

O equilíbrio em tempos pós-modernos e pós-positivistas

Balance in post-modern and post-positivist times

Lourenço de Miranda Freire Neto¹

Priscila Luciene Santos de Lima²

Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)

Sumário: 1. Introdução; 2. Modernidade e Positivismo jurídico; 3. Pós-modernidade e Pós-positivismo jurídico; 4. O valor do equilíbrio; 5. Considerações Finais; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: No ritmo da vida, de maneira geral, passa-se por momentos de determinação, de solidez, de certeza. Tais situações são marcas do que se conhece como modernidade, um tempo que se colocou como se fosse o "fim da história". Por outro lado, tem-se, outrossim, momentos de abruptas mudanças, de liquidez, de transformações. Referidos aspectos são símbolos da pós-modernidade, vivenciada nestes "novos tempos" que suplantaram a estática moderna e são marcados por um dinamismo nunca antes visto. Da mesma forma, o direito, por estar ligado à realidade social, tem seus períodos estáticos e dinâmicos, desde o período jusnaturalista. O positivismo jurídico está ligado ao molde estático, nele ocorre a sacralização do direito posto e da manutenção da ordem jurídica; enquanto o pós-positivismo jurídico propõe uma dinamização das relações jurídicas e o questionamento da solidez estática das normas jurídicas. Neste período de transição, de repetidas e repentinas mudanças vistas no conflito entre tais modelos antagônicos, é preciso impor uma construção pautada pela equidade, com a necessária construção de um equilíbrio entre o passado estabelecido e o crescente clamor por mudanças, com foco no cuidado com a efetividade das normas e a construção de uma teoria jurídica mais pragmática, isto é, focada nos problemas de efetividade e em como os superar.

Palavras-chave: Modernidade, Pós-modernidade, Positivismo jurídico, Pós-positivismo jurídico, Equilíbrio, Efetividade.

Abstract: In the rhythm of life, in general, we go through moments of determination, solidity, certainty. Such situations are marks of what is known as modernity, a time that has become as if it were the "end of history". On the other hand, there are also moments of abrupt changes, of liquidity, of transformations. These aspects are symbols of postmodernity, experienced in these "new times" that have supplanted modern static and are marked by a dynamism never seen before. In the same way, law, because it is linked to social reality, has its static and dynamic periods, since the naturalistic period. Legal positivism is linked to the static mold, in it occurs the sacralization of the right put and the maintenance of the legal order; while legal post-positivism proposes a dynamization of legal relations and the questioning of the static solidity of legal norms. In this transition period, of sudden and sudden changes seen in the conflict between such antagonistic

¹ Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor efetivo na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

² Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito Material do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Professora Universitária e Advogada.

models, it is necessary to impose a construction based on equity, with the necessary construction of a balance between the established past and the growing cry for change, with a focus on care with the effectiveness of norms and the construction of a more pragmatic legal theory, that is, focused on the problems of effectiveness and how to overcome them.

Keywords: Modernity, Postmodernity, Legal positivism, Post-legal positivism, Balance, Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

O direito nasce como algo intrínseco à organização social, assim, traz consigo características da vida. Desta forma, tem-se que o pressuposto da vida encontra-se presente em um elemento: a água, única substância que existe, em circunstâncias normais, nos três estados da matéria, a saber, sólido, líquido e gasoso. Sua coexistência em três estados resulta na mudança contínua de um para o outro, o chamado ciclo hidrológico, um eterno fenômeno garantidor da vida humana. Os valores da vida, desta forma, imitam seu próprio elemento mantenedor, em um movimento pendular, ora sólido, isto é, estático, ora líquido ou gasoso, ou seja, dinâmico.

Atualmente, vive-se em um tempo de intensa valorização do novo. As novas tecnologias tem encurtado distâncias e lapidado uma sociedade imbuída de um anseio por velocidade, dinamismo, mudança, liquidez. O capitalismo tende, cada vez mais, ante à avidez consumista, a tornar obsoletos os produtos adquiridos. Hodiernamente, tudo é descartável; desde o aparelho de celular, até os próprios relacionamentos humanos. O que se usa hoje, amanhã já não satisfaz.

Assim, trilhando o movimento evolutivo da sociedade, o direito começou a se dinamizar, a tratar de questões antes intangíveis. O referido momento merece ser analisado com cautela, para não comprometer, por completo, a utilidade da inércia, como quem retira algo já incorporado, sem oferecer nada em troca.

É deste inexorável fenômeno evolutivo que cuida o presente trabalho, ou seja, da análise da atual liquidez da vida, passando para a liquidez do direito, em um estudo que busque defender a necessidade do equilíbrio teórico e da efetividade das normas, em detrimento da mudança pela mudança ou da destruição do passado sem razão plausível, apenas por lhe atribuir uma pecha de obsoleto.

2. MODERNIDADE E POSITIVISMO JURÍDICO

As visões da modernidade são variadas, diferentes umas das outras; às vezes, até se conflitam totalmente³. Portanto, é necessário esclarecer o ponto de vista com que estamos falando deste período histórico. Tratamo-lo como propulsor dos ideais racionalistas e positivistas, isto é, como marco de uma forma sistematizada, de um modelo paradigmático, o qual se colocava com tamanha autoconfiança, que pretendia ser imutável, corresponder verdadeiramente ao "fim da história".

Ademais, procura-se, neste artigo, a colocação da modernidade não como um período histórico que seja, ao mesmo tempo, passado e presente, mas sim, posicioná-la no passado, deixando o presente, isto é, os últimos tempos, afeito a um momento dito pós-moderno.

O constitucionalista Luís Roberto Barroso⁴, ao tentar fazer uma síntese do início do processo civilizatório, bem pontuou: "No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses - múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as

³ BAUMAN, Z. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, Zahar, 2010, p. 162.

⁴ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 3.

relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim."

Logo, ab initio, faz-se mister discorrer sobre o longo caminho trilhado pela humanidade no pretérito, tanto para podermos entender a ascensão e consolidação da modernidade, como para compreender sua decadência, ao lado do surgimento da pós-modernidade, a ser tratada no decorrer deste artigo.

Nesse diapasão, tem-se que a vida pré-moderna foi marcada por uma insegurança nas relações sociais, onde o predomínio da força, do poder, e a escassez de normas mantenedoras da paz social acabaram por constituir um momento de bruscas e constantes mudanças, onde eram incipientes os instrumentos capazes de dar certeza, coerência, solidez.

Apesar disso, surgiram alguns importantes centros de racionalidade que resultaram basilares para a era moderna. A Antiguidade Clássica foi importante promotora de ideais racionalistas, com Grécia e Roma tidas como propulsoras dos valores da civilização ocidental moderna.

Na cidade grega de Atenas, ocorreu a primeira notória construção de instrumentos hábeis a reduzir o poder político na condução da sociedade, com a edição e manutenção da supremacia das leis e a maciça participação dos cidadãos nos temas de interesse público. Com isso, Atenas é considerada o berço da nossa democracia, tendo sido uma cidade assaz estável e segura.

A República Romana foi outro importante paradigma de mitigação do poder e de tentativa de estabilização das relações sociais. Com instituições fortes e respeitadas, como o Senado, as Assembléias e os Cônsules, conseguiu-se um controle recíproco que acabou por trazer certa solidez. Apesar disso, em razão das inúmeras guerras vividas, os comandantes militares passaram a concentrar o poder, evadindo-se do controle efetivo das instituições políticas, o que gerou o fim de Roma.

Com a derrocada do Império Romano, o mundo passou por um momento de intenso dinamismo. O Período Feudal foi marcado pela existência de vários senhores de terra espalhados, exercendo o controle sobre suas propriedades e sobre seus vassalos.

A partir da Idade Média, houve uma tentativa de restabelecer-se a concentração de poder, em virtude da junção de aspectos como a aversão à insegurança gerada pela pluralidade de poderes e o ressurgimento de um forte comércio, o que, conforme Barroso⁵, "levaria à formação dos Estados nacionais como organização política superadora dos modelos muito amplos e difusos (papado, império) e dos muito reduzidos e paroquiais (tribos, feudos)".

Eis que surge a Idade Moderna. Trata-se de uma era, em que, conforme aduz Anthony Giddens⁶, "a ciência e, de modo mais geral, a 'razão' deveriam substituir os preceitos supostamente irrefletidos da tradição e do costume". Ou, como prefere definir Alain Touraine⁷, para quem a modernidade mostra-se como "a anti-tradição, a derrubada das convenções, dos costumes e das crenças, a saída dos particularismos e a entrada no universalismo, ou ainda, a saída do estado natural e a entrada na idade da razão."

Tem-se como palavra-chave a objetividade. A subjetividade é, como esclarece Touraine⁸, "apenas um momento necessário à aparição do espírito objetivo, depois do espírito absoluto". Com isso, o indivíduo e todo seu dinamismo perde relevância, servindo apenas de base para que o "espírito moderno" se estabeleça, de forma homogênea, absoluto na razão de todos, reinando de maneira estática.

É justamente por isso que Bauman⁹, citando Marx, descreve a modernidade como uma época resultante "de uma nova organização do esforço produtivo da humanidade -

⁵ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 9.

⁶ GIDDENS, A. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 86.

⁷ TOURAINE, A. *Crítica da modernidade*, Vozes, 2002, p. 216.

⁸ TOURAINE, A. *Crítica da modernidade*, Vozes, 2002, p. 86.

⁹ BAUMAN, Z. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, Zahar, 2010, p. 158-159.

em cujos termos as atividades dos indivíduos tinham sido ritmadas, rotinizadas, coordenadas, sujeitas a um propósito intencional", ou, inspirado por Freud, "uma época em que o 'princípio da realidade' tem predomínio sobre o 'princípio do prazer', em que as pessoas, por conseguinte, abrem mão de uma parte de sua liberdade (ou felicidade) em troca de um grau de segurança."

Na mesma linha, complementa Aduardo de Lima Catão¹⁰: "No mundo moderno, antes mesmo da questão justiça, procurou-se preservar os valores certeza, segurança, ordem e previsibilidade."

Neste período histórico, se instala e se consolida o positivismo, que, conforme seu idealizador Augusto Comte¹¹, pretendia ser a etapa final e definitiva da evolução do pensamento humano, subordinando a imaginação à observação, com a investigação apenas do observável, do concreto.

Busca-se conhecer como os fenômenos ocorrem, procuram-se as leis positivas da natureza, não mais suas causas. Assim surge, também, no campo do direito, o positivismo jurídico, visto que, conforme Catão¹², "sua autoridade enquanto saber não poderia ficar de fora das amarras epistemológicas da modernidade."

O direito, outrossim, acompanhou todas as transformações sociais vivenciadas desde a antiguidade até a modernidade. O consagrado brocardo latino *ubi societas, ibi jus* há muito sintetiza o inexorável fenômeno social, o qual preconiza que onde houver um agrupamento de seres humanos, haverá a presença, ainda que incipiente, do direito.

Desta forma, antes de se adentrar no estudo do positivismo jurídico em si, mister expor, assim como feito anteriormente com a história geral da humanidade, os caminhos trilhados pelo direito, desde as priscas eras. No decurso da história, muito teorizou-se sobre estas, sobretudo, técnicas de soluções de conflitos e pacificação social.

Ao longo da Antiguidade Clássica, passando pela Idade Média, podemos dizer, genericamente, que houve o império do chamado "jusnaturalismo". Como esclarece Bobbio¹³, todas as doutrinas jusnaturalistas "pretendem difundir uma norma da constatação de que a natureza humana é feita deste ou daquele modo, de que o homem tem naturalmente pela sua natureza esta ou aquela inclinação".

Trata-se da ideia, ainda contemporânea, do chamado direito natural, ou seja, a teoria que defende a existência de um conjunto de princípios de conduta humana que não deriva de nenhuma norma jurídica emanada do Estado, mas independe do direito positivo; encontra-se firmado em uma ética superior, que deve nortear inclusive a ação normativa estatal. É um molde, uma forma, e como forma, segundo pontua Maffesoli¹⁴, "ao mesmo tempo acumula a longo prazo as informações da espécie humana e as faz reviver no presente", sendo, portanto, "arcaica e atual."

Com o advento da modernidade, o direito consolida-se levado pela corrente positivista. Buscando o status de ciência, o positivismo jurídico passa a ditar as bases do direito. Nas contundentes e críticas palavras de Herkenhoff¹⁵, o positivismo "reduz o Direito a um papel mantenedor da ordem. Sacraliza a lei. Coloca o jurista a serviço da defesa da lei e dos valores e interesses que ela guarda e legitima, numa fortaleza inexpugnável". Bobbio¹⁶, por sua vez, aduz o seguinte: "Se desejarmos tentar precisar a característica fundamental das definições positivistas, veremos que esta é representada pelo fato de que as mesmas procuram estabelecer o que é o direito prescindido de seu conteúdo, vale dizer, da matéria por este regulada; isto porque o conteúdo do direito é infinitamente variado."

¹⁰ CATÃO, A. L. "O alcance da lógica clássica no âmbito da decisão jurídica", em VV.AA. (Feitosa, E.; Freitas, L. coord.), *O direito como atividade judicial*, Bagaço, Recife, 2009, p. 233.

¹¹ COMTE, A. *Discurso preliminar sobre o espírito positivo*, Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002, p. 37.

¹² CATÃO, A. L. "O alcance da lógica clássica no âmbito da decisão jurídica", em VV.AA. (Feitosa, E.; Freitas, L. coord.), *O direito como atividade judicial*, Bagaço, Recife, 2009, p. 231.

¹³ BOBBIO, N. *Locke e o direito natural*, Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 63.

¹⁴ MAFFESOLI, M. *O ritmo da vida: variações sobre o imaginário pós-moderno*, Record, 2007, p. 62.

¹⁵ HERKENHOFF, J. B. *Para onde vai o direito?: reflexões sobre o papel do direito e do jurista*, Livraria do Advogado, 1997, p. 16.

¹⁶ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico - Lições de filosofia do direito*, Ícone, 1995, p. 145.

A procura por uma objetividade de carácter científico afastou o Direito da moral e, por consequência, de valores transcendentais, valendo apenas a norma emanada do Estado, deixando de lado o subjetivismo de conceitos como o de justiça, que pode ser aplicado de forma dinâmica, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. A despeito disso, buscou-se criar uma teoria do Direito, fundada em juízos de fato, e não de valor. Bobbio¹⁷ assim complementa: "Este modo de definir o direito pode ser chamado de formalismo jurídico; a concepção formal do direito define portanto o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo - isto é, considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece."

Desta forma, restringiu-se o ângulo de estudo do operador jurídico ao direito posto, isto é, ocorreu, como pontua Reale¹⁸, uma autolimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estatalidade do direito. Trata-se da construção do que conhecemos por Ciência Dogmática do Direito, que, conforme Tercio Sampaio Ferraz Junior¹⁹: "Explica que os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procurem sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente. Essa ordem que lhes aparece como um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação. Ela constitui uma espécie de limitação, dentro da qual eles podem explorar as diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis."

Tais fatos decorreram do ideário dominante, o qual buscava dar racionalidade e determinação para as relações jurídicas. Portanto, operou-se a limitação do poder, seja do governante, seja do próprio intérprete, com a supremacia do direito posto, objetivo, conhecido, respeitado e aplicado, em tese, por e para todos, como pressuposto de segurança.

3. PÓS-MODERNIDADE E PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

A despeito da tentativa moderna de se colocar como uma era perpétua, o discurso pós-moderno tratou de vislumbrar esse passado imediato como um episódio fechado e, em seguida, passou a colocar-se como um ideal substitutivo deste paradigma, agora, arcaico. Bauman²⁰ é preciso: "Essa parte da história, que agora chega ao fim, poderia ser chamada, na falta de nome melhor, de era do hardware, ou modernidade pesada".

Os diversos conceitos institucionalizados perderam força, gerando o esfacelamento do antigo discurso de solidez, ou seja, da tentativa de impor um modelo fixo, o moderno. Conforme expõe Anthony Giddens²¹: "A ideia de que as condutas humanas podem e devem colocar-se inteiramente no interior da racionalidade e de seu universalismo será contestada".

Posteriormente, arremata o sociólogo britânico: "A vida emocional da civilização moderna não estava inscrita na filosofia do Iluminismo, e ficou alheia àqueles esforços científicos e tecnológicos que foram tão fundamentais para os efeitos cintilantes da modernidade"²².

Logo, o subjetivismo passa a sobrepor o objetivismo, e com a valorização das ações humanas, conforme nos lembra Hannah Arendt²³, "desencadeiam-se processos de resultado imprevisível, de sorte que a incerteza, mais que a fragilidade, passa a ser o carácter decisivo dos assuntos humanos."

¹⁷ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico - Lições de filosofia do direito*, Ícone, 1995, p. 145.

¹⁸ REALE, M. *Lições preliminares de direito*, Saraiva, 2001, p. 143.

¹⁹ FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, Atlas, 2011, p. 25.

²⁰ BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Zahar, 2001, p. 132.

²¹ GIDDENS, A. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 67.

²² GIDDENS, A. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 86.

²³ ARENDT, H. *A condição humana*, Forense Universitária, 2010, p. 289.

Assim, surge o que convencionou-se chamar de pós-modernidade, ou, como prefere Bauman²⁴, uma "modernidade líquida", um tempo em que "a mudança em questão é a nova irrelevância do espaço, disfarçada de aniquilação do tempo".

Na dicotomia criada em sua obra, Bauman²⁵ retrata a modernidade em si, que convencionou chamar de "modernidade sólida" ou "pesada", como uma era em que, citando Durkheim, "ações que têm uma qualidade duradoura são dignas de nossa volição, apenas prazeres duradouros são dignos de nossos desejos".

Em sua metáfora com o ciclo hidrológico, vê-se uma liquefação do que antes era sólido, assim, de forma oposta ao que antes era estático, na pós-modernidade, isto é, na "modernidade líquida" ou "leve", segundo o sociólogo polonês, há o abandono do próprio Estado em promover valores como "certeza, segurança e garantias", criando um dinamismo de vida sem precedentes.

Vive-se em tempos voláteis, sem contornos definidos, sem conceitos prontos, sem determinações. Conforme define o sociólogo indiano Krishan Kumar²⁶: "Temos aqui o mundo pós-moderno: um mundo de presente eterno, sem origem ou destino, passado ou futuro; um mundo no qual é impossível achar um centro ou qualquer ponto ou perspectiva do qual seja possível olhá-lo firmemente e considerá-lo como um todo; um mundo em que tudo que se apresenta é temporário, mutável."

Luís Roberto Barroso²⁷ enumera, com precisão, algumas características destes "novos tempos": "Na Política, vive-se a ampliação do espaço privado e a desconstrução do Estado tradicional, pela privatização e pela desregulamentação. No Comportamento, consolidou-se o gosto pela imagem, pela análise condensada, a impressão superficial. A vitória do efêmero e do volátil sobre o permanente e o essencial... As coisas são novas por vinte e quatro horas."

Isso reflete o fato de que as pessoas estão inseridas em uma "vida líquida"; deve-se manter um caráter de liquidez, para se encaixar nas variadas formas que surgem, se desfazem, e ressurgem, com uma rapidez impressionante.

Nada mais se solidifica na sociedade, pois, segundo explica Bauman²⁸, "as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir."

Por fim, no âmbito deste momento de transição e incertezas pelo qual tem passado a humanidade, é necessário indagar, conforme fez Touraine²⁹: "Podemos conceber uma nova situação histórica, um novo tipo de sociedade onde a modernidade seja definida, não por um princípio único e totalizador, mas, ao contrário, por novas tensões entre a racionalização e a subjetivação?". Eis o mundo pós-moderno.

Hoje, portanto, no contexto da pós-modernidade, ocorre a consagração do hodierno momento do direito, a saber, sua fase pós-positivista. Tal movimento é muito mais uma fase de resgate da necessária conexão do direito com a moral, de tentativa de subjetivar a razão, que um rompimento total com o positivismo.

Pelo contrário, como aduz Calsamiglia³⁰, "la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas".

Desta forma, o sistema jurídico continua com uma forte presença do direito positivado, de regras aprovadas sob rigoroso processo legislativo, no entanto, tal sistema

²⁴ BAUMAN, Z. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, Zahar, 2010, p. 136.

²⁵ BAUMAN, Z. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, Zahar, 2010, p. 211.

²⁶ KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*, Zahar, 1997, p. 152.

²⁷ BARROSO, L. R. "A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo", em VV.AA. *Temas de Direito Constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 51.

²⁸ BAUMAN, Z. *Vida líquida*, Zahar, 2009, p. 7.

²⁹ TOURAINE, A. *Crítica da modernidade*, Vozes, 2002, p. 95.

³⁰ CALSAMIGLIA, A. "Postpositivismo", *Revista Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 21-I, p. 209.

passa por uma fase de resgate dos valores éticos, da equidade, em detrimento da sacralização do direito posto. Barroso³¹ explica que há certa deferência ao ordenamento positivo, mas com a introdução de conceitos como justiça e legitimidade.

Como visto, o direito e a sociedade estão umbilicalmente ligados. Portanto, não é pertinente, sobretudo levando-se em consideração o atual estágio de dinamismo social em que a humanidade se encontra, querer manter uma ordem jurídica posta, estável, imutável.

Nessa esteira, Touraine³² expõe com sapiência e precisão os problemas do positivismo clássico: "A franqueza do positivismo vem do fato dele ser estranho às tradições culturais às quais ele se opõe. Ele se dedica inteiramente a resolver o problema do presente: como reintroduzir ordem no movimento? E a solução que ele propõe situa-se somente ao nível da sociedade concebida como um organismo que necessita ao mesmo tempo da diversidade de seus órgãos e da unidade da vida e da energia. Mas que resposta ele traz ao mais importante debate do pensamento dos séculos XVII e XVIII: a difícil conciliação entre o direito natural e o interesse individual, o universal e o particular, a razão e a sensação?"

Em razão disso, acredita-se não ser possível a aplicação coerente do direito, por meio de uma robotizada subsunção. Neste ponto, nota-se um grande afastamento da teoria positivista tradicional. Nas palavras de Luís Roberto Barroso³³: "Além de não ser neutro, o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do direito. Mesmo o emprego dos mecanismos do direito posto conduz a resultados conflitantes, diante das possibilidades abertas pelo texto, circunstância que se torna ainda mais ostensiva quando se trate de normas constitucionais."

Desta feita, Nelson Nery³⁴ elenca como fatores estruturantes do pós-positivismo, em primeiro lugar, um novo paradigma de compreensão das relações entre direito, moral e política, bem como, em um segundo momento, uma crítica severa à concepção formalista do positivismo jurídico.

Neste contexto, eis que surge a era dos princípios, esses postulados abstratos que autorizam o intérprete a adequar a solução dos conflitos a valores maiores, mesmo que, a primeira vista, em detrimento das regras, por meio de mecanismos de ponderação.

Conforme explica Paulo Bonavides³⁵, a teoria dos princípios surge, na fase pós-positivista, tendo passado da especulação metafísica e abstrata para a seara do concreto e positivo, com a saída da ordem jusprivatista, ou seja, sua antiga inserção nos códigos, para a órbita juspublicística, isto é, seu ingresso nas Constituições.

Assim, operou-se a proclamação da normatividade principiológica. Tem-se, hoje, regras e princípios como espécies do mesmo gênero norma, apesar da natureza programática dos últimos. Para Ana Paula Barcellos³⁶, eles passaram a comportar-se como verdadeiras regras de aplicação, fato nuclear da construção do direito pós-positivo.

Além disso, viu-se, como corolário deste processo, o advento da hegemonia e preeminência dos princípios sobre as regras. A objetividade de outrora faria o choque das regras resultar em exclusão de uma, ao passo que, atualmente, no campo dos princípios, há a coexistência resolvida com variadas ponderações, diante dos inúmeros casos concretos.

Ademais, existirão, dentre outros, conflitos entre a letra literal da lei e os valores contidos nos princípios, norteadores da criação das próprias regras. Portanto, nesses

³¹ BARROSO, L. R. *A nova interpretação constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Renovar, 2003, p. 72.

³² TOURAINE, A. *Crítica da modernidade*, Vozes, 2002, p. 83-84.

³³ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*, Saraiva, 1999, p. 268.

³⁴ NERY JUNIOR, N. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

³⁵ BONAVIDES, P. *Direito constitucional*, Malheiros, 2001, p. 294.

³⁶ BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, Renovar, 2011, p. 63.

casos, como expõe Herkenhoff³⁷, a novel teoria prega que: "Se há um conflito entre a lei e a Justiça, prevaleça a Justiça, por fidelidade à própria lei, que não é um amuleto, mas deve ter como fim a Justiça, o bem comum, os valores oriundos da ética, o progresso, o avanço da sociedade em direção a maior Justiça, melhor distribuição dos bens, maior igualdade."

Há de se concluir, portanto, que o valor maior a ser preservado pelos ideais destes tempos é, sem dúvida, o da justiça, como verdadeira equidade, atingida mediante a ponderação dos postulados genéricos norteadores da criação das próprias regras.

Como pontua Heck (1998, 198-199)³⁸, "a palavra justiça sinaliza um nível superior, denominado suprapositivo", para depois concluir: "prevalecerão princípios de direito, com o resultado de que a mera admissão da diferença entre lei e direito revida a tese imputada ao direito positivo de que *lex est lex*".

Apesar do alubrimento que toda essa novel teoria pode gerar, "importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico"³⁹.

Assim sendo, muito mais que, de maneira eufórica, querer enaltecer as belezas e conquistas pós-positivistas, ou mesmo crucificar o positivismo e criticar o atraso que o mesmo poderia ter trazido à teoria dos direitos humanos e fundamentais, buscaremos arrazoar sobre efetividade, considerando que a ascensão de conceitos abstratos de certo modo acabou por afastar o direito de sua concretude.

4. O VALOR DO EQUILÍBRIO

Na natureza, em determinada temperatura, a água possui um momento em que o sólido começa a se liquefazer, bem como o líquido começa a se solidificar. Assim, nota-se que, na seara da dicotomia entre a solidez e a liquidez, entre a estática e a dinâmica, reside, irremediavelmente, um ponto de intercessão, de fusão.

Desde a Antiguidade, Aristóteles⁴⁰ já defendia a ideia de justiça como verdadeira equidade; para ser justo, dever-se-ia trilhar o chamado "caminho do meio". Nas palavras do pensador clássico: "a respeito da justiça e da injustiça devemos examinar a que sorte de ações, de fato, se referem, que espécie de mediação é a justiça e de que extremos o justo é o meio."

Nessa esteira, acredita-se, reconhecendo a importância das posições mais extremistas, as quais tem a função de promover mudanças, de adequar o direito, o mais rápido possível, à realidade social, que o intérprete deve olhar para o passado buscando encontrar nuances positivas a serem aproveitadas, isto é, unidas aos novos conceitos, na construção de um paradigma hodierno.

Conforme afirma Humberto Ávila⁴¹, tratando do novel momento vivido pelo direito: "Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico". Logo, é salutar manter determinada cautela, quando estar-se diante de tempos líquidos, mutáveis, como o atual.

Bauman⁴² igualmente questiona este ideário tido como de libertação, da busca por uma mudança frenética e contínua: "A libertação é uma benção ou uma maldição? Uma maldição disfarçada de benção, ou uma benção temida como maldição?". E, ao tentar

³⁷ HERKENHOFF, J. B. *Para onde vai o direito?: reflexões sobre o papel do direito e do jurista*, Livraria do Advogado, 1997, p. 23.

³⁸ HECK, J. N. "Direito positivo e suprapositivo", em VV.AA. (FELIPE, S. T. coord.), *Justiça como equidade - Simpósio internacional sobre a justiça*, Insular, Florianópolis, 1998, p. 198-199.

³⁹ ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, 2008, p. 23.

⁴⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, Editora Abril Cultural e Industrial S.A., 1973, p. 213.

⁴¹ ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, 2008, p. 23.

⁴² BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Zahar, 2001, p. 26.

responder tais indagações, tende "a aceitar que os homens podem não estar inteiramente equivocados quando questionam os benefícios que as liberdades oferecidas podem lhes trazer."

Desta forma, como meio de evitar todos esses problemas que podem surgir em um contexto de abrupta mudança, atingindo-se um adequado equilíbrio, é mister que reflitamos antes de simplesmente suplantar o passado e cometer o grave equívoco de desenvolver uma teoria crítica muito mais niilista que construtivista, ou de enaltecer conceitos tão amplos e vagos como justiça, dignidade da pessoa humana, legando ao arbítrio de poucos a solução de problemas, a qual poderia estar previamente estabelecida e amplamente conhecida.

Conforme explicita Streck⁴³: "Dito de outro modo, o direito do Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça. Isso porque, de um lado, corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente. (...) Por tudo isso, é preciso ter claro que o estabelecimento das bases para a construção de discursos críticos é uma tarefa extremamente complexa e que não se faz sem ranhuras."

A construção da teoria dos direitos humanos e fundamentais, desde o mero reconhecimento, até a defesa da afirmação dos aludidos direitos, é tema de relevo jurídico e social, sobretudo, como vimos, no atual momento dito neoconstitucional, pós-positivista.

A característica mais marcante dos Direitos Humanos e Fundamentais é a da historicidade. São garantias históricas e que acompanham a humanidade durante sua evolução social, seu progresso. Ademais, possuem como marco uma novel concepção de sociedade egressa da era moderna.⁴⁴

Desta forma, é mister tratar desses direitos basilares sob sua perspectiva evolutiva. Neste contexto, verificaremos a presença sempre de uma dicotomia entre o aspecto universal e o caráter local. Esta ambivalência serve como mote, inclusive, para diferenciar expressões utilizadas frequentemente como sinônimas.

Direitos do homem ou direitos humanos são direitos vistos sob o ponto de vista universal, ou seja, servíveis para os diversos povos, em diversos locais e épocas. Já os direitos fundamentais cuidam do ingresso desses direitos humanos em uma ordem local, ficando limitado pelo tempo e pelo espaço.⁴⁵ Começaremos a análise sob o ponto de vista geral, ou seja, pelo conceito direitos do homem. A tentativa de universalização de direitos inerentes a toda pessoa humana é antiga e remonta à teoria jusnaturalista.

É certo que o Direito Natural é um conceito vindo desde a época clássica, mantendo-se inabalado na Idade Média, sendo difundido, inclusive, durante a Idade Moderna.⁴⁶ No entanto, dentre outros fatores teóricos, em virtude da ascensão da ampla codificação trazida pelo positivismo jurídico, já estudado anteriormente, a ideia de Direito Natural foi sendo duramente criticada e dissolvida completamente.⁴⁷

Recentemente, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a constatação global das atrocidades vividas no holocausto, o conceito de Direitos globais ganhou nova força, tendo por base um fundamento filosófico exposto no princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁸.

Isso ocorre pois, em uma visão kantiana, verificamos no mundo social duas espécies de valores: o preço (preis) e a dignidade (Würden). Se, por um lado, o preço é a

⁴³ STRECK, L. L. "Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?", *Revista NEJ - Eletrônica*, 40 Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010, p. 164/166.

⁴⁴ BOBBIO, N. *A era dos direitos*, Elsevier, 2004, p. 2.

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, 1998, p. 259.

⁴⁶ BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*, Brasiliense, 1996. p. 13.

⁴⁷ BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*, Brasiliense, 1996. p. 13.

⁴⁸ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 250-251.

manifestação de um valor exterior (de mercado) e cuida de interesses particulares; a dignidade reflete um valor interior (moral), sendo de interesse geral, razão pela qual se situa, como dito, na base filosófica dos direitos humanos. Já que, "as coisas têm preço; as pessoas, dignidade".⁴⁹

O documento marco desse momento foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que começa afirmando "que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

O contexto histórico aqui é de superação de um período anterior de intensa beligerância, com Guerra Mundial e crimes horrendos contra a humanidade, como o do genocídio. Da mesma forma, há que se suplantar a prática do totalitarismo, visto amplamente nos regimes nazifascistas.

Logo, falar de direitos humanos hoje é afirmar dois conceitos: democracia e paz. A efetivação da proteção dos mesmos passa pela construção da paz global. Além disso, a democracia é a base para surgimento de uma Constituição apta a positivizar localmente esses direitos, fazendo nascer, nos variados tempos e localidades, os direitos fundamentais.⁵⁰

A teoria dos direitos fundamentais tem se notabilizado gradualmente, sobretudo a partir da Revolução Francesa. Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram motes para a criação, basicamente, de três gerações de direitos fundamentais⁵¹.

Em um primeiro momento, sob a bandeira da liberdade, tivemos garantidas diversas prestações negativas, ou seja, deveres inerentes ao não fazer, como forma de proteção do homem, sobretudo, contra o arbítrio estatal. Assim, neste período inicial, foram garantidas as preservações da propriedade, da liberdade, da vida, tudo por meio de atos de abstenção, tanto do Poder Público, como dos particulares. Além disso, criaram-se mecanismos de participação popular ativa no processo decisório, político, do Estado, os chamados direitos políticos, consagrados no direito ao voto.⁵²

Em uma segunda etapa, sob o estandarte da igualdade, ingressaram nas Constituições deveres de atuação positiva, concreta, real, isto é, obrigações de fazer, a saber, o direito de ter garantido o acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à previdência social etc. Há, neste ponto, uma imposição de ação, com vistas a obter uma igualdade material entre os cidadãos. Todos devem ter asseguradas as mesmas condições de satisfazer necessidades básicas, de forma universal, indistinta.⁵³

Em um terceiro ponto, a fraternidade surge como mote para "uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada"⁵⁴. Assim, o direito a um meio ambiente equilibrado, bem como, todos os outros hodiernos direitos difusos, trasindividuais, metaindividuais, tiveram proteção assegurada como de natureza fundamental.

Toda essa realidade veio alicerçada em três mudanças de paradigma. Primeiramente, a força normativa da Constituição, a promoção "do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. (...) sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado"⁵⁵. Em segundo lugar, na expansão da jurisdição constitucional. "A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo

⁴⁹ MORAES, M. C. B. "O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo", em VV.AA. (SARLET, I. W. coord.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 115.

⁵⁰ BOBBIO, N. *A era dos direitos*, Elsevier, 2004, p. 203.

⁵¹ FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*, Saraiva, 2005, p. 57.

⁵² FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*, Saraiva, 2005, p. 57.

⁵³ FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*, Saraiva, 2005, p. 57.

⁵⁴ ARAÚJO, L. A. D.; SERRANO JÚNIOR, V. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 2010, p. 139.

⁵⁵ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 262.

político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário”⁵⁶. Em terceiro lugar, a reelaboração da doutrina da interpretação constitucional, onde destacamos “a reabilitação da razão prática como fundamento da legitimação das decisões judiciais”⁵⁷.

Portanto, a pedra fundamental na construção dos direitos fundamentais são as Constituições Democráticas. Será no Estado Democrático de Direito que eles terão maior base teórica e maiores mecanismos de concretização social. Como, neste modelo de Estado, os direitos convergem para a pessoa humana, os valores estarão orientados pela dignidade.⁵⁸

Por outro lado, há toda uma evolução dos modelos estatais até o advento deste momento. O Estado Liberal Primitivo, fruto das primeiras revoluções liberais, seguido das primeiras Constituições escritas, dos Estados Unidos, em 1787, e da França, em 1791, nos trouxe o princípio da primazia da Constituição e a afirmação das primeiras liberdades individuais, públicas e políticas.⁵⁹

Posteriormente, O Estado Social, vivido pioneiramente com as Constituições mexicana, de 1917, e alemã, de 1919, aprofundou as garantias individuais, públicas e políticas, de maneira a expandi-las às camadas mais populares, criando uma série de direitos coletivos.⁶⁰

Por fim, como já dito, vimos o advento do chamado Estado Democrático de Direito, inaugurado nas Constituições da França (1946), Itália (1947) e Alemanha (1949). No Direito pátrio, este novo paradigma veio por meio da Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, promulgada no período da redemocratização, após o rompimento com a ordem ditatorial instalada no país, a partir de 1964.

A Carta Política de 1988, no que tange ao seu núcleo essencial relacionado aos direitos fundamentais, está no mesmo nível das mais modernas Constituições dos países de primeiro mundo. Seu catálogo de direitos manteve garantias clássicas importantes, como a dos direitos civis e políticos, trouxe o aprofundamento de diversas conquistas sociais, um enorme e benéfico fortalecimento de importantes instituições, além de ter garantido a consagração de novos direitos, sobretudo de diversos grupos de minorias.⁶¹

Em virtude disso, muitos críticos já se levantaram ironizando a imensidão de conquistas enumeradas no texto constitucional, pontuando que os constitucionalistas tentaram ser modernos e politicamente corretos ao extremo, esquecendo de calcular os custos e as possibilidades de efetivação das normas. Em síntese, olvidaram que, no campo das prestações positivas, não se deve prometer o que não se pode cumprir.⁶²

Nessa esteira, a despeito de toda a tentativa de construção e valoração dos direitos fundamentais, bem como, sua densa e vasta positivação local, com a edição da Carta Magna de 1988, a realidade social muito dista das conquistas teóricas.

Vivenciamos a edição de uma legislação tipicamente simbólica, isto é, construída para confirmar valores sociais e demonstrar a suposta ação estatal na formação do sistema jurídico-protetivo, ao passo que se posterga a solução dos conflitos⁶³. Desta feita, nossa Constituição é tida como texto alegórico justamente pela marca da “hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais”⁶⁴.

⁵⁶ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 263.

⁵⁷ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 266.

⁵⁸ DELGADO, M. G. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, 2013, p. 27.

⁵⁹ DELGADO, M. G. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, 2013. 37-38.

⁶⁰ DELGADO, M. G. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, 2013, p. 39-40.

⁶¹ MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 2009, p. 205.

⁶² MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 2009, p. 205.

⁶³ NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*, Martins Fontes, 2007, p. 34.

⁶⁴ NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*, Martins Fontes, 2007, p. 41.

Assim, mais de vinte e cinco anos após sua promulgação, as garantias, nem mesmo as mais basilares, chegaram no cotidiano de grande parte dos cidadãos brasileiros. Portanto, acreditamos que a construção deste equilíbrio passa pela atribuição de uma visão mais pragmática ao tema dos direitos fundamentais, em busca de solução prática e imediata para os problemas vivenciados.

Os embasamentos teóricos carregam consigo uma alcinha de corrente filosófica quase sempre finalizada com um "ismo". Por sua vez, referidos termos são notadamente problemáticos, pois expressam diferentes pensamentos rotulados por um conceito único, muitas vezes incapaz de expressar com coerência todas aquelas teorias. O pragmatismo é um pouco mais simples de lidar, sobretudo quanto ao seu surgimento.⁶⁵

O termo pragmatismo foi cunhado, pela primeira vez na filosofia, por Charles Peirce, em 1878. Para ele, todas as nossas crenças seriam regras de ação. Assim, para se desenvolver qualquer pensamento coerente, deveríamos analisar se aquele questionamento suscitado possui alguma diferenciação quando aplicado na realidade, isto é, no plano dos fatos, e não apenas no das ideias.⁶⁶

A interpretação pragmática pressupõe analisar todos os conceitos trabalhados pensando nas suas respectivas consequências práticas. Pois, caso, diante de um diferencial teórico, não se verifique qualquer diferença prática, então aquelas teorias significam praticamente a mesma coisa.⁶⁷

O pensamento pragmático possui a vocação de capturar e nos mostrar a importância, a utilidade, das mais diversas fontes de conhecimento. Assim, no ponto de vista legal, ele analisa o direito de forma orientada pelo resultado, isto é, de maneira instrumental.⁶⁸

Já no que diz respeito ao específico ramo dos direitos sociais, ou melhor, à aplicação do Pragmatismo aos mesmos, temos que ela pressupõe um afastamento das grandes discussões éticas, acompanhado da valorização dos problemas enfrentados pelos titulares das garantias fundamentais na prática cotidiana. A abordagem passa a ser voltada a como esses atores entendem e desenvolvem suas ações, bem como, às consequências delas.⁶⁹

Assim, acreditamos que o tema dos direitos fundamentais, ou seja, como já exposto, a gama de direitos humanos presentes em determinado local e época, precisa ser vista com esse enfoque, sob pena do grande debate teórico vivido para sua afirmação e ingresso nas Constituições ter sido plenamente inútil, caso a população não possa gozar efetiva e diretamente dos direitos que foram assegurados formalmente.

No Brasil, este norte se torna ainda mais necessário, tendo em vista o grande abismo vivido entre nossos Diplomas Legais e sua efetividade. A constatação que, no plano interno, os direitos fundamentais tem sido tão somente "chancelas formais de estruturas que não lhe são próprias"⁷⁰, é notória.

Por outro lado, o completo abandono teórico não pode ser defendido nem propagado. Não pretendemos dissociar os problemas de ordem prática da teoria dos direitos fundamentais, mas sim, enxergar as duas realidades de forma complementar, conjunta.

A crítica que fazemos aqui é contra a adoção de uma teoria dos direitos fundamentais puramente teórica, como temos visto em diversas produções sobre o tema, sem atribuir a ele o necessário ponto de vista prático. Não pretendemos, no entanto, cair em uma visão maniqueísta de querer olvidar de tudo que seja teoria, mas pautar-se pela visão de concretização das normas constitucionais.

⁶⁵ BERNSTEIN, R. J. *The pragmatic turn*, Polity Press, 2013, p. 1-2.

⁶⁶ JAMES, W. *Pragmatism*, Dover Publications, 1995, p. 18.

⁶⁷ JAMES, W. *Pragmatism*, Dover Publications, 1995, p. 18.

⁶⁸ LUBAN, D. "What's pragmatic about legal pragmatism?", em VV.AA. (DICKSTEIN, M. coord.). *The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture*, Duke University Press, Durham, 1998, p. 275.

⁶⁹ HERING, J. *Medical law and ethics*, Oxford University Press Inc., 2008, p. 23-33.

⁷⁰ MASCARO, A. L. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*, Quartier Latin, 2008, p. 103.

Logo, ordenamento jurídico e realidade devem ser vistos em um contexto indissociado, pois: "A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas."⁷¹

Assim, "a radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) não leva a qualquer avanço"⁷². Portanto, urge uma mudança de foco na teoria dos direitos humanos, no contexto pós-positivista, para se desenvolver uma equilibrada abordagem científica dos problemas de efetividade e de como os superar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história, a humanidade passou por variados momentos e maneiras de vislumbrar a vida. O período anterior à modernidade, foi marcado por insegurança nas relações sociais, as quais estavam submissas à força e ao poder.

No entanto, já na Antiguidade Clássica, verificou-se certos focos de promoção de ideais racionalistas (Grécia e Roma). Adiante, diante do anseio de concentração oposto à estrutura feudal, levantaram-se as bases para a construção do Estado Moderno, equilíbrio entre a ampla (império) e reduzida (feudos) concentração.

Desta forma, surgiu a Idade Moderna, levada por ideários racionalistas, de busca de objetividade, de sistematização. Intentou-se a promoção de paradigmas de certeza, segurança, ordem, concretude. Nasceu o positivismo clássico e, por conseguinte, o positivismo jurídico.

Acompanhando o mesmo ritmo de evolução social, o direito passou do momento jusnaturalista, o qual atribuía relevância para o aspecto subjetivo do indivíduo, que possuiria inclinações naturais de ordenação de condutas, para o tempo positivo, das leis postas, do ordenamento jurídico formalmente desenvolvido e delimitado, existente como um cânon. Qualquer situação só poderia ser analisada dentro dos limites já traçados.

Já a vida pós-moderna é uma vida marcada pela desconstrução dos paradigmas da modernidade, pelo advento das incertezas do subjetivismo que nos afastam da segurança e nos aproximam da liberdade. Vive-se em tempos líquidos, mutáveis, onde as formas se mantêm por períodos diminutos.

O direito mais uma vez acompanhou o momento social, com o pós-positivismo jurídico, o qual enxergou que o direito não tem a objetividade que se proclamara, sendo impossível atingir seus fins, como a justiça, por meio da mera subsunção dos fatos às normas.

Surgiu a teoria dos princípios, a qual elevou esses postulados genéricos, possíveis de adaptarem-se ao caso concreto de maneira mais justa, à categoria de normas, atribuindo-lhes ação normativa maior que a das próprias regras.

No entanto, a euforia do momento não pode servir de mote para liquefazer de vez as relações, sobretudo as jurídicas, devendo-se ter a devida cautela que esses tempos líquidos exigem e construir, com equilíbrio, uma teoria mais pragmática para os direitos fundamentais, tendo como norte sua efetividade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, H. *A condição humana*, Forense Universitária, 2010.

ARAÚJO, L. A. D.; SERRANO JÚNIOR, V. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 2010.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, Editora Abril Cultural e Industrial S.A., 1973.

⁷¹ HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14-15.

⁷² HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14-15.

- ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, Renovar, 2011.
- BARROSO, L. R. *A nova interpretação constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Renovar, 2003.
- BARROSO, L. R. "A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo", em VV.AA. *Temas de Direito Constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*, Saraiva, 1999.
- BAUMAN, Z. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, Zahar, 2010.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Zahar, 2001.
- BAUMAN, Z. *Vida líquida*, Zahar, 2009.
- BERNSTEIN, R. J. *The pragmatic turn*, Polity Press, 2013.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*, Elsevier, 2004.
- BOBBIO, N. *Locke e o direito natural*, Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BOBBIO, N. *O positivismo jurídico - Lições de filosofia do direito*, Ícone, 1995.
- BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*, Brasiliense, 1996.
- BONAVIDES, P. *Direito constitucional*, Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, 1998.
- CALSAMIGLIA, A. "Postpositivismo", *Revista Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 21-I, Universidad Alicante, 1998.
- CATÃO, A. L. "O alcance da lógica clássica no âmbito da decisão jurídica", em VV.AA. (Feitosa, E.; Freitas, L. coord.), *O direito como atividade judicial*, Bagaço, Recife, 2009.
- COMTE, A. *Discurso preliminar sobre o espírito positivo*, Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.
- DELGADO, M. G. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, 2013.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*, Saraiva, 2005.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, Atlas, 2011.
- GIDDENS, A. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- HECK, J. N. "Direito positivo e suprapositivo", em VV.AA. (FELIPE, S. T. coord.), *Justiça como equidade - Simpósio internacional sobre a justiça*, Insular, Florianópolis, 1998.
- HERING, J. *Medical law and ethics*, Oxford University Press Inc., 2008.
- HERKENHOFF, J. B. *Para onde vai o direito?: reflexões sobre o papel do direito e do jurista*, Livraria do Advogado, 1997.
- HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- JAMES, W. *Pragmatism*, Dover Publications, 1995.
- KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*, Zahar, 1997.
- LUBAN, D. "What's pragmatic about legal pragmatism?", em VV.AA. (DICKSTEIN, M. coord.). *The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture*, Duke University Press, Durham, 1998, p. 275.
- MAFFESOLI, M. *O ritmo da vida: variações sobre o imaginário pós-moderno*, Record, 2007.
- MASCARO, A. L. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*, Quartier Latin, 2008.
- MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 2009.
- MORAES, M. C. B. "O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo", em VV.AA. (SARLET, I. W. coord.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.

- NERY JUNIOR, N. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*, Martins Fontes, 2007.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*, Saraiva, 2001.
- STRECK, L. L. "Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?", *Revista NEJ - Eletrônica*, 40 Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010, p. 164/166.
- TOURAINÉ, A. *Crítica da modernidade*, Vozes, 2002, p. 216.