sup> Convém mencionar, como críticas da nova nomenclatura, nomes como Uadi Lammêgo Bulos, Dmitri Dmoullis, entre vários. Contudo, a questão torna-se periférica ante a predominância da função da teoria, independentemente da nomenclatura que se entenda mais apropriada. A Hermenêutica, como campo de estudo da Filosofia, deve evoluir, isto sim, para trazer pretensões de solução a problemas de interpretação jurídica já há algum tempo experimentada, sob pena de não exercer a finalidade prática para explicar os fenômenos atuais que dela se espera.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327.

postulado maior da dignidade da pessoa humana e na normatividade da constituição, que de mero documento político que apontava diretrizes sociais e programas a serem concebidos, passa a ser a lente necessária para a concreção do direito no mundo pós-moderno.

De acordo com Bulos,

Para os defensores do neoconstitucionalismo, ele apresenta as seguintes características: (i) equivale a uma nova teoria do Direito Constitucional; (ii) promoveu a decodificação do Direito, cujos ramos saíram da órbita infraconstitucional, passando para o campo constitucional; (iii) inaugura um novo período da hermenêutica constitucional; (iv) reflete a pujança da força normativa da Constituição; (v) corresponde a uma nova ideologia ou método de análise do Direito; (vi) retrata o advento de um novo sistema jurídico e político; (vii) inaugura um novo modelo de Estado de Direito; e (viii) reúne novos valores que se prenunciam vigorosamente.<sup>23</sup>

O que se percebe é que os valores e as questões éticas nas sociedades passam a influir na interpretação do direito, sobretudo em casos difíceis, seja porque ambos encontram-se de forma substancial ao longo da Constituição Federal de 1988, seja em virtude dos diversos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, permitindo uma abertura semântica aos julgadores desde que providas da devida argumentação.

O pós-positivismo, assim, tem a pretensão de trazer um fator de correção ético às normas postas, sempre consideradas, consistente no maior respeito possível aos direitos humanos. A resposta não é identificável *a priori* e tampouco tem o intuito de resolver de forma definitiva a aporia supramencionada, mas se mostra, no mundo mutante e plural, a resposta que se julga atualmente a mais adequada para a decodificação do direito.

Assevera Maia, ressaltando a interdisciplinaridade daí decorrente:

(...) uma das consequências do amadurecimento do debate teórico no âmbito jurídico foi o rompimento com um certo insulamento *vis-à-vis* outras áreas das humanidades e das ciências sociais. Nas últimas duas décadas, quase que como um “bordão”, a categoria de pós-moderno atravessou os mais diferentes domínios do saber, não deixando de influenciar

---

<sup>23</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

também o mundo do direito, em especial no momento em que nossa comunidade de pesquisadores se abre, saudavelmente, às demandas da interdisciplinaridade.<sup>24</sup>

Em sentido similar apresenta-se a proposta de des-pensar o direito, que pode assumir sentido ambivalente: caráter destrutivo e disciplinar, relacionado ao posicionamento e afirmação do direito perante as demais ciências das humanidades; sentido construtivo e interdisciplinar, destinado à formatação de uma nova síntese cultural.<sup>25</sup>

No que concerne às críticas à introdução de valores e da ética na hermenêutica jurídica contemporânea, pode-se, em uma visão panorâmica, apresentá-las:

- I. A pretensão de supremacia do Poder Judiciário;
- II. O caráter antidemocrático do pós-positivismo;
- III. A falta de segurança jurídica.

Na sequência, insta rebatê-las:

I. O Judiciário não tem o condão de ignorar a legislação posta pelo Poder Legislativo. Deve, na verdade, ter a devida deferência aos princípios republicano e democrático e atuar apenas supletiva e episodicamente com fulcro em valores e na ética quando se deparar com casos cuja solução não é trazida de forma explícita pelo ordenamento ou quando esta revele-se de tal forma desproporcional ao fim que almeja que deve ser “derrotada”, usando a expressão cunhada por Dworkin (derrotabilidade).

O primeiro caso tem como exemplo o conflito expresso entre direitos humanos e, o segundo, em casos excepcionalíssimos como a fixação de penas extremamente desproporcionais em caso de condutas que causem diferentes potencialidades de ilícitos (sejam cíveis ou criminais). Além disso, em tais casos, deve assumir ônus argumentativo intensamente maior para justificar sua pretensão de justiça.

Neste sentido:

Este controle implica admitir as limitações funcionais, portanto, o direito – diferentemente de outros sistemas sociais – não atribui valor e nem produz um conhecimento preciso do futuro.

---

<sup>24</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. *Um novo paradigma: pós-positivismo e/ou neoconstitucionalismo: a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 31.

<sup>25</sup> NUNES, Jean. *Caminhos para democratização do direito*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 137.

Ao contrário, adapta-se diante da falta de conhecimento, antecipa e excepciona situações, incluindo certas indeterminações em suas operações que permitem a adequação social no presente.<sup>26</sup>

II. O pós-positivismo concebe o direito num plano democrático, como o governo da maioria, mas que considera igualmente a importância de posições minoritárias não ilícitas em si numa sociedade plural. É o que se denomina de papel contramajoritário do Poder Judiciário, sobretudo das Cortes Constitucionais, que devem assegurar os direitos, as racionalidades e as subjetividades, inclusive aquelas das minorias.

Vários são os institutos procedimentais, além da argumentação, aptos a filtrar a correção de tais decisões, sempre em caráter excepcional. Ressalta-se, no particular, a figura do *amicus curiae* amplamente admitida no atual ordenamento, o fator de correção exercido pela supremacia dos direitos humanos, a possibilidade de intervenção de terceiros que tenham interesse na solução da demanda em análise.

Menciona-se, por fim, e com destaque, forte em Habermas, a criação de consensos morais possíveis a partir de um cenário ideal de fala, termo firmado pelo jusfilósofo alemão, que pressupõe uma participação das partes no processo de comunicação que deverá ser considerado pelo juízo na tomada de decisão, embora faticamente nenhum discurso possa ser considerado ideal, mas factível. O discurso aqui pode ser definido como o fato de as proposições possíveis se lastrearem em pretensões de validade criticáveis, mas que se apresentam como melhor forma de recuperar a verdade, com o que se distancia da falsidade, sendo, inclusive, o pressuposto do próprio discurso oposto falibilista, propiciando um exame crítico permanente.<sup>27</sup>

Neste tanto, o atual Código de Processo Civil, com aplicação subsidiária aos demais ramos jurídicos, prevê a necessidade de cooperação entre as partes e o condutor do processo, bem como amplia as possibilidades de conciliação e mediação (NATÁRIO, 2019, p. 31).

III. A falta de segurança jurídica, por sua vez, deve ser afastada sob o argumento de cada vez mais o ordenamento pátrio exige uniformidade de decisão para situações de fato semelhantes, salvo o caso de superação de entendimento, devidamente

---

<sup>26</sup> BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Direito e consequência: reflexão para uma sociologia da decisão jurídica. *R. Fac. Dir. Univ. São Paulo*, São Paulo, v. 113, pp. 535-561, jan.-dez. 2018, p. 16.

<sup>27</sup> PERIUS, Oneide. Ética do discurso: um diálogo de Habermas com a ética kantiana. *Esmat*, Palmas, n. 4, pp. 193-215 – jan/dez 2012, pp. 203-204 e 207.

argumentado, ou a distinção dos casos, que deve ser feita de forma expressa, além de prever súmulas vinculantes, procedimentos especiais para julgamento de casos repetitivos,<sup>28</sup> a título exemplificativo.

Pela importância da segurança jurídica e por se tratar a sua eventual ausência na maior oposição ao pós-positivismo, será ela tratada de forma pormenorizada na sequência, juntamente com a análise de casos concretos.

### **3. Segurança jurídica, justiça e casos difíceis**

A razão, pedra fundamental da modernidade, permitiu que a sociedade fosse construída para o presente e o futuro, e não mais para o passado. O conhecimento alheio de especulações metafísicas levou a Nietzsche cunhar a célebre frase: “Deus está morto!”. Esta “morte” da instância absoluta da qual emanavam todos os valores partiu de uma nova forma de compreender os fenômenos, com múltiplos centros de emanção de valores, representada pela progressiva secularização social. Mais do que isso, da frase extrai-se que todo conhecimento tem uma perspectiva limitada e historicamente datada. No particular, o projeto de modernidade relaciona-se à ideia de controle, progresso, cooperação e interatividade de modo, sendo, todavia, paradoxalmente associado à necessidade de uma construção normativa sólida para orientar a vida dos indivíduos, seu fim maior.

À construção normativa sólida e à previsibilidade para orientar a vida dos indivíduos dá-se o nome de segurança jurídica que, nas palavras de Silva (2006, p. 133), “consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. Como bem aponta Canotilho, “o homem precisa de segurança para conduzir, planejar e conformar sua vida de forma autônoma e responsável”,<sup>29</sup> logo, a segurança jurídica emerge como um dos pilares do Estado de Direito. Borges<sup>30</sup> e Rocha<sup>31</sup> vão além e afirmam que sem garantia legal afiançada pelo Estado para organizar a vida em sociedade, este sequer poderia existir. Balizado pela segurança jurídica, por exemplo, o cidadão tem a confiança de que uma decisão judicial não será modificada de forma arbitrária, casuística, ou proferida contrária à lei. São inseridas no

---

<sup>28</sup> Institutos presentes no Código de Processo Civil de 2015.

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

<sup>30</sup> BORGES, Souto Maior. *Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 206.

<sup>31</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Coordenadora. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168.

contexto da segurança jurídica princípios caros e inegociáveis ao Estado de Direito como legalidade, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

O juiz “boca da lei” (*la bouche de la loi*) garante a estabilidade das relações sociais em razão da previsibilidade de sua decisão, pois o julgador se torna mero aplicador das regras “estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo” e “reguladas positivamente por um ordenamento positivo” mediante leis escritas.<sup>32</sup> A mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis.<sup>33</sup> No entanto, as relações humanas são de uma complexidade tamanha que é praticamente impossível prever, e escrever, todas as situações juridicamente relevantes possíveis de acontecer. A ideia abstrata de se querer automatizar a atividade judicial, com o beneplácito da hierarquia normativa fechada<sup>34</sup> é tarefa intransponível, sobretudo em tempos de revolução tecnológica em que os desafios para todas as áreas do conhecimento surgem com considerável rapidez.

O momento de maior tensão no que concerne à segurança jurídica reside quando outro tema afeto ao direito vem à tona: a justiça. Direito e justiça caminham lado a lado e há quem diga que o direito é um mero mecanismo para se chegar à justiça. Rocha<sup>35</sup> sobre este ponto afirma que a segurança jurídica não é um valor, mas sim uma qualidade do sistema, pois “o que é seguro pode não ser justo, mas o inseguro faz-se injustiça ao ser humano, tão carente de certeza é ele em sua vida”. O tensionamento entre segurança jurídica e justiça é “muitas vezes ‘dramática’, constituindo uma das contradições básicas do sistema jurídico, em permanente necessidade de superação. Procura-se incessantemente o equilíbrio entre os dois valores”.<sup>36</sup> Em casos simples, de mera subsunção do caso à norma, este paradoxo não é notado, uma vez que mesmo teóricos da decisão judicial como Robert Alexy e Ronald Dworkin admitem que a discricionariedade do julgador deve ser empregada para resolver casos difíceis.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 16 e 346.

<sup>33</sup> STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?, *Revista NEJ*, vol.15, p. 158-173, jan./abril. 2010, p. 160.

<sup>34</sup> ALENCAR, Rosmar Anttoni Rodrigues Cavalcanti. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 149, p. 52 -70, jul. 2007, p. 57.

<sup>35</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Coordenadora. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168.

<sup>36</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e as limitações ao poder de tributar. In: FERRAZ, Roberto (coord). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 433.

<sup>37</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas?: critérios para uma teoria da decisão judicial e requisitos mínimos para se alcançar a resposta correta. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 276, fev. 2018, p. 93.



Os casos difíceis são aqueles em que o núcleo duro da regra jurídica não serve para eliminar as dúvidas dos intérpretes na aplicação ao caso concreto, situando-se a questão jurídica na zona de penumbra da expressão linguística.<sup>38</sup> Para estes casos, além da insuficiência da norma escrita, há sempre dois os mais princípios ou regras conflitantes que podem perfeitamente se amoldarem ao caso em concreto. Embora não seja unanimidade, em casos difíceis o bem jurídico tutelado comumente está relacionado aos direitos e garantias individuais do cidadão. É direito da mãe grávida, vítima de estupro, interromper a gravidez? E em caso de feto anencéfalo? As pesquisas com células-tronco embrionárias devem ser autorizadas pelo Estado brasileiro? A “marcha da maconha” é apologia às drogas ou mero exercício da liberdade de expressão? Até mesmo para o cidadão mais convicto de seus valores é possível extrair mais de uma resposta para essas questões, uma vez que a dificuldade está justamente no conflito de princípios caros, e por vezes inegociáveis, como vida, liberdade, crença religiosa etc.

No Brasil, por força da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal o múnus de guardião da Carta República. O Ministro Celso de Mello, nos autos do ADI n. 2.010 afirmou que

(...) se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. (...)

Em oportunidades recentes o Supremo Tribunal Federal foi confrontado por diversos casos nos quais o núcleo duro da norma jurídica posta não foi suficiente para eliminar as dúvidas do julgador, obrigando-o a recorrer à justiça constitucional<sup>39</sup> para oferecer resposta adequada conforme a Constituição. Nas ADI 4277 e ADPF 132 a Suprema Corte decidiu sobre a possibilidade de reconhecimento da união estável de casais

---

<sup>38</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas?: critérios para uma teoria da decisão judicial e requisitos mínimos para se alcançar a resposta correta. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 276, fev. 2018, p. 94.

<sup>39</sup> (...) Jurisdição constitucional, contudo, é terminologia que inculca a ideia de desenvolvimento processual consoante o rito judicial, visando a atuação constitucional. Nesse sentido, intensamente utilizado, a jurisdição constitucional refere-se ao estudo de questões mais propriamente processuais. Realiza-se um corte prévio para admitir, sem maiores preocupações, que a defesa e cumprimento último da Constituição opera-se mediante um processo de tomada de decisão de caráter jurisdicional. Eliminam-se, assim, questões essenciais a uma completa teoria da Justiça Constitucional, como estudo da natureza política ou jurídica do processo e da decisão que dele deriva, quanto realizada pelo Tribunal Constitucional (...) (BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *Temas de direito constitucional*, t. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 129).

homossexuais, mesmo a norma constante no art. 1.723 do Código Civil ser cristalina ao reconhecer “como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”. Já no HC 126292 e nas ADCs 43, 44 e 54, nas quais se discutiu a possibilidade de prisão em segunda instância – sem adentrar no mérito das constantes mudanças de entendimento do Tribunal – o conflito ao texto positivado está inserido na própria Constituição que, apesar do artigo 5º inciso LVI mencionar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a Corte entendeu ser possível o início do cumprimento da pena antes de finalizar todas as instâncias recursais. Outro ponto de destaque foi quando o Supremo Tribunal, a despeito da disposição contida no artigo 124 do Código Penal que criminaliza o aborto, entendeu ser possível a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo (ADPF 54) e autorizou a interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre da gestação (HC 124306).

Na ótica do silogismo, se a norma positivada é o farol da segurança jurídica e as decisões são tomadas ao largo do texto escrito, logo estar-se-ia desrespeitando um dos pilares fundamentais do Estado de Direito. Silva afirma que “a segurança do direito é um valor jurídico que exige a positividade do direito e segurança jurídica é uma garantia que decorre dessa positividade”.<sup>40</sup>

Entretanto, a teoria da decisão judicial fundamentada nos conceitos do pós-positivismo sugere um falso conflito entre a discricionariedade e a segurança jurídica, pois esta última pode ser alcançada pela “forma de pensar, aliada à fundamentação adequada da decisão judicial e à formação do jurista”.<sup>41</sup> Ivo vai além e sugere ser uma “falácia buscar um único significado jurídico possível” ao caso concreto.<sup>42</sup>

A correção normativa mediante a utilização dos preceitos de justiça constitucional, ante a morosidade do legislador, revela-se uma importante ferramenta para garantir a aplicação de direitos fundamentais, sem as quais há sérios riscos de violação contínua de diversos preceitos elencados na Constituição Federal. Sem embargos das críticas a respeito de uma suposta discricionariedade exacerbada do julgador, inseridas nos

---

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 184.

<sup>41</sup> ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 149, p. 52 -70, jul. 2007, p. 63.

<sup>42</sup> IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 54.

conceitos de ativismo judicial<sup>43</sup> e panprincipiologismo,<sup>44</sup> fazer valer a Constituição para garantir a efetividade dos direitos humanos é dever não só da Corte Constitucional, mas de todo o ordenamento jurídico, não se podendo considerar inseguro aquilo que é fundamentadamente justo à luz do entendimento do julgador.

### **Considerações finais**

Repensar o direito positivo (razão teórica) a partir de uma razão prática, representada, no campo jurídico, pelo neoconstitucionalismo, derivado do movimento filosófico do pós-positivismo, é uma necessidade no cenário atual, por alguns denominado pós-modernidade e por outros modernidade tardia, no estudo tomados como expressões sinônimas.

A postura implicou em reconhecer a impossibilidade do direito posto em regular todas as situações possíveis, o que não significou, todavia, em negar o positivismo jurídico. Em verdade, o que se buscou foi verificar a insuficiência da teoria hermenêutica retromencionada para fazer frente às complexidades e aos paradoxos do mundo atual, caracterizado pela pluralidade das autonomias e dos centros de emanção do poder.

No que tange ao poder jurídico emanado do Estado, frente tantos outros, em uma sociedade pluralista, defendeu-se, procedimentalmente, a formação de consensos mínimos e de cooperação entre os litigantes e o julgador, num cenário ideal de fala, proposto por Jurgen Habermas. Tal cenário foi exposto como um espaço dialógico e democrático onde teses e antíteses são apresentadas pelos interessados e examinadas com a mesma deferência pelo terceiro desinteressado, no caso, o órgão julgador. Trata-se de postura emancipatória que alberga a democracia em sua totalidade: governo da maioria com respeito às minorias.

No plano material, a desconstrução do mundo levada a cabo pelo pós-modernismo permitiu uma abordagem de entronização da ética e dos valores no discurso jurídico,

---

<sup>43</sup> (...) Ativismo judicial é uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional). (...) (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*, *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v.7, n.12, p. 249-268, jan./jun. 2012, p. 262).

<sup>44</sup> (...) um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional (...) (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 493 e 516).

sob pena de este se tornar refém do imponderável frente às amplas e diversas subjetividades, racionalidades e perplexidades que o compõem.

O fator de correção que se propôs para a correção ética do fenômeno jurídico foi o filtro dos direitos humanos, com a centralidade da dignidade da pessoa humana em todos os seus matizes, a qual, aliada a mudanças legislativas recentes, como as súmulas vinculantes, os incidentes de demandas repetitivas e o fomento à mediação e conciliação amparam a necessária pretensão de segurança jurídica.

Mais do que com denominações, preocupou-se com a substância das teorias filosóficas, sociológicas, jurídicas e das ciências humanas correlatas, em perspectiva interdisciplinar, que, em conjunto, levaram à necessidade de se (re)pensar o fazer jurídico estatal.

## Referências

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 149, p. 52 -70, jul.2007.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Direito e consequência: reflexão para uma sociologia da decisão jurídica. *R. Fac. Dir. Univ. São Paulo*, São Paulo, v. 113, pp. 535-561, jan.-dez. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *Temas de direito constitucional*, t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. São Paulo: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2006.

BORGES, Souto Maior. *Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas?: critérios para uma teoria da decisão judicial e requisitos mínimos para se alcançar a resposta correta. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 276, fev. 2018.

CREMONESE, Dejalma. Ética e moral na Contemporaneidade. *Campos Neutrais - Revista Latino-Americana de Relações Internacionais*, v. 1, n. 1, p. 8-28, dez. 2018. ISSN 2596-1314. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/cn/article/view/8618>>. Acesso em: 21 maio 2020.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira, *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v.7, n.12, p. 249-268, jan./jun. 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: MARTINS Fontes, 2000.
- GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*, 2011, 151 f. Dissertação de Mestrado em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.
- GUERRA JR., Célem Guimarães. Abuso de direito: contextualização em perspectiva pós-positivista na sociedade do risco. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 159, abr. 2017. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/revista-ambito-juridico/revista-ambito-juridico-no-159-ano-xx-abril-2017>>. Acesso em: 24 maio 2020.
- HEGEL, GeorgWilhelmFriederich. *Fenomenologia do espírito*. Parte 1. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
- IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. *Um novo paradigma: pós-positivismo e/ou neoconstitucionalismo: a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- MORISSON, Wayne. *Theoretical Criminology: from modernity to post-modernism*. London: Cavendish, 1995.
- MÜLLER, Friedrich. *O novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NATÁRIO, Edilene Pereira de Amorim Alfaix. *Conciliação e mediação como instrumento de promoção da paz social na vara de família e sucessões da comarca de Gurupi -Tocantins*. 170 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos), Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2019.
- NUNES, Jean. *Caminhos para democratização do direito*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- PERIUS, Oneide. Ética do discurso: um diálogo de Habermas com a ética kantiana. *Esmat*, Palmas, n. 4, pp. 193-215 – jan/dez 2012.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Coordenadora. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SÁ, Antônio Lopes de. *Ética profissional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito*, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014.
- SANTOS, Marcelo Alves. *O alargamento da compreensão a partir do conflito das interpretações*. 146 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SILVA, Thiago Henrique Costa; GONÇALVES NETO, João da Cruz. Novo constitucionalismo latino-americano: um constitucionalismo do futuro? *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*,

Brasília, vol. 3, n. 1, pp. 60-81, jan-jun 2017. Disponível em <<https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/1854/pdf>>. Acesso em: 24 maio 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?, *Revista NEJ*, vol.15, p. 158-173, jan./abril. 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e as limitações ao poder de tributar. In: FERRAZ, Roberto (coord). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

**Como citar:**

PERIUS, Oneide; GUERRA JÚNIOR, Célem Guimarães; SILVA, Rubens Leonardo. O direito na pós-modernidade: idas e vindas em busca de um mínimo ético. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-na-pos-modernidade/>>. Data de acesso.



**civilistica.com**

Recebido em:

18.1.2022

Aprovado em:

28.8.2022