

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-206-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequência: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO” tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam-se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na "resposta correta" em Dworkin e na "correção da interpretação", proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY" cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a "lei do sopesamento" de Robert Alexy que se propõe a determinar qual "deve ser" o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das "rinhas ou brigas de galo"; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão "ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO

TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y LA CONSTRUCCIÓN DEL POSTPOSITIVISMO

Marcilei Gorini Pivato ¹
Clodomiro José Bannwart Júnior ²

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos. Para isso, demarcam-se dois momentos: o primeiro com Adorno e Horkheimer lastreado pelo pensamento marxista como pressuposto crítico da sociedade capitalista e pouca afinidade à temática jurídica; e o segundo, com Habermas, recolocando o direito como instrumento indispensável para gerir a democracia e o Estado de Direito.

Palavras-chave: Teoria crítica, Habermas, Pós-positivismo, Emancipação

Abstract/Resumen/Résumé

Este estudio tiene como objetivo explorar los cambios del derecho contemporáneo, poniendo de relieve el papel desempeñado por la teoría crítica de la sociedad, por la Escuela de Frankfurt, como la lectura del marco legal en el contexto de las sociedades plural y compleja que marcan nuestro tiempo, em dos momentos: el primero con Adorno y Horkheimer respaldado por el marxismo como una suposición crítica de la sociedad capitalista y la poca afinidad con los aspectos jurídicos; y el segundo, con Habermas, sustituir El derecho como una herramienta indispensable para la gestión de la democracia y el Estado de Derecho.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Teoría crítica, Habermas, Postpositivismo, Emancipación

¹ Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Bolsista.

² Professor do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, tal como firmado na primeira e segunda geração da Escola de Frankfurt.

Na primeira geração dos Frankfurtianos não é encontrada uma compreensão universal e singular do papel do direito no interior da Teoria Crítica. De todo modo, há uma tendência, que vai de Neumann e Kirchheimer até Habermas, de identificação das falhas, contradições e omissões que a construção positivista que o direito representa para a realidade jurídica. Uma tendência que projeta, em síntese, uma postura antipositivista, bastante típica dos teóricos críticos. (FRANKENBERG, 2009, p. 1)

Com Habermas, a partir do delineamento mais claro de uma teoria crítica do direito, projeta-se, de forma incisiva, uma base reflexiva em que a estrutura jurídica é perspectivada em uma configuração que coaduna com os pressupostos do pós-positivismo, em que pese esta matriz jurídica ainda estar em construção.

Aspecto determinante em Habermas foi incorporar a dimensão prático-moral, e de forma mais determinante o direito na dinâmica da teoria crítica. Isso, sem dúvida, permitiu o seu afastamento dos integrantes da primeira geração dos Frankfurtianos, os quais haviam, de certo modo, conformatado a compreensão da teoria crítica à um modelo cognitivo da relação sujeito e objeto, sob a rubrica marxista do conceito de trabalho, reduzindo, assim, “a história humana ao desdobramento do processo social da natureza”, como se o trabalho social, altamente instrumentalizador, fosse o único possível de realizar a prática social. (FRANKENBERG, 2009, p. 4)

A primeira geração da Escola de Frankfurt não foi capaz de elaborar as fundações normativas da filosofia da história e, ademais, movida por um reducionismo funcional, abriu-se mão da ‘dimensão normativa da ação social’, como se não fosse possível pensar as orientações normativas, de fundo jurídico e moral, além dos imperativos sistêmicos do capitalismo tardio. “Por consequência, o estudo do direito e dos regimes jurídicos, bem como o avanço das liberdades civis, foram marginalizados, se não completamente negados”. (FRANKENBERG, 2009, p. 4) Habermas, ao colocar o tema da dimensão normativa das estruturas sociais, indo além da filosofia da história, teve de desenvolver as condições de sustentação da teoria crítica da sociedade com base em outro pressuposto, a saber: o paradigma das sociedades complexas.

Com o objetivo de apontar o delineamento da questão aventada nesta pesquisa, será utilizada como recurso metodológico a análise de textos que intercalam a reflexão nas áreas do conhecimento jurídico e filosófico. Do ponto de vista dos objetivos, a pesquisa terá um caráter exploratório contando com recursos de levantamento bibliográfico, tendo como base de dados os periódicos disponíveis que versam sobre a temática e livros de direito que circunscrevem o objeto previamente delimitado. Do ponto de vista do procedimento técnico, a pesquisa será bibliográfica (materiais diversos – livros, *internet*, etc.) e documental, contando com as fontes primárias e secundárias.

1 A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA “CRÍTICA” SOCIAL

A teoria crítica tal como apresentada por Horkheimer questiona o sentido da teoria (as coisas como são) e da prática (as coisas como deveriam ser), procurando explicar a conexão dos acontecimentos sociais e históricos à luz da distinção destes dois momentos – teórico e prático – para evitar o reducionismo cientificista que a tudo reduz num modelo descritivo da realidade tal como ela é, sem levar em consideração como a realidade poderia e deveria ser. A esse respeito, o esclarecimento conceitual promovido por Marcos Nobre torna-se indispensável:

Quando se diz que alguém tem uma "teoria" sobre determinado tema ou assunto, pretende-se com isso, na maioria das vezes, dizer que esse alguém tem uma hipótese ou um conjunto de argumentos adequados para explicar ou compreender um determinado fenômeno ou uma determinada conexão de fenômenos. Nesse sentido, a "teoria", ao pretender explicar ou compreender uma conexão de acontecimentos, tem como intuito mostrar "como as coisas são". Em se tratando de uma teoria científica, a explicação deve ser capaz também de prever eventos futuros, ou então de compreender os eventos no mundo de tal maneira a produzir também prognósticos a partir das conexões significativas encontradas. E uma teoria é confirmada ou refutada conforme as previsões e os prognósticos se mostrem corretos ou incorretos. (NOBRE, 2011, p. 07).

A teoria crítica não trata os problemas sociais de um ponto de vista utópico, mas, ao analisá-los teoricamente, busca retratá-los em forma de diagnóstico para, em seguida, oferecer reais possibilidades de transformação. Em suma: a teoria realiza o diagnóstico da realidade e identifica na própria realidade os elementos que impedem a realização da plena de suas potencialidades e, sobretudo, de emancipação. Os estudos de teoria crítica são considerados como críticos por se diferenciarem dos estudos tradicionais. Não que os estudos tradicionais ignorem ou prescindem o elemento crítico, mas é que a teoria crítica possui um diferencial

relevante quanto à sua forma de questionar os problemas contemporâneos alimentados pela perseguição da emancipação social.

A teoria aponta e analisa os obstáculos necessários a sua superação. A superação e a emancipação, por sua vez, dependem da prática, a saber, da razão prática.

Revela-se importante, nesse cenário, observar sob a ótica da teoria crítica a mudança operada no conjunto dos valores (éticos) da sociedade (política) e suas implicações na esfera jurídica (Direito). Daí decorre “a utilização do *slogan* ‘reabilitação da razão filosofia prática’ indica o movimento de ideias iniciadas no alvorecer da década de 60, que ganhou *momentum* a partir dos anos 70, vindo a se tornar central nos debates filosóficos ao longo dos anos 80”. (MAIA, 2008, p. 43).

A matriz da teoria crítica foi à análise do capitalismo por Karl Marx, de modo que a primeira geração de frankfurtianos ficaram presos ao modelo crítico da sociedade capitalista oferecido pelo pensamento de Marx.

Para Marx, a tarefa primordial da teoria crítica era a de compreender a natureza do mercado capitalista, ou seja, compreender de que maneira se estruturava o mercado e de que maneira a sociedade se organizava a partir dessa estrutura, entendendo assim, em consequência, como se distribuía o poder político e a riqueza, a forma de Estado, o papel da religião e da família. O ponto de partida para Marx era o capitalismo, ou seja, o mercado sob o qual gira todos os demais institutos sociais.

O mercado surge na sociedade capitalista, sob a ótica liberal, como uma instituição neutra, cuja lógica de troca de mercadoria possui regras iguais para todos que dele participam, permitindo, nesse sentido, ser uma instituição que promove os ideais da sociedade capitalista, inclusive, os ideais defendidos pelos liberais, tais como, igualdade e liberdade para todos.

Com o desenvolvimento do capitalismo, o trabalho humano tornou-se uma mercadoria de troca, sendo a força de trabalho vendida em troca do salário. Todavia, segundo as análises de Marx, o capitalismo aprofunda as desigualdades sociais, pois a distribuição de bens segundo a divisão em classes tende a produzir um polo de intensa acumulação de riquezas e outro de crescente pobreza. Na sua visão, enquanto houver lucro (mais valia – diferença entre o que a força de trabalho vale no mercado e o que ela é capaz de produzir) não é possível realizar a igualdade e a liberdade prometidas pelo capitalismo.

Assim, Marx conclui que com a ação consciente do proletariado com o passar do tempo forçaria a taxa de lucro a cair, o que viria a ocasionar um colapso do sistema. Essa emancipação do proletariado consciente em relação à dominação capitalista é um processo

que tem que superar as ilusões reais produzidas pelo capitalismo e a repressão dos movimentos emancipatórios pelo poder político, econômico e social.

Verifica-se aqui, que o esforço analítico de Marx está fundamentado na perspectiva de superação da dominação capitalista ancorado na realização da liberdade e da igualdade que, sob o capitalismo, aparecem apenas aparentemente reais. Trata-se, portanto, de destruir essa aparência por meio da efetiva realização da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, a perspectiva de emancipação não é apenas um ideal, mas uma possibilidade real.

A primeira tarefa da teoria crítica é de apresentar as coisas como são através de um diagnóstico do tempo presente, baseado nas tendências estruturais do modelo de organização social vigente, bem como em situações históricas concretas, em que se mostram tanto as oportunidades e potencialidades para a emancipação quanto aos obstáculos reais a ela.

Assim, tem-se um diagnóstico do tempo presente que permite a produção de prognósticos sobre o rumo do desenvolvimento histórico. Tais prognósticos, por sua vez, apontam para a natureza dos obstáculos a serem superados, seu provável desenvolvimento no tempo e nas ações capazes de superá-los, ou seja, é a análise do existente a partir da realização do novo, em que o existente se lança como oportunidade e emancipação da dominação vigente.

Segundo Wolkmer, a escola que melhor desenvolveu formulações acerca de uma teoria crítica foi a de Frankfurt.

Na verdade, a articulação de uma teoria crítica, como categoria e fundamento de legitimação, representada pela Escola de Frankfurt, encontra toda sua inspiração teórica na tradição racionalista que remonta ao criticismo kantiano, passando pela dialética ideal hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e culminando na reinterpretação do materialismo histórico marxista. (WORKMER, 2012, p. 05).

Todavia, grande diferencial é que, entre os participantes da Escola de Frankfurt havia uma postura de distanciamento em relação ao marxismo ortodoxo, sem abandonar os ideários utópicos, revolucionários e emancipatórios.¹

¹ Atenta-se, ademais, que “o norteammento da dialética hegeliano-marxista e a sedimentação do pressuposto ‘crítico’ com base no pensamento de Karl Marx são algumas das razões do distanciamento que a primeira geração da Escola de Frankfurt manteve em relação ao direito, sobretudo, nas reflexões acerca da teoria da sociedade. Na visão de Otfried Höffe há um déficit quanto à elaboração de uma teoria e filosofia do direito na primeira geração, justificável, segundo ele, em razão de não aceitarem ‘[...] nenhuma pretensão política ao poder, mesmo pela via da democracia’”. A esse respeito conferir: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A Dimensão Jurídica na Teoria Crítica de Habermas. In: *Revista Direito Vivo*. Londrina: EMAP, V. 5, n. 5, 2012, p. 7-30; BECKER, Laércio Alexandre. O Direito na Escola de Frankfurt: balanço de uma desconfiança. In: BECKER, Laércio Alexandre (Org.). *A Escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba/PR: EDIBEJ, 1999.

Horkheimer e Adorno, da primeira geração da escola, e Jürgen Habermas, da segunda, tinham como objeto de estudo, notadamente, a crítica ao positivismo, a discussão da indústria cultural, a questão do Estado e suas formas de legitimidade, estudos estes que foram importantíssimos para o desenvolvimento da teoria e a sua aplicação como base para a construção de um novo formato para se refletir a respeito do direito.

A visão de um capitalismo controlado de forma totalitária, como se a vida social estivesse toda ela integrada e centralizada à dominação do exercício administrativo, ao controle cultural e à conformação dos indivíduos ao processo de massificação, não se sustenta em Habermas, visto que a manutenção de uma leitura totalitária da sociedade exige, igualmente, o custo de ver a sociedade reduzida à uma estrutura funcional (FRANKENBERG, 2009, p. 3).

Habermas não nega que a estrutura funcional exerce papel crucial na dinâmica social, mas não reduz a sociedade apenas à sua capacidade de reprodução material. Entende a sociedade envolta em uma estrutura aberta, plural e complexa, o que o permite distanciar-se de componentes totalitários e fundacionismos abrangentes, abrindo-se a uma teoria igualmente complexa com a pretensão de respeitar e transcender as diferenças, abarcando além da filosofia também as ciências sociais em geral (FORST, 2009, p.179).

Nesse sentido, Habermas caminha próximo ao chamado “círculo externo” da Teoria Crítica, formado no passado por Neumann e Kirchheimer, os quais já haviam se afastado do funcionalismo marxista por considerarem limitado, para, então, se aproximarem de uma linha mais defensiva do Estado de direito.

Segundo as teorias de Neumann e Kirchheimer de política e de direito, a integração social não é gerada simplesmente pela submissão à execução cega de imperativos funcionais do capitalismo, mas também por comunicação política e compromisso entre grupos sociais e forças políticas. Embora sem influência no desenvolvimento posterior da Teoria Crítica, as análises de Neumann e Kirchheimer permanecem valiosas até hoje, em virtude de seu afastamento de uma moldura de referência funcionalista rígida, bem como devido à riqueza dos seus estados empíricos. (FRANKENBERG, 2009, p. 5)

Logo, não é equivocado afirmar que Habermas tenha se inspirado no ‘círculo externo’ dos teóricos críticos, sem, contudo, abrir mão dos princípios fundamentais e norteadores que fomentaram os objetivos iniciais da Teoria Crítica, entre outros, a concepção de uma racionalidade firmada historicamente, a ideia de emancipação e a crítica ao positivismo (FRANKENBERG, 2009, p. 6).

2 A ESCOLA DE FRANKFURT E O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA CRÍTICA

Fundado em 1923, na cidade de Frankfurt, a Escola de Frankfurt como ficou conhecida no pós-guerra, foi decorrência do Instituto de Pesquisa Social criado com o objetivo de realizar um trabalho coletivo interdisciplinar com a reunião de estudiosos de diversas áreas do conhecimento, como economia, direito, ciências políticas, psicologia e filosofia, visando o aprofundamento do pensamento no âmbito das ciências humanas, tendo como ponto comum a vinculação à tradição marxista.

Entretanto, devemos observar que os estudos de teoria crítica não se limitam apenas à escola de Frankfurt. Despontaram no final dos anos 60, outros estudos de teoria crítica ligadas ao direito, quais sejam, a releitura da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, as teses arqueológicas de Foucault sobre o poder, e, inclusive, a própria teoria jurídica crítica frankfurtiana.

Nos anos 70, o movimento se concentrou na França através de professores universitários de esquerda, e num segundo momento, na Itália, tendo à frente magistrados antipositivistas e politizados, precursores do “uso alternativo do direito”. Já na década de 80, o movimento de crítica jurídica repercutiu na América Latina, principalmente na Argentina, no México, no Chile, na Colômbia e no Brasil.

Um grupo considerável de professores marxistas, sentindo-se ameaçados em seus cargos acadêmicos, decidiram criar uma associação crítica do Direito e publicar uma revista chamada *Procès*. No primeiro número, datado de 1978, aparece o Manifesto para uma teoria crítica do Direito. Esse trabalho coletivo pretendia questionar as ideias aceitas sobre o Direito em nossa sociedade, assim como as formas como ele é ensinado na Universidade. Os mais conhecidos representantes dessa associação são Michel Miaille e Antoine Jeammaud. A associação logo se estendeu para Bélgica, Alemanha, Portugal, Espanha e Inglaterra, tendo, na América Latina, seus principais ecos no México, Brasil, Venezuela e Argentina. (WARAT, 1996, p. 65).

Todavia, foi na Escola de Frankfurt que a teoria crítica desenvolveu-se em sua plenitude, inicialmente com os trabalhos de Horkheimer e Adorno e mais recentemente com o destacado trabalho de Jurgen Habermas.

Esta teoria, que no início limitava-se a se opor aos fundamentos do positivismo jurídico, ampliou seu objeto de crítica, voltando-se também contra o jusnaturalismo e o realismo sociológico. O movimento, nesta etapa, mais amadurecido, pretendia revelar como, através do ensino dessas doutrinas idealistas e formalistas, eram encobertas e reforçadas as funções do Direito e do Estado na reprodução das sociedades capitalistas.

Assim, pesquisadores de diversas áreas do conhecimento procuraram interpretar os resultados da teoria tradicional em um conjunto simultaneamente organizado em torno da valorização do capital, revelando potenciais de superação em relação à dominação do mesmo.

Para Max Horkheimer, um dos principais integrantes desse movimento, o conhecimento crítico opõe-se a todo conhecimento que não tiver sido produzido a partir de dois principais fundamentos: a orientação para a emancipação e o comportamento crítico.

Partindo da constatação de que o capitalismo passou a ser regulado pelo Estado, Horkheimer e Adorno, na dialética do esclarecimento, concluiu que as duas tendências fundamentais presentes para a emancipação na teoria marxista (a do colapso em razão da queda do lucro e aquela da organização do proletariado contra a dominação do capital) haviam sido neutralizadas.

Todavia, Jürgen Habermas, verificou que embora as oportunidades de emancipação tenham sido estruturalmente bloqueadas, era ainda necessário repensar o próprio sentido de emancipação da sociedade tal como originalmente formulado por Marx e também por Horkheimer.

A dialética do esclarecimento tinha por objetivo principal a investigação da razão humana e as formas sociais da racionalidade. Assim, a razão instrumental consistia na forma estruturante e única da racionalidade social do capitalismo, o que resultava em uma situação aporética (sem saída) do comportamento crítico e em um bloqueio estrutural da prática transformadora.

Para Habermas, é preciso, no entanto, encontrar um novo paradigma explicativo, abandonando as formulações originais, pois estas não são mais suficientemente críticas face à sociedade atual. Para se contrapor a esse diagnóstico, formulou um novo conceito de racionalidade, a racionalidade comunicativa, orientada para o entendimento, opondo-se à racionalidade instrumental implicada na manipulação de objetos e de pessoas.

A ação instrumental é refletida em ações dirigidas à dominação da natureza e à organização funcional da sociedade, que visa, em última instância, a produção de condições materiais da vida e possibilitar a reprodução material da sociedade. Já a ação comunicativa é orientada para o entendimento, permitindo a reprodução simbólica da sociedade.²

² Habermas já havia sinalizado a incompatibilidade de manutenção de uma leitura integrada e totalitária da sociedade, visto que a sua compreensão da modernidade à luz do pensamento kantiano e traduzido sociologicamente por Weber, já dava sinais de explicitar a fragmentação da racionalidade e, conseqüentemente, da própria sociedade. A esse respeito conferir: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José “Modernidade e o novo lugar da Filosofia: a ideia de Reconstrução em Habermas”. In: *Mediações: Revista de Ciências Sociais – Sociedade e Literatura*. Londrina: v. 10, n. 01, jan/jun. 2005, p. 185-200. Ver também os seguintes textos de Habermas: “A Filosofia como Guardador de Lugar e como Interpretar” e “Ciências Sociais Reconstitutivas versus

Habermas retoma uma teoria crítica da sociedade, com a mudança do paradigma de razão instrumental e monológica para razão comunicativa ou dialógica e daí para o consenso ou entendimento, que está imanente na própria humanidade, visto que está inscrito na linguagem. Esse é o traço distintivo da humanidade e nela está inscrita a tendência para a comunicabilidade e, por conseguinte, ao entendimento. A razão é um conceito transcendental, condição de possibilidade da comunicação e da linguagem. A racionalidade comunicativa possibilita o agir comunicativo, através da linguagem, e daí o consenso, o entendimento. A capacidade de falar e entender deriva, pois da racionalidade. (...) o direito discursivo, que é uma das formas da racionalidade comunicativa, adquire uma função integradora, que harmoniza o mundo vivido com a esfera sistêmica da economia e da administração, impedindo que esse sistema efetue a colonização daquele, ameaçando sua integridade. (ANDRADE, 1998, p. 124).

Assim, segundo Habermas, a forma social própria do capitalismo contemporâneo é aquela em que a orientação da ação para o entendimento encontra-se presente no processo de formação da identidade de cada indivíduo, nas instituições em que ele socializado e nos processos de aprendizagem e de constituição da personalidade. A racionalidade comunicativa encontra-se efetivamente inscrita na realidade das relações sociais contemporâneas e dela não podemos prescindir.

Todavia, a orientação para o entendimento só é possível porque projeta condições ideais em que não haveria qualquer obstáculo à plena comunicação entre os interlocutores. Nesse sentido, tais condições ideais são condições de comunicações que devem ser conferidas nas condições reais no mundo.

Verifica-se que de acordo com o pensamento de Habermas, a ação comunicativa se caracteriza por pressupor as seguintes condições: que haja assimetria de poder, dinheiro ou posição social entre os sujeitos que pretendem se entender; que os sujeitos só se deixem convencer pelo melhor argumento; ou que não exista distúrbios psicológicos que atrapalhem a comunicação.

Assim, para que uma comunicação possa se dar de forma plena, essas condições ideais tem que ser antecipadas em situações reais de ação, o que significa que esta antecipação encontra-se inscrita na vida social concreta.

Com isso, Habermas pode simultaneamente fornecer uma solução para o ancoramento real da emancipação na configuração social atual e estabelecer um parâmetro crítico para avaliar tanto o conhecimento produzido quanto situações sociais concretas, já que o potencial comunicativo inscrito na vida social jamais se realizada plenamente.

Para Nobre, (2011, p. 25), surge aqui a ideia de racionalidade dúplice, em que a racionalidade instrumental e a racionalidade comunicativa se mostram não apenas necessárias à produção e reprodução da vida em sociedade, como também complementares.

A teoria crítica leva os agentes à autorreflexão ao refletirem sobre certa norma, eles vem a perceber se a sua forma de consciência é ideologicamente falsa e que a coerção que sofrem é auto-imposta. Para Habermas, a autorreflexão dissolve a ilusão objetiva e torna o sujeito cômico de sua própria gênese de origem. A convicções legitimadoras somente são aceitáveis se elas puderem ter sido adquiridas pelos agentes através de uma discussão livre e sem coerção com a participação de todos os membros da sociedade. (GEUSS, 1998, p. 141).

Assim, faz-se necessário um diagnóstico do tempo presente, que permita então a produção de prognósticos sobre o rumo do desenvolvimento da sociedade e as mudanças necessárias que o direito precisa alcançar para regular as suas relações.

Pelo volume intenso de discussões interdisciplinares com base na teoria crítica, Habermas caminha para a reconstrução das teorias jurídicas nas mais diversas tradições. Com o auxílio da hermenêutica, ele busca um entrelaçamento entre o direito e a política, propondo um Estado de Direito que se assente em bases radicalmente democráticas, com um nível elevado de garantias constitucionais de participação através do modelo deliberativo de democracia.

Seu pensamento continua recebendo numerosas oposições, fortes críticas e uma persistente resistência entre os cétricos que não mais apostam num projeto emancipatório da modernidade. Contudo, Habermas acredita que a modernidade não é um projeto falido, mas que está em processo de construção, acreditando nas instituições, na ética discursiva, na razão comunicativa e no direito criado e legitimado discursivamente. (RUBY, 1998, p. 132).

Habermas reconhece que atualmente ainda não existe nenhuma ordem social efetiva, que tenha validade normativa. As sociedades democráticas vigentes ainda não atendem a todos os critérios democráticos, princípios discursivos e racionais suficientes para a constituição de uma ordem normativa. A ordem jurídica nutre-se de elementos históricos e empíricos do mundo vivido, do qual extrai seus princípios e, ao mesmo tempo, interfere nele, reestruturando-o, mediante seus elementos normativos jurídicos. Por isso Habermas acredita que as sociedades democráticas atuais, principalmente as europeias e norte-americanas, já se aproximam bastante da norma ideal, através de leis justas e igualitárias discursivamente produzidas. Isso está produzindo uma facticidade nova, que corrige distorções históricas e sociológicas seculares. A legalidade discursiva estaria viabilizando a legitimidade das reivindicações das antigas minorias (ANDRADE, 1998, p. 122).

E é com base nesta construção de um novo direito, pautado nas necessidades da sociedade contemporânea, que Habermas defende a necessidade de uma compreensão do

direito diferente daquela hegemônica existente no debate jurídico-político. Isto é, defende um tipo de compreensão mais adequada ao real estágio de desenvolvimento social, cultural e político das sociedades contemporâneas.

O breve século XX termina com problemas para os quais ninguém possui uma solução ou nem sequer pretende tê-las. Enquanto os cidadãos do fim do século abre caminho pela neblina global para penetrar no terceiro milênio, eles sabem com certeza que uma época histórica foi encerrada. Eles não sabem muito mais do que isso. (HABERMAS, 2001, p. 55).

A sociedade é a única fonte legitimadora do direito, visto que este foi criado com o objetivo de regulá-la. Desse modo o instituto jurídico ultrapassa (ou deve ultrapassar) a preocupação com os limites impostos pela ordem normativa, pois estará sempre condicionado a um ambiente social específico. (WOLKMER, 2012, p. 25)

Portanto, como sabemos, o direito foi criado para regular as relações sociais de uma determinada comunidade, respeitando os costumes e crenças de cada organização social. Segundo Miguel Reale (2002, p. 204), somente o homem é capaz de inovar o mundo em que vive, ou seja, é o “único ser capaz de inovar ou de instaurar algo de novo no processo dos fenômenos naturais, dando nascimento a um mundo que é, de certo modo, a sua imagem na totalidade do tempo vivido”

Entretanto, o mundo está em constante evolução, de modo que a sociedade contemporânea não mais possui limites geográficos a delimitar a relação entre os indivíduos de cada Estado, país ou região, pois com o advento da globalização dos mercados capitalistas, as fronteiras entre os diversos países do mundo minimizou-se, possibilitando a integração de diferenças raças, culturas e costumes.

Atualmente, com a evolução da tecnologia dos meios de comunicação (informática, telemática, etc.), pessoas de diferentes países relacionam-se entre si. A velocidade das informações e a efemeridade com que as trocas e intercâmbios ocorrem nas sociedades modernas descortinaram uma nova ordem, um novo século. Luiz Alberto Barroso traduz essa evolução:

Planeta Terra. Início do Século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a pós-modernidade. 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 pós tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana. (BARROSO, 2013, p. 150).

Todavia, com o término da Segunda Guerra, a sociedade mundial como um todo se tornou insegura a respeito da norma positivista a regular as suas relações em sociedade, pois, em nome da lei, o direito foi utilizado para a realização de inúmeras barbáries e atrocidades.

Com o pós-guerra, vários regimes totalitários foram substituídos por regimes democráticos, de modo que a sociedade volta-se para a proteção dos direitos humanos e pelas liberdades e garantias fundamentais do indivíduo.

Em decorrência, o mundo não mais acredita nem aceita a lei ditada por um Estado totalitário, sendo necessária a introdução de alguns padrões morais de justiça no direito positivo, pois somente os critérios formais de validade da norma não são mais suficientes.

[...] se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei (...), o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos. (MARMELSTEIN, 2008, p. 10).

O pós guerra e a redemocratização, redefiniu o lugar da constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas, aproximando as ideias do constitucionalismo à democracia e produzindo uma norma formal de organização política que pode atender por diversos nomes: Estado democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional democrático, etc.

Na Europa, percebe-se de imediato esse movimento com a Constituição Italiana, em 1947; a Instalação da Corte Constitucional italiana, em 1956; a Constituição Alemã em 1949, além da instalação do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha, em 1951; seguido da reconstitucionalização em Portugal, em 1976; e na Espanha em 1978.

No Brasil, o renascimento do Direito Constitucional se deu com a travessia de um regime totalitário para o Estado Democrático de Direito, culminando com a Constituição Federal em 1988.

Contextualizando-se os interesses e as necessidades sociais, os estudiosos de várias áreas das ciências sociais, buscam a retomada do discurso moral, aproximando-o do direito, do qual fora anteriormente separado no pensamento positivista.

Um novo tipo de sociedade pede um novo direito, cuja normatividade responde aos anseios de uma sociedade na busca pela justiça, cujas ações devem ser limitadas pela política e pela moral. Este anseio social encontrou amparo na teoria crítica do direito, cujo objetivo é justamente tirar o homem de sua condição de alienado, emancipando-o e possibilitando efetivamente uma mudança legislativa e social.

A intenção da teoria crítica é definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função do novo tipo de homem. Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, da sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ela moldado. (WOLKMER, 2012, p. 9).

Portando, nesse ambiente contemporâneo da sociedade, promove-se uma reaproximação de direito e moral, no qual este novo direito é produto do reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito.

Desta forma, o contexto contemporâneo, marcado pela complexidade e pela multipolarização, volta-se para a busca da razão prática com o fim de nortear-se para a interpretação do direito, fugindo do positivismo puro e retomando as bases da moral e da justiça para criar uma nova visão jurisdicional.

3 BASES NORMATIVAS PÓS-POSITIVISTAS

A partir da segunda metade do século XX, o direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre direito e norma e a sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio de processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade após o final da segunda guerra mundial.

Uma das principais críticas ao modelo positivista foi à falta de critérios valorativos para a aplicação da norma, a qual favoreceu, muitas vezes, decisões distantes da justiça ou mesmo absurdas. O pós-positivismo tenta firmar bases filosóficas para sanar essa problemática, com o escopo de implementar direitos constitucionais a partir da verificação axiológica das normas aplicáveis concretamente (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 113).

Por outro lado, o discurso científico impregnara o direito e seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, a fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva.

Nesse contexto, na busca de um direito equilibrado entre uma filosofia moral e política, de uma maneira que não perca a sua clareza, objetividade e segurança surge o pós-positivismo que objetiva superar o conhecimento convencional, guardando deferência relativa ao ordenamento jurídico positivo, mais nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade abandonadas pelo jusnaturalismo.

Para superar o caos legislativo e suprir as lacunas interpretativas decorrentes da velocidade das transformações do cenário político e social, as quais a atividade legislativa do Estado não consegue acompanhar, em termos de atualidade e eficácia, surge uma tendência

baseada na ponderação de interesses, na argumentação, na busca de alternativas possíveis com base em princípios, fins públicos, efetividade da justiça: o chamado pós-positivismo.

A importância da Jurisprudência de Valores foi a de ver o Direito como ciência voltada para a conduta ética e a de se preocupar com o justo. Os valores e princípios passam a ser um recurso de interpretação. Tudo isto prepara terreno para o pós-positivismo e para as teorias da argumentação. (FIÚZA, 2006, p. 97).

O pós-positivismo, se apresenta aqui como uma terceira via entre as concepções positivista e jus naturalista: não abandona a clareza, a certeza e a objetividade da norma positiva, mas não a concebe desconectada de uma filosofia moral e política.

O marco filosófico do novo direito é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes do pensamento: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas por vezes singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação dos modelos puros por um conjunto abrangente de ideias, agrupadas por um rótulo genérico: Pós-positivismo (BARROSO, 2013, p.132).

Esta nova concepção contesta o postulado positivista de separação entre direito, moral e política, tendo em vista a inegável articulação complementar entre elas.

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática, de modo que busca-se ir além da legalidade estrita, não desprezando o direito posto, mas procura empreender uma leitura moral da constituição e das leis, porém, sem recorrer a categorias metafísicas.

Ao lado de pensadores que se preocupam com princípios morais, éticos e de justiça no direito, Habermas tem revolucionado o pensamento jurídico com sua pragmática universal, introduzindo ao direito a ética do discurso e elementos de teoria política.

Em sua perspectiva, a ordem institucional legal cria, em sociedades modernas, a legitimidade da ordem. A legitimidade depende, pois, da ordem legal, do direito discursivo e do poder democrático institucionalizado. Para que essa ordem tenha validade social e efetividade, ela precisa ter elaborado sua constituição, suas normas de seu controle judiciário, pelas vias argumentativas dos discursos teóricos, éticos e práticos, baseados na razão comunicativa.

Utilizando elementos provenientes de diversas áreas do conhecimento, como história do direito, sociologia, sociologia do direito, teoria geral do direito, filosofia e filosofia do direito, Habermas explora as consequências de sua teoria do agir comunicativo no campo do direito. Apoiado nos trabalhos de uma equipe de juristas, encabeçada por Klaus Günther, elabora-se uma concepção inovadora do pensamento

jurídico, procurando superar os impasses no debate hodierno sobre o assunto (MAIA, 2005, p. 02).

No conjunto de ideias heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às normas; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

O pós-positivismo volta-se para a busca dos princípios na interpretação legislativa, com o fim de aplicar ao caso concreto o melhor resultado possível de acordo com as concepções morais da sociedade.

O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível – ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei (BARROSO, 2013, p. 15).

Esta retomada dos princípios, afeta a aplicação do direito como um todo, em todas as suas áreas de atuação.

No Direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado Liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, delegificação, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricão judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido (BARROSO, 2007, p. 02).

Entretanto, tal concepção do pós-positivismo, não é unânime entre os estudiosos do direito. Segundo Fernandes e Bicalho há autores que argumentam que o pós-positivismo ou não positivismo seria, em verdade, uma variação do jusnaturalismo.

Manuel Atienza é um deles; no artigo *Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho?*, mostra uma conexão entre algumas teses jusnaturalistas e as teorias de Dworkin, Alexy, Carlos Nino e, em alguma medida, Ferrajoli. Na mesma corrente, Luis Prieto Sanchís qualifica expressamente Dworkin de jusnaturalista. Alfonso García Figueroa também tangencia essa conclusão demonstrando dois tipos

de antipositivismo: o interno pós-positivismo/jusnaturalismo) e o externo (que critica a própria dialética que mantém positivistas e não positivistas). (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 08).

Barroso (2007, p. 22) posiciona-se em consonância com o entendimento, segundo o qual o pós-positivismo é a corrente que perpetrou a “confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”.

No atual sistema positivista, o magistrado quando da aplicação lei, não afere o conteúdo valorativo da norma, somente a aplica tal qual está na lei, sem verificar se ela é boa ou não, se ela é justa ou injusta, ou seja, a máxima de Montesquieu de que “o juiz é a boca da lei” se impõe. Entretanto, tal concepção não foi capaz de propiciar justiça às relações sociais, criando-se um vácuo de justiça entre a norma e a sua aplicação.

O positivismo não mais foi capaz de construir uma resposta lógica para as questões jurídicas contemporâneas, principalmente as mais complexas ou difíceis. A justiça, em muitos momentos esquecida, não mais pode ser deixada para segundo plano. A sociedade exigiu a compatibilização da segurança jurídica (ponto forte do positivismo jurídico) com a justiça (ponto de busca incessante do pós-positivismo, sem o esquecimento daquela). Com isso, surge um novo pensamento jusfilosófico denominado pós-positivismo, o qual é a base estrutural do pensamento constitucional atual, o neoconstitucionalismo. O novo constitucionalismo é estruturado filosoficamente, então, sobre os pilares do pós-positivismo. Os valores ingressam no sistema jurídico, por intermédio dos princípios, com o intuito de permitir a tomada de decisões com base em parâmetros de justiça. Mas a fixação de critérios lógicos e racionais para a tomada de decisões nos casos difíceis é uma das críticas mais correntes em relação ao modelo apresentado. O modelo pós-positivista (aproximação do direito com a moral, distinção entre princípios e regras, fixação do conteúdo da norma constitucional pelo aplicador do direito...) é proposto com o escopo de buscar compatibilidade do sistema jurídico com os anseios sociais, sobretudo nas questões difíceis. (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 129).

Em contrapartida, o pós-positivismo sustenta a busca de parâmetros de justiça ou equidade quando da aplicação concreta do direito, através da abertura valorativa do sistema, uma nova corrente que altera a forma de inserção dos valores no sistema normativo, tanto no momento da confecção da norma como na sua aplicação. Estes valores sociais são concretizados através da aplicação dos princípios normativos que norteiam a criação e aplicação da norma jurídica.

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais (BARROSO, 2007, p. 22).

Assim, a lei abre espaço aos princípios, cujo conteúdo são permeados de valores sociais, cuja elaboração se dá em consonância com as necessidades da sociedade na qual eles são aplicados, de forma que o operador do direito possui a segurança jurídica da norma objetiva, mas ao aplicá-la empreende uma leitura moral desta, na busca da realização da justiça.

Verifica-se que desde o século passado, que esta mudança está se operando na sociedade atual. Exemplo disso é o lugar que os princípios ocuparam na estrutura jurídica, migrando dos códigos para as Constituições, demonstrando a valoração de tais normas, pois são posicionados no ápice dos ordenamentos jurídicos.

Os princípios têm duas características principais: contêm os valores que a sociedade entende como estruturantes do sistema e, por outro lado, servem de carreadores desses valores para o ordenamento jurídico. O primeiro aspecto explica sua inserção nos textos constitucionais, visto que a Constituição é o ápice do sistema e os princípios jurídicos são construídos com os valores sociais máximos. Tornam-se, pois, as normas supremas do ordenamento; convertem-se em norma *normarum*, norma das normas (BONAVIDES, 2009, p. 290).

Os operadores do direito, já vem aplicando esses valores no caso concreto na medida em que olham o direito com novos olhos e não só adéquam o fato à norma posta. Todavia, o paradigma do pós-positivismo ainda está em construção, cabendo à nossa época, através do agir comunicativo, emancipar-se da alienação que sofre e agir efetivamente na busca por um direito mais justo.

CONCLUSÃO

As modificações e as necessidades sociais de cada período refletem na criação norma jurídica reguladora, de modo que atualmente ao participarmos de uma sociedade complexa, multipolarizada, necessitamos estabelecer novos critérios para a criação e aplicação do direito contemporâneo.

O modo de produção capitalista cumpriu um papel determinante no processo de evolução do Estado moderno. A globalização econômica constitui o principal desafio para a ordem social e política nascida na Europa pós-guerra. As fronteiras dos Estados já não são mais adequadas para conter as instituições que regulem a vida em sociedade.

É fundamental uma visão crítica que tire o homem de sua condição de alienado, e passe a ver o mundo que o cerca com as suas reais possibilidades, identificando os obstáculos

que impedem essa realização de modo a encontrar alternativas viáveis à superação de seus problemas.

Os cidadãos de uma coletividade democrática podem configurar o seu âmbito social e desenvolver a capacidade de ação necessária para esta intervenção. O conceito jurídico da autolegislação deve ganhar uma dimensão política a ser ampliada nos termos do conceito de uma sociedade que atua em si mesma. A sociedade pode agir sobre si de modo democrático, na criação de valores que posteriormente serão transformados em princípios a serem observados pelos aplicadores da norma a fim de efetivamente realizarem a justiça esperada pela sociedade.

Assim, somente com a modificação da consciência dos cidadãos, efetiva, através da visão crítica e do agir comunicativo, poderá mudar a autocompreensão do Estado Democrático de Direito, para que eles se compreendam como membros de uma comunidade submetidos a uma cooperação de interesses recíprocos.

O pós-positivismo, nesse sentido, vem sendo construído em resposta aos anseios de uma nova configuração social, com necessidades e expectativas diferentes das que originaram o positivismo jurídico.

Uma sociedade amadurecida politicamente e amplamente comunicativa tem maiores chances de alcançar a emancipação; as trocas de aprendizagem e o nível educativo elevado dos cidadãos possuem uma força reivindicatória capaz de assegurar uma esfera pública independente, livre da interferência da mídia, do Estado e do mercado.

A sociedade contemporânea está em busca de novos parâmetros, retomando à razão prática na criação de um novo direito, construído com base na teoria crítica, e que visa a regular as novas relações entre os indivíduos de uma sociedade complexa, multifacetada, atendendo suas novas expectativas, com o fim de efetivamente realizar a justiça e não simplesmente dizer o direito que muitas vezes não condiz com a realidade fática vivida pelos indivíduos na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, J. C. **A Contribuição de Habermas para a Hermenêutica Jurídica**. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP. Ano 3. n.6. Franca, 1998.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José “Modernidade e o novo lugar da Filosofia: a ideia de Reconstrução em Habermas”. In: **Mediações: Revista de Ciências Sociais – Sociedade e Literatura**. Londrina: v. 10, n. 01, jan/jun. 2005, p. 185-200.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A Dimensão Jurídica na Teoria Crítica de Habermas. In: **Revista Direito Vivo**. Londrina: EMAP, V. 5, n. 5, 2012, p. 7-30.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>> Acesso em: 19 mar. 2014.

BECKER, Laércio Alexandre. **O Direito na Escola de Frankfurt: balanço de uma desconfiança**. In: BECKER, Laércio Alexandre (Org.). *A Escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba/PR: EDIBEJ, 1999.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em 15 out 2014.

FIÚZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FRANKENBERG, Günter. Teoria Crítica. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz. **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. Tradução de Geraldo de Carvalho e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009.

FORST, Rainer. Jürgen Habermas: Facticidade e Validade. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz. **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. Tradução de Geraldo de Carvalho e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político**. São Paulo: Littera Mundi, 2001

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.1, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1973.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

GEUSS, Raymond. **Teoria Crítica: Habermas e a Escola de Frankfurt**. Bento Itamar Borges (Trad.) Campinas: Papirus, 1998.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAIA, Antônio. **Espaço Público e Direitos Humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana**. Revista Jurídica da PUC do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11antonio.html>>. Acesso em: 15 Out. 2014.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **Jürgen Habermas: Filósofo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUBY, Christian. **Introdução à Filosofia Política**. Tradução de Maria Leonor F. R. Loureiro. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; LONGO, Luiz Antônio. **A Constitucionalização do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WARAT, Luís Alberto. **Filosofia do direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996, p. 65.

WOLKMER, Antônio Carlos. **O Direito nas Sociedades Primitivas**. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos da História do Direito**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.