

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

GUSTAVO AMANCIO CORREIA

TEORIAS DA JUSTIÇA – DA MODERNIDADE À PÓS-VERDADE

**CURITIBA
2018**

GUSTAVO AMANCIO CORREIA

TEORIAS DA JUSTIÇA – DA MORDENIDADE À PÓS-VERDADE

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção de grau de bacharelado em direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Bortolo Valle

**CURITIBA
2018**

GUSTAVO AMANCIO CORREIA

TEORIAS DA JUSTIÇA – DA MORDENIDADE À PÓS-VERDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário
Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____
Dr. Bortolo Valle

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de _____ de 2018

AGRADECIMENTOS

Ao termino de um trabalho, uma longa caminhada se fez, muitas pessoas foram contatadas e, neste momento, são lembradas com gratidão.

Primeiramente Deus, por sempre estar ao meu lado, me dando força e saúde para superar todas as dificuldades.

Agradeço, ao Dr. Bortolo Valle, que não foi apenas um orientador, mas sim um amigo e mentor ao longo desta caminhada, foi alguém em que eu pude contar em todos os momentos.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo, e por sempre dispostos a me auxiliar e presentes nos momentos mais difíceis, sem vocês atingir tais objetivos não seria possível.

A minha namorada, Maria, a pessoa que mais me apoiou e cobrou durante essa jornada, mas sempre disposta a ajudar em qualquer momento quando necessário.

E a todos que diretamente ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a evolução das teorias da justiça no ocidente, iniciando nos gregos, com o mito de Antígona, passando pelos períodos medievais com o estudo de São Tomas de Aquino e Agostinho de Hipona, pelos modernos através de um estudo do positivismo social, lógico e jurídico, e com pós-modernos analisando a crise existencial e a liquidez da sociedade, objetivando por fim entender a nova vertente dos pós-modernos a pós-verdade. Neste sentido pretende-se expor e discorrer sobre a evolução e a constante quebra dos paradigmas morais e éticos dentro da sociedade ocidental e seu reflexo no ordenamento jurídico, demonstrando a maneira que o judiciário acompanha o clamor social e seus ideais de justo, através de uma análise do direito em sua vertente moderna, descrevendo as circunstancias para o surgimento da Teoria da Justiça pós-moderna, analisar as condicionantes do direito e da Justiça em um período de subjetividade presente na pós-verdade e seus efeitos no âmbito social, da ética, da política e no judiciário.

Palavras-chaves: Pós-verdade. Modernidade. Pós-modernidade. Sociedade líquida. Paradigmas de justiça.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the evolution of theories of justice in the West, beginning with the Greeks, with the myth of Antigone, going through the medieval periods with the study of St. Thomas Aquinas and Augustine of Hippo, by the moderns through a study of social positivism, logical and legal, and with postmodernism analyzing the existential crisis and the liquidity of society, aiming finally to understand the new postmoderns post-truth. In this sense, it is intended to expose and discuss the evolution and constant breakdown of moral and ethical paradigms within Western society and its reflection in the legal system, demonstrating the way in which the judiciary follows the social clamor and its ideals of the just, through a describing the circumstances for the emergence of the Postmodern Theory of Justice, analyzing the determinants of law and justice in a period of subjectivity present in the post-truth and its effects in the social, ethical, politics and the judiciary.

Keywords: Post-truth. Modernity. Postmodernity. Company liquidates. Paradigms of justice.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.	3
2 DIREITO E A JUSTIÇA EM SUA VERTENTE MODERNA	5
2.1 Condicionantes para o surgimento da teoria moderna de justiça	5
2.2 O positivismo social de Augusto Comte	14
2.3 O positivismo lógico do círculo de Viena	16
2.4 Wittgenstein T.L.P e a clareza da linguagem.	18
2.5 O Positivismo jurídico.	19
2.6 O Positivismo jurídico de Hans Kelsen e sua teoria pura do direito.	21
3 DIREITO E JUSTIÇA NO PÓS-MODERNO	26
3.1 As condicionantes para o surgimento da pós-modernidade	26
3.2 Uma análise da banalidade do mal.	29
3.3 Pós-modernidade ou modernidade líquida.	30
3.4 Direito e Justiça Líquidos.	33
4 EFEITO PÓS-VERDADE	36
4.1 Introdução a pós-verdade ao homem e sociedade contemporâneos	36
4.2 Ficção como verdade.	37
4.3 Mercado de verdades	39
4.4 Ativismo Jurídico frente à subjetividade do julgador confrontado pela crise de representação política e social.	41
5. CONCLUSÃO	46
REFERENCIAS	46

1. INTRODUÇÃO.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a evolução das teorias da justiça no ocidente e apresentar as influências da pós-verdade dentro do sistema jurídico, social e político.

O estudo das teorias da Justiça é um tema inerente no âmbito do estudo do direito, pois ao analisar um ordenamento jurídico se espera uma vinculação ética e moral, entretanto ambas são mutáveis e a cada mudança alteram drasticamente no que se entende como justiça.

Neste sentido é importante analisar a evolução e as constantes quebras de paradigmas dentro da sociedade e seu reflexo no ordenamento jurídico, entendendo de que maneira o judiciário acompanha o clamor social e seus ideais de justo, através de uma análise do direito e sua evolução dentro da sociedade ocidental busca-se entender os questionamentos e motivos que criaram os alicerces para o surgimento da pós-verdade e toda a subjetividade que ela traz consigo.

É necessário entender e combater tal subjetividade, que abre espaço para ativismo jurídico e “judicialização do estado”, pois esta se encontra debruçada na volatilidade e na ausência de segurança jurídica em decisões proferidas neste período de pós-verdade, afetado com não apenas o judiciário, como também, a política Brasileira.

Objetivos específicos do presente trabalho: Demonstrar a evolução da teoria da justiça no ocidente, o modo à emergência da pós-verdade condiciona o Direito e a Justiça, analisar as condicionantes do Direito e da Justiça mediante ao surgimento da pós-verdade. Analisar o Direito e a Justiça em sua vertente moderna, descrever os condicionantes do surgimento do Direito e da Justiça pós-moderno e analisar a identidade do Direito e da Justiça em um tempo de pós-verdade (subjetividade).

Para concretizar os objetivos supramencionados, o presente trabalho foi desdobrado em capítulos cuja a metodologia consiste na pesquisa bibliográfica.

Inicialmente em seu primeiro capítulo, foi proposto apresentar uma visão geral da evolução jurídica e social dos ocidentais, com foco em suas teorias de justiça até adentrar na modernidade na modernidade abordando o direito e a justiça em sua vertente moderna, explicando as formas e influências do positivismo na modernidade.

O segundo capítulo vai apreciar a mudança de paradigma dos pós-modernos analisando a crise presente dentro dos indivíduos deste período e sua renegação as instituições positivistas modernas.

Finalmente, em seu terceiro capítulo, será posto em análise a pós-verdade, através de uma análise das suas condicionantes, sua influência no ocidente, para enfim demonstrar de que modo à emergência da pós-verdade condiciona o Direito e a Justiça.

2 DIREITO E A JUSTIÇA EM SUA VERTENTE MODERNA

2.1 Condicionantes para o surgimento da teoria moderna de justiça

Antes que os modernos firmassem as bases para a teoria do positivismo, antes dos pensadores medievais e sua Justiça canônica, os gregos já iniciavam, em sentido lato, uma Teoria da Justiça ocidental, conceitos como moral, ética e justo não surgiram ao acaso, mas resultam de um processo racional e argumentativo, a imensa diversidade de paradigmas na história demonstra que a Justiça é uma construção social e mutável, não uma ciência imediata e inequívoca, as mudanças sociais são reflexos dos ideais do justo, para Chaïm Perelman¹ (1999, p. 09) “Todas as revoluções, todas as guerras, todas as revoltas sempre se fizeram em nome da Justiça.” Enquanto para Proudhon² (1868, p. 44) a justiça é quem governa o mundo.

A justiça sob diversos nomes, governa o mundo, a natureza e humanidade, ciência e consciência, lógica e moral, economia política, política, história, literatura e arte. A justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade, de mais sagrado entre as noções e que as massas reclamam hoje com mais ardor. É a essência das religiões, ao mesmo tempo que a forma da razão, o objeto secreto da fé, e o começo, o meio e o fim do saber. Que imaginar de mais universal, de mais forte, de mais perfeito do que a justiça?

Assim se faz necessário uma análise histórica para o entendimento dos atuais paradigmas da Justiça, partindo do ideal grego e a sua construção do justo, suas ideias de ética e virtude e sua ligação com o direito.

Para os gregos a justiça era tanto uma virtude com uma ideia política, neste período se tem o embate entre um direito dos deuses ou natural (a *Physis*) e o direito humano (*thésis*). O homem gozava de autonomia para regular a vida comum, entretanto não poderia contrariar os deuses e os costumes em que se encontravam a ordem natural e os fundamentos.

No mito de Antígona se inicia a disputa entre a lei humana e a divina, quando Creonte proíbe o sepultamento de Polinice, seus conselheiros afirmam que sua vontade era lei tanto para os mortos como para os vivos, entretanto quando Antígona desobedece a essa disposição, afirma que tal ordem não adveio de Zeus e que a

¹ PERALMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins fontes, 1999. p. 09

² PROUDHON, P. J. **De la justice dans la révolution dans l'église**. Bruxelas: A. Schnée, 1868. p. 44

justiça dos deuses não conhecia tal regra e ademais a lei humana jamais seria forte suficiente para revogar determinações divinas.

Creonte ao aplicar a punição pelo que considerava um crime afirma³ “Aquele a quem o estado confere poder deve ser obedecido nos mínimos detalhes, sejam suas determinações justas ou injustas.” Para ele não existia maior desgraça do que a desobediência e era necessário um apego com total lealdade às leis.

Eis aqui a primeira ideia do positivismo moderno, no mito a lei estava a emprego de um déspota, para Morrison⁴ (2005, p 25) “Antígona sente-se presa a um dever normativo que transcende sua posição de súdita de Creonte”, pois não era natural, não era justo deixar de enterrar o morto, ainda assim Antígona acaba condenada por sua desobediência.

Já em Platão o tema da justiça é entendido como uma harmonia natural, ela requer que o estado construa sua autoridade integrando os diversos grupos sociais em uma unidade sócio-política, através dessa o filósofo constrói⁵ um sistema onde alguns nascem para comandar e outros para serem comandados, arquiteta um ideal em que alguns são naturalmente superiores e assim como os modernos afirma que o homem “emancipado” pela razão deveria governar, pois só se atinge a excelência humana ao utilizar a razão em sua forma plena e apenas estes conseguem implementar a justiça na sociedade, como evidência o texto de Morrison⁶ (2005, p. 41).

Platão parece seguro de que alguns podem entender o que o bem comum realmente implica, e mostra-se bastante predisposto a defender a coerção e a manipulação para chegar a tais fins. A justiça então significa algo como “o que é necessário para o funcionamento do bem comum”

Assim para Platão a aversão pela obediência e hierarquia leva ao desprezo pela lei e pelo governo, situação que agravada, gera a anarquia e favorece o surgimento de demagogos que com o tempo transforma todos em seus escravos.

³ Existe aqui um juízo de valor moderno, mesmo assim é clara a posição de Creonte colocando a lei estatal superior a qualquer juízo de moral.

⁴ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito** – Dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins fontes, 2005. p. 25.

⁵ Para Platão era impossível ascender de classe social, para ele “quem nasce cachorro, morre latindo”, assim sua filosofia respaldava a existência de escravos e de demagogos, postulava que cada um já nascia com uma alma (Ouro para os filósofos, prata para os guerreiros e bronze para os escravos) e todos deveriam seguir a risca o que determinava o que ela determinava sendo que apenas aqueles que detinham a alma de ouro poderiam governar, através de uma sofocracia

⁶ MORRISON op. cit, p. 41

Posterior as teorias de Platão surge às ideias do seu discípulo Aristóteles, em seu livro, “Ética a Nicômaco” expõe uma complexa concepção de Justiça, para ele está seria a principal dentre as virtudes, contemplando a questão de equidade, busca, através do caso concreto, fornecer a melhor resposta possível e partindo dessa premissa criou uma distinção do justo em três formas, a distributiva caracterizada pela proporcionalidade e pelo mérito, a corretiva que considera que as partes são iguais e não faz uma apreciação subjetiva e a da reciprocidade, a mais complexas das teorias, a qual se caracteriza pela proporção e não pela retribuição. Na opinião de Bittar e Almeida⁷ (2005, p. 125) Justiça para Aristóteles seria uma virtude vivida e de pratica reiterada, além de um dever social do homem.

Aquele que pratica atos justos não necessariamente é um “homem justo”; pode ser um “bom cidadão”, porém não será jamais um “homem justo” ou um “homem bom” de per si. O “bom cidadão” desaparecida a sociedade, nada carregaria consigo se não a consciência livre de ter cumprido seu dever social. O “homem bom” é, ao contrário, por si mesmo, independente da sociedade, completo em sua interioridade; a justiça lhe é uma virtude vivida, reiterada e repisada por meio da ação voluntaria.

Com a queda do império criado por Alexandre “O Grande”, aluno de Aristóteles, surge um novo expoente mundial, Roma, dentro do império surge uma nova maneira de se pensar, agora através de um caráter ontológico os romanos visualizam a justiça como uma forma do direito, Cícero a coloca como uma conquista humana fato demonstrado por Bittar e Almeida⁸ (2005, p 144) “Não se pode chegar à outra medida senão à que diz que a justiça não é inata, mas se trata de uma conquista pratica da ação humana.”

Segundo Cícero⁹ (1967, p. 51) “A virtude é uma razão perfeita; não há dúvida de que sua base é natural.” Exemplificando que existe uma norma natural e que esta, não a convenção humana, seria a solução para recorrermos e distinguirmos o justo, pois se a Justiça se fundasse sobre uma norma fundamental humana, esta sancionaria as maiores depravações. Assim a virtude se torna intrínseca ao indivíduo, pois o homem virtuoso é um homem justo.

Cícero planta a semente do pensamento medieval, ao criar seus ideais de justiça implementa a ideia de uma lei natural que estimula as virtudes e repreende os

⁷ BITTAR, E. C. B; ALMEIDA, G. A. De. **Curso de filosofia do direito**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 125.

⁸ Id. 144

⁹ CÍCERO, Marco Túlio. **Das leis**. Tradução de Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

vícios, deste modo por mais que considere uma conquista, ele coloca a justiça como algo próprio da natureza humana.

A filosofia medieval é caracterizada por forte vertente religiosa, durante todo o medievo a igreja influenciou governos, ideologias, ciência e a Justiça não fica fora deste campo, os pensadores deste período instituem como máxima a justiça divina, o livre arbítrio entre outros e tem como sua grande revolução a inserção dos “excluídos” para dentro do campo da Justiça, introduzindo a ideia de caridade (amor) para dentro da lei.

O primeiro expoente medieval é Agostinho de Hipona, dotado de caráter ontológico e existencialismo cria uma concepção do justo que é transcende as leis humanas e divinas, em sua teoria a o divino influencia o humano, sendo o ordenamento terrestre a própria lei divina, entretanto as injustiças da lei e seus desvios derivam das imperfeições do homem.

Desta forma todas as sociedades são imperfeitas e injustas, pois a “cidade dos homens” sempre vai se opor a “cidade de Deus”, assim o governo humano sempre vai ser injusto, pois o homem é dotado de imperfeições e a partir disto coloca a igreja com a missão de reformar as instituições humanas através dos ensinamentos de cristo, preparando o homem para alcançar a justiça que existe na cidade de Deus, conforme expõe Bittar e Almeida¹⁰ (2005, p. 182-183)

O que faz com que as leis humanas sejam imperfeitas, corruptas, incorretas e até mesmo injustas, não deriva da fonte de inspiração divina, mas da própria pobreza de espírito humana. Nada além do pecado original, que corrompeu a natureza humana, está por trás deste *écran* existencial, prenhe de lamentos e de sofrimentos. O homem existe, e sua natureza é corrupta; é nesse sentido que se pode dizer que o homem se desgarrou da sua origem. Não há aí mero determinismo informando a teoria agostiniana, mas uma profunda consciência de que o livre-arbítrio, sede da deliberação autônoma do homem, é seu motivo de maior queda espiritual.

A justiça terrena dentro desta compreensão, dotada dos defeitos humanos, nem sempre vai considerar injusto aquilo que pode ser considerado assim pela lei divina, segundo Bittar e Almeida¹¹ (2005, p. 184) “Agostinho introduz, no sentido de dizer que a lei divina pune e recrimina condutas compreendidas entre os delitos segundo a lei humana.” Entretanto por mais imperfeita, a lei terrena é a garantia da ordem e paz social, de tal modo que a justiça se torna a essência do ordenamento

¹⁰ BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 182-183.

¹¹ id., p. 184.

terreno, assim para se chegar ao celeste você deve seguir a lei e logo a lei passa a ser superior ao amor cristão.

Dotado de influência aristotélica, Tomas de Aquino sucede Agostinho dentro das teorias medievais, a Justiça e o Direito se voltam para o conjunto de interesses humanos, se vê aqui o início do império das leis quando Aquino introduz as quatro leis, a eterna, a divina, a natural e a Humana (positiva), segundo essa teoria o homem jamais poderia seguir uma lei que ferisse a lei eterna ou divina, como exposto por Morrison¹² (2005, P. 84)

Contudo, a criação de leis não deve ser um ato arbitrário; elas devem ser elaboradas sob influência do direito natural, que é a participação humana na lei eterna de Deus. As leis positivas devem consistir em regras específicas derivadas dos princípios gerais do direito natural. Qualquer lei positiva humana que viole o direito natural perde seu caráter de lei, torna-se “uma grande perversão jurídica” e perde sua força de direito na consciência dos homens

Logo a ética consiste exatamente em fazer o uso da razão para através da livre escolha (livre arbítrio) o homem decidir entre o justo e injusto, Aquino submete a razão à revelação divina, o poder secular ao poder divino, neste espaço o Estado e o poder político estão incluídos no plano perfeito de Deus, como conceituado por Morrison¹³ (2005 p.83), “o Estado é aquilo que São Tomas chama de “sociedade perfeita”. Assim cabe ao homem julgar, através do livre arbítrio o que é certo ou errado e através de uma atividade racional buscar fazer o bem e a justiça, assim para que se cometa um ato Justo ou injusto é necessário a vontade do agente, como disposto por Bittar e Almeida¹⁴. (2005, p. 199)

Deus não determinou o homem como escravo do destino absoluto, o que oprimiria sua liberdade de ser, de decidir e de agir; ao contrário, na teoria tomista, Deus lançou no homem, como motor universal que é (motor imóvel), a vontade para que siga no sentido do bem (o próprio Deus), podendo escolher livremente os meios para realização desse bem. Neste sentido é que se pode dizer que a razão pratica é o instrumento de que se vale o homem para eleger os meios para o alcance de fins, estes também livremente por si escolhidos.

A partir do século XIV, se tem o surgimento do renascimento na Europa, suas ideias nortearam um progressivo abandono das ideologias canônicas em detrimento

¹² MORRISON, 2005, p. 25.

¹³ Id., 2005. p. 83

¹⁴ BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 199.

de uma crescente valoração da racionalidade, da natureza e do pensamento científico, Deus perdeu seu espaço como centro do universo, lugar que agora era ocupado pelo homem racional e autônomo.

Seguindo este ideal, os iluministas buscaram consolidar o projeto da modernidade onde a humanidade, agindo segundo as suas leis, avançaria em direção a liberdade e felicidade, logo o modernismo é marcado pela tentativa de emancipação do homem e que segundo Ricardo Soares¹⁵ (2017, p. 53) “O objetivo da sociedade moderna era oferecer uma vida digna, na qual cada um pudesse realizar sua personalidade, abandonando as constrações de autoridades externas.”

Com a ascendência do iluminismo e a derrocada das teorias canônicas frente ao antropocentrismo marcante do período, o direito deixou de emanar de Deus passando a ser superior a este como evidenciado pela frase de Hugo Grócio “O Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse, ou ainda que Deus Não cuidasse das coisas humanas” é exatamente nessa concepção que se tem o início das ideias do estado de direito moderno.

Oriunda do processo de racionalização do homem se tem as grandes revoluções burguesas (Revolução francesa, gloriosa e a guerra de independência americana) tais ações colocaram os burgueses como novo poder social dentro do estado e é nesta dinâmica que surge o Estado de direito, marcado por uma estatização do direito e “jurisdicização” do Estado ambos intermediados e delimitados por um ordenamento jurídico.

Com a formação do Estado moderno surge uma estrutura monista, onde o Estado concentra todos os poderes em si, apresentava princípios dos quais ainda hoje norteiam as constituições, princípios como o da separação de poderes, que tinha objetivo suprimir os estados absolutistas e que deu origem ao fenômeno positivista, dentro deste ideal existem os três poderes, o primeiro pode o legislativo que seriam os representantes da nação e os responsáveis pela elaboração da norma, seguindo o disposto na carta magna, o segundo poder é o do executivo, que exerceria a função de administração desse estado e por fim o poder judiciário, quem tem como função a competência para julgar e dirimir conflitos.

¹⁵ SOARES, Ricardo Mauricio Freire. Hermenêutica e interpretação jurídica, 3ªed. São Paulo, 2017. p. 53.

Segundo Ricardo Soares¹⁶ (2017, p. 56) “A ideia de que os homens encontravam-se aptos a delinear um projeto racional, informa as definições clássicas de Lei e Constituição”, para os modernos a constituição é um produto da razão universal e pacto fundador da sociedade, dentro dos estados positivistas, se encontra um processo de filtragem das decisões e valorações da sociedade e através dessas se cria a norma jurídica, partindo deste procedimento a Lei se torna a própria manifestação do Direito, como evidência Ricardo¹⁷ (2017, p. 56).

O fenômeno da positivação é, pois, expressão palmar da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do Direito como um conjunto de normas postas. Ocorrido, em larga medida, a partir século XIX, corresponde à legitimidade legal-burocrática preconizada por Max Weber, porquanto fundada em ritos e mecanismos de natureza formal. A positivação desponta como um processo de filtragem, mediante procedimentos decisórios, das valorações e expectativas comportamentais presentes na sociedade, que são, assim, convertidas em normas dotadas de validade jurídica. A Lei, resultado de um conjunto de atos e procedimentos formais (iniciativa, discussão, quórum, deliberação) torna-se, destarte, a manifestação cristalina do Direito. Daí advém a identificação moderna entre Direito e Lei, restringindo o âmbito da experiência jurídica.

A visão de que a Lei gera o Direito foi amplamente difundida pelos modernos, através dessa se criou uma idolatria à lei, a burguesia quando ascendeu ao poder, passou a utilizar da aparelhagem jurídica como forma de defender seus interesses conservadores, e através de uma utopia jusnaturalista impulsionaram uma revolução legalista construindo uma mutabilidade do Direito.

Antes da sociedade moderna, o juiz não estava obrigatoriamente vinculado as normas emanadas do Estado, tinha certa liberdade para aplicar, por exemplo, regras de costumes ou se basear em critérios equitativos e tais regras estavam no mesmo patamar da lei, todavia com o advento dos modernos, este juiz foi transformado em um “autêntico funcionário do estado” e ficou subordinado ao legislativo, sendo imposto a ele apenas regras emanadas do órgão legislativo.

Assim o julgador na concepção moderna, deveria se ater a literalidade da lei ao interpretá-la durante a aplicação do direito, através de um sistema jurídico fechado e de hierarquias, o juiz partiria da norma genérica (a disposta no código) para a sua aplicação dentro do caso concreto, restringindo-se a ao disposto na lei para não invadir a competência do poder legislativo sendo as demais regras descartadas nos

¹⁶ SOARES. 2017, p. 56.

¹⁷ Ibid., p. 56.

juízo, demonstrando a superioridade do direito positivo sobre o natural como expõe Bobbio¹⁸ (1999, p. 29)

Enquanto, de fato, num período primitivo o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a aplicar ao caso sob exame tanto nos costumes quanto em critérios de equidade, e a seguir, adicionado à função judiciária aquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz, com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõem a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito.

Munido das ideias positivistas começam a surgir diversos teóricos políticos jurídicos dentro da Europa, dentre as principais teorias se tem a dos contratualistas tendo como seu primeiro grande expoente Tomas Hobbes, que defendendo uma ideia de governo absolutista conceitua um Estado de natureza selvagem, animal e injusto, transforma o homem em seu próprio predador ou em suas palavras coloca como “O homem é o lobo do próprio homem”. Neste estado natural o indivíduo é incapaz de racionalizar e por ter uma “liberdade irrestrita” acabam cometendo injustiças contra os seus semelhantes em um estado de “guerra de todos contra todos” e para cessar é necessário a criação de uma sociedade civil, tal como expõe Bobbio¹⁹ (1997, p. 37).

“Considera a igualdade material dos homens, tal como se verifica no estado de natureza, uma das causas do *bellum omnium contra omnes*, que torna intolerável a permanência naquele estado e obriga os homens a criarem a sociedade civil”.

Logo para conquistar a justiça e a paz social como conceituado por Hobbes é necessário uma convenção e um acordo de vontades, onde os indivíduos vão dispor de sua liberdade irrestrita em favor do “Leviatã” o soberano, detentor de todos os poderes sociais, um governador absoluto que vai abolir a guerra e a violência, através das leis civis que emanam dele, nesse diapasão Bittar e Almeida²⁰ (2005, p. 236) expõe a seguinte ideia.

Nesse sentido, a ditadura de um é preferível à ditadura de todos, e, instaurado o estado de guerra em condições naturais de convívio, é do estado violento que Hobbes mais procura se afastar, defendendo um modelo segundo o qual o jusnaturalismo corresponde a obedecer às leis civis emanadas do

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – Lições da Filosofia do Direito. Tradução Márcio Pugliesi. Ícone editora, 1999. p. 29.

¹⁹ _____. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Nelson Coutinho. 3ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 37

²⁰ BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 236.

soberano, e a ele se submeter de modo irrestrito, alienando-lhe todos os direitos e liberdades.

Hobbes é responsável pela quebra do paradigma canônico, até então dominante, Deus deixa de ser o centro do universo jurídico, as leis agora emanam da própria natureza e com caráter extremamente antropocêntrico coloca o homem como aquele que aprendeu sozinho e apenas utilizando da sua própria razão, os usos do direito e da justiça, abrindo o campo necessário para as futuras teorias positivistas, ocorre que, como já evidenciado anteriormente, o poder político da época estava sobre domínio dos burgueses assim as teorias de Hobbes se chocavam com os interesses da classe dominante por isso seus ideias foram rechaçados, tendo inclusive seus livros queimados por aqueles que destoavam de suas ideias.

Sucessor de Hobbes, John Locke manteve o caráter contratualistas de seu predecessor, acreditava na necessidade de um contrato social para a regular as sociedades humanas, entretanto diferente de Tomas Hobbes, ele enxerga o Estado de natureza humano como um estado de paz e que está paz seria quebrada pela ausência de um julgador para os conflitos existentes conforme exposto por Bobbio²¹ (1997, p. 181) em sua doutrina ao afirmar que “O maior inconveniente do Estado de natureza é a falta de um juiz imparcial para julgar as controvérsias que nascem”. Logo para Locke o Estado de natureza convive simultaneamente ao Estado de direito, sendo o segundo apenas necessário para garantir a proteção aos direitos naturais.

Diferente de Hobbes, Locke segue o padrão burguês de pensamento, defendendo, por exemplo, a propriedade privada e direito de todos e que já existe desde o estado de natureza e é justamente em defesa da propriedade privada em que se institui o estado, pois no estado de natureza os direitos se encontram desprotegido, assim buscando proteção aos seus direitos é que o homem forma regras e constitui um Estado regido pelas leis.

Tanto é evidente essa defesa aos ideais burgueses que Locke institui uma ideia de direito de resistência, que dá a possibilidade dos cidadãos se oporem a autoridade do magistrado quando este vai contra o direito natural aqui exemplificado pela propriedade privada, excedendo o poder que lhe foi atribuído pela lei como dispõem Bobbio²² (1997, p. 242).

²¹ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997. p. 181

²² BOBBIO, Norberto. 1997, p. 242

Aquele que exceda com sua autoridade o poder que lhe foi dado pela lei e faça uso da força que possui sob seu comando para fazer, com respeito aos súditos, o que a lei não permite, deixa, por isso, de ser magistrado e, como delibera sem autoridade, justifica a oposição que se lhe faça, assim como nos opomos a qualquer pessoa que viole com a força o direito alheio.

Logo a sociedade para Locke é apenas um artifício para manter intacto os direitos naturais, não podendo o Estado suprimir ou desvirtuá-los e por fim mantém o caráter positivista dos modernos ao submeter o julgador ao achar respostas segundo a o disposto na lei fornecida por este Estado.

2.2 O positivismo social de Augusto Comte

Augusto Comte está intimamente ligado ao positivismo jurídico, vivenciou um período da história em que a França passava por intensa instabilidade política, alterando entre governos despóticos e revolucionários. Tal instabilidade gerou uma extensa crise social, política e dos valores tradicionais da sociedade francesa e é neste momento em que Comte procura uma resposta para a resolução destes conflitos o qual ficou conhecido como positivismo.

Demonstrava extrema preocupação com a sociabilidade da sua filosofia frente ao egoísmo humano, buscava aperfeiçoar a moralidade mediante aos esforços coletivos e individuais, pregava que as relações sócias diminuem o instinto primitivo pessoal e estimula a coexistência social e moral.

Em seu plano social Comte institui a ordem como valor supremo, para ele era necessário que os indivíduos aprendessem desde pequenos o valor da obediência e da hierarquia, sendo a imposição da disciplina função primordial. Utilizando a combinação de elementos contemporâneos e de pensadores anteriores ele fundamentou que o saber o humano pode ser sistematizado através de princípios que deveriam ser utilizados como critérios de verdade, tal ideia também deveria ser aplicada as ciências sociais, entre elas o direito, segundo o pensamento do autor os fenômenos jurídicos deveriam ser norteados por leis gerais que fundamentariam a análise dos casos concretos, pois, apenas assim seria possível encontrar ordem e o planejamento social e político.

Seguindo esses preceitos Comte formulou diretrizes para promover o bem estar social, através de inspirações canônicas, baseado na hierarquia e na disciplina da igreja católica, entretanto rejeitava o sobrenatural da igreja, pois acreditava que esta

deveria se basear no materialismo e no esforço de restringir a ciência a leis fundamentais criou o chamado “A lei dos três estados”, alegava que todo conhecimento passava pelos estados metafísico, teológico e científico positivo e que através da observação das divisões dos estados o homem recorria à lei de sua necessidade, logo ele coloca a verdade contida dentro desses três estados, sendo eles os formadores de ideias e opiniões.

Na filosofia de Comte o termo ciência é o ponto central da verdade, dentro dos três estados o filósofo tenta retirar a autoridade divina sobre o plano terreno, para ele, a humanidade só alcançaria a plenitude intelectual através do estado positivo, sendo a razão apenas capaz de operar através das experiências concretas, sendo assim seria dever do homem encontrar uma lei que conseguisse reger os fenômenos sociais conforme expressa Ribeiro²³ (1982, p. 16).

O positivismo é, portanto, uma filosofia determinista que professa, de um lado, o experimentalismo sistemático e, de outro, considera anticientífico todo o estudo das causas finais. Assim, admite que o espírito humano é capaz de atingir verdades positivas ou da ordem experimental, mas não resolve as questões metafísicas, não verificadas pela observação e pela experiência.

Assim partindo da exclusão da autoridade divina se faz necessário uma nova hierarquia de verdades, ao retirar Deus do ponto Máximo desta pirâmide Comte institui uma nova forma de legitimação da verdade através da certeza, pois quanto maior o grau de certeza dos enunciados, mais alta é sua posição hierárquica e tal certeza só poderia ser alcançada através da ciência.

Logo o positivismo de Comte foi dotado de cientificismo, pois para chegar a qualquer tipo de saber (ou verdade) era necessário, primeiramente, uma experimentação empírica, através de observação e análise dos fatos e uma indução científica através da especulação e previsibilidade das leis eternas, neste aspecto surge o Direito positivo, instituição necessária para a manutenção da paz social, nesta nova faceta, para a elaboração de um conjunto normativo, era necessário o experimentalismo sistemático, assim o douto julgador ao analisar o caso concreto em busca de uma verdade, deveria se ater a lei, pois esta ao ser formulada já tinha passado pelo crivo do cientificismo, assim sendo o correto a se aplicar.

²³ RIBEIRO JUNIOR, João. **O que é Positivismo?** 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. Coleção Primeiros Passos. p. 16

2.3 O positivismo lógico do círculo de Viena

Partindo principalmente das ideias positivistas de Augusto Comte, durante a década de 20 um grupo formado pelo professor Moritz Schlick, buscou desenvolver um método colaborativo de pensar, estudar e explicar os fundamentos do conhecimento, dando início ao chamado neopositivismo ou positivismo lógico.

Partindo de uma distinção entre a linguagem lógica e natural entendia que apenas a lógica seria pura e formal e que através desta linguagem, fundamentos, fatos e todo conhecimento que tenha origem na experiência, a ciência deveria ser unificada, assim se instituiu que a ciência empírica indutiva, seria um modelo pautado em observação de fatos e que seus enunciados poderiam ser constatados como verdadeiros ou não através da verificação empírica e os resultados obtidos deveriam ser “harmonizados” entre os pesquisadores individuais como demonstra Moritz Schlick²⁴ (1975, p. 46).

“As proposições fatuais são, pois, o fundamento de todo saber, mesmo que elas precisem ser abandonadas no momento de transição para afirmações gerais. Estas proposições estão no início da ciência. O conhecimento começa com a constatação dos fatos”

Assim instituíram a chamada concepção científica do mundo, pois, através do trabalho coletivo se iniciou uma busca por este sistema liberto de impurezas da linguagem natural, objetivando que na ciência não existiria uma profundidade inalcançável, mas sim diversas superfícies onde tudo é acessível ao homem como dispõe Hahn, Neurath e Carnap²⁵ (1986, p. 10)

A concepção científica do mundo desconhece enigmas insolúveis. O esclarecimento dos problemas filosóficos tradicionais conduz a que eles sejam parcialmente desmascarados como pseudoproblemas e parcialmente transformados em problemas empíricos sendo assim submetidos ao juízo das ciências empíricas. A tarefa do trabalho filosófico consiste neste esclarecimento de problemas e enunciados, não, porém, em propor enunciados "filosóficos" próprios'.

Com a utilização desse método se iniciou a análise lógica do mundo e tal foi marcante a sua concepção que esta passou a explicar a origem Divina e a existência

²⁴ SCHLICK, Moritz. **O fundamento do conhecimento**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

²⁵ HAHN. Hans; NEURATH. Otto; CARNAP. Rudolf. **Cadernos de História de Filosofia da Ciência**, Volume 10, Série 1. ISS, 1986. p.10

de Deus através de seus enunciados e análises empírica, começa a supressão do metafísico, tal como expõe o texto de Hahn, Neurath e Carnap²⁶ (1986, p. 10)

Este método de análise lógico é o que essencialmente distingue o recente positivismo e empirismo do antigo, mais biológico e psicológico em sua orientação. Se alguém afirma: "existe um Deus", "o fundamento primário do mundo é o inconsciente", "há uma enteléquia como princípio condutor no ser vivo", não lhe dizemos: "o que dizes é falso", mas perguntamo-lhes: "o que queres dizer com teus enunciados?", e então se mostra haver um limite preciso entre duas espécies de enunciados. À primeira pertencem os enunciados tais como são feitos na ciência empírica. Seu sentido se constata mediante análise lógica ou, mais exatamente, mediante redução aos enunciados mais simples sobre o que é dado empiricamente. Os outros enunciados, a que pertencem os anteriormente mencionados, mostram-se totalmente vazios de significação, caso sejam tomados como o metafísico os entende. Pode-se certamente, com freqüência, transformá-los em enunciados empíricos. Neste caso, porém, perdem seu conteúdo de sentimento, que é, a maioria das vezes, precisamente essencial ao metafísico. O metafísico e o teólogo, compreendendo mal a si próprios, crêem expressar algo com suas proposições, descrever um estado de coisas. A análise mostra, todavia, que tais proposições nada significam, sendo apenas expressão de algo como um sentimento perante a vida.

Desta forma a concepção científica do mundo passou adotar apenas as proposições empíricas, deixando de lado toda a ideia de metafísica, seja a declarada ou a velada, pois nenhum destes poderia ser verificado, algo para se tornar real deveria passar pela estrutura da experiência, o que não poderia acontecer com dados metafísicos por não possuírem conteúdo fático.

Logo, os enunciados aceitos pelo círculo deveriam se enquadrar em um sistema de redução onde as investigações deveriam visar à construção de um "sistema de constituição" mostrando os conceitos da estrutura do objeto e ignorando sua "essência", pois segundo os pensadores é a formula estrutural que une os homens.

A consequência deste pensamento foi a substituição das leis da natureza por leis estatísticas, como expõe Hahn não restava mais espaço para juízos sintéticos a *priori*, nada poderia se saber de antemão, tudo deveria passar pela experiência da verificabilidade do sistema empírico indutivo, pois só se tornaria real aquilo que pode estar enquadrado por esta estrutura enquanto aquilo que não for verificado é considerado desprovido de sentido, realidade e verdade.

²⁶ HAHN; NEURATH; CARNAP. 1986. p.10.

2.4 Wittgenstein T.L.P e a clareza da linguagem.

Ao se falar sobre o círculo de Viena e os seus enunciados, é impossível não citar a obra de Wittgenstein e sua filosofia sobre a análise lógica da linguagem e sua representação do mundo, Ludwig procurava abordar a maneira primordial como a linguagem conseguira representar o mundo, através de proposições que representariam o estado das coisas, mas sendo está limitada, mas quando ultrapassa seus próprios limites, se instituiria o místico, pois a partir do momento em que não fosse possível expressar algo por meio da linguagem ocorreria uma transcendência da linguagem, atingindo um fim cosmológico e místico.

Existe em sua obra uma crítica aos seus antecessores e ao criticar Russel ele expõe suas ideias e informa que todas as coisas não têm um sentido se não estão relacionadas com outros objetos, e com as palavras não era diferente, pois elas apenas ganhavam uma lógica quando inseridas em frases, o significado de uma palavra está justamente no modo em que sua utilização é empregada, no seu contexto e objetivo, logo para Wittgenstein ²⁷ “a proposição é uma figuração da realidade: pois sei qual é a situação por ela representada, se entendo a proposição (1968, prop. 4.021.) e continua afirmando²⁸ que “Compreender uma proposição é saber o que ocorre, caso ela for verdadeira.” (1968, prop. 4.024).

Outro ponto do seu pensamento era a crítica a imprecisão do uso da linguagem e no sentido das palavras, segundo o autor tal vagueza poderia causar diversos problemas como, por exemplo, mal-entendidos, assim ele institui a ideia de que “aquilo que pode ser dito deve ser dito com clareza” assim ele expõe em seu livro *Tractatus Logico-Philosophicus*²⁹ (WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*. prop. 4.116.) “Tudo em geral o que pode ser pensado o pode claramente. Tudo o que se deixa exprimir, deixa-se claramente” e por fim Wittgenstein³⁰ expõe (WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*. prop. 4.023.):

Por meio da proposição a realidade deve ser fixada enquanto sim ou enquanto não. Por isso deve ser completamente descrita por ela. A proposição é a descrição de um estado de coisas. Assim como a descrição de um objeto se dá segundo suas propriedades externas, a proposição

²⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo. Companhia editora nacional editora da universidade de São Paulo, Volume 10, 1968. prop. 4.021

²⁸ Id., prop. 4.024

²⁹ Id., prop. 4.116

³⁰ Id., prop. 4.023

descreve a realidade segundo suas propriedades internas. A proposição constrói o mundo com a ajuda de andaimes lógicos, e por isso é possível, na proposição, também se ver, caso ela for verdadeira, como tudo que é lógico está. Pode-se de uma proposição falsa tirar conclusões

Entretanto à em Wittgenstein uma questão ainda mais importante que é “aquilo que pode ser dito”, o autor acreditava em uma existência de uma linguagem perfeita, estritamente baseada na lógica, conforme expõe o autor³¹ (WITTGENSTEIN, L. Tractatus Logico-Philosophicus. prop. 6.013) "a lógica não é uma teoria, mas uma imagem especular do mundo. A Lógica é transcendental", assim tudo o que compusesse a lógica também iria compor a linguagem possível e pensável, sendo impossível descrever algo que esteja fora deste campo, uma vez que é apenas nele em que as preposições encontram sentido.

O autor continua e expõe o pensamento que tal campo lógico deveria ter um limite, estabelecendo aquilo que poderia e não poderia ser dito ou pensado e sendo o objetivo da linguagem descrever a realidade, tudo aquilo que não se pode expressar por meio da linguagem já está além do limite, alcançando o místico.

Desta forma, é impossível se explicar a ética e a religião, pois esses se tornam absurdos quando explicados através da linguagem, assim o autor expõe que aquilo que não se pode falar, deve-se calar, sendo neste caso mais respeitoso o silêncio.

2.5 O Positivismo jurídico

“O direito não é algum fenômeno estável ou essencialmente transistórico, mas sim fenômenos empíricos diferentemente constituídos em contextos sociohistóricos variáveis. Não se trata apenas da questão de que o fato de fazer perguntas diferentes leva a respostas desiguais, mas de uma variedade de perspectivas pode ser uma consequência da diversidade e variação inerentes ao material de pesquisa básico³²” (Morrison. 2005 p. 5-6)

Oriundo de um reflexo do positivismo científico surgido na escola de Viena surge o chamado positivismo jurídico, movimento de cunho jurídico que se contrapunha as teorias históricas, metafísicas, naturalistas e sociológicas, propagava que aquilo que não se pode ser provado através da racionalidade não deveria ser conhecido, nasce de um esforço para transformar o direito em uma verdadeira ciência que tivesse as mesmas características das ciências naturais e matemáticas.

³¹ WITTGENSTEIN, 1968. prop. 6.013

³² MORRISON, 2005, p. 5-6.

Bobbio³³ (1999, p.140) estabelece que o positivismo jurídico é um conjunto de comandos emanados pelo soberano, ideia presente em Hobbes, pois foi suas teorias que serviram de bases para que Austin formulasse o conceito para a criação do positivismo jurídico, com a rejeição de qualquer concepção transcendental como autor supremo do direito, em vez disso tal autoridade seria transferido para o Estado, Hobbes, ao propor suas ideias, construiu a base para o conceito chave dentro do positivismo jurídico, o entendimento de soberania estatal, desta forma lançou os fundamentos para as sociedades ocidentais, dentro do período moderno, se tornarem extremamente burocráticas, com apenas uma diferença da ideologia absolutista de Hobbes, nos modernos a ideia do soberano absoluto sai do Rei e passa para, como expõe Morrison³⁴, os funcionários da máquina burocrática do estado.

O Direito e a Justiça na modernidade se caracterizavam por uma força da lei, não se buscava um ideal de justiça, mas cumprir aquilo que estava positivado, seus autores conferiram uma supremacia ao ordenamento positivo e conseqüentemente ao jurídico estatal, tendo como seu principal teórico Hans Kelsen o qual afirmava que o Direito enquanto norma jurídica não deveria decidir o que é justo, como evidenciado por Kelsen³⁵ (2003, p.16) em sua fala no livro “o problema da justiça”

A ciência não tem de decidir o que é justo, isto é, prescrever como devemos tratar os seres humanos, mas descrever aquilo que de fato é valorado como justo, sem se identificar a si própria com um destes juízos de valor.

Com essa redução do direito à norma e sua desconsideração pelas outras questões atingiu seu ponto magno com a introdução da “jurisprudência dos conceitos e dos interesses”, enquanto a jurisprudência dos conceitos consistia em dizer que através de uma série de combinações de diversos elementos a ciência jurídica poderia elaborar novos preceitos e preposições, que iriam se combinar novamente para gerar novos conceitos. Em contraponto a teoria dos interesses exemplifica que é através de uma perspectiva sociológica que se deveria encontrar o propulsor do Direito.

O embate dessas teorias demonstra o problema fundamental dentro do positivismo jurídico que seria o problema das fontes do direito. Como expõe Bobbio³⁶ (1999 p.159) “São fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um

³³ BOBBIO, 1999, p. 140.

³⁴ MORRISON, 2005.

³⁵ KELSEN, Hans. **O problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 16.

³⁶ BOBBIO, Norberto, 1999. p. 159.

determinado ordenamento jurídico atribui competência ou capacidade de produzir normas jurídicas”. Conforme o próprio Bobbio expõe o problema surge de imediato ao se observar os juristas, pois são diversas as fontes do direito, inclusive a decisão do magistrado pode se tornar uma fonte do direito, como por exemplo, o que ocorre dentro do sistema jurídico Brasileiro, pois com um entendimento reiterado se pode formar a jurisprudência, que ganha força normativa.

2.6 O Positivismo jurídico de Hans Kelsen e sua teoria pura do direito.

Com o objetivo de responder as questões levantadas dentro da teoria do positivismo jurídico, Hans Kelsen formulou sua própria vertente do positivismo, através da análise da estrutura do objeto Kelsen buscou em sua doutrina a separação do Direito, moral e ética, considerava que por mais que a moral igualmente consistisse em um controle do indivíduo inserido na sociedade, seria a norma jurídica a única essencial ao direito estatal, pois a moral seria apenas de ordem social, não constituindo sanções como afirma Kelsen³⁷ (1994, p.44) em seu livro:

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo

Na busca de uma segurança jurídica Kelsen institui a chamada teoria pura do Direito, procurando criar uma Ciência Jurídica desprovida de interferências externas para evitar contaminações e conferir-lhe cientificidade, afirmava que a chave para a autonomia da ciência do Direito seria o isolamento do método jurídico, segundo Larenz³⁸ em sua obra “Metodologia da ciência do direito (1989, p.82) “A sua teoria pura do direito constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência e do Direito como ciência” ou como expõe Kelsen.

A teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo. Enquanto teria, preocupa-se exclusivamente com a definição precisa de seu tema. Tenta responder à pergunta “o que é o direito?” e não “o que deve ser o direito?”. Trata-se de uma ciência e não de uma política do direito. (Kelsen)

³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 44.

³⁸ LARENZ. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 82.

Tal teoria se denominava pura por dois motivos, o primeiro afirmava ser livre de considerações ideológicas ou juízos de valores, a análise da norma não poderia ser afetada por nenhuma concepção da natureza do justo, a segunda seria a independência desta teoria de influências externas como a política e a econômica.

Logo, durante toda a caminhada de Hans Kelsen para a elaboração de esta teoria, ele se deparou com o problema para diferir aquilo que era de fato jurídico e aqui que não era jurídico, como já exposto sua teoria buscava independência, portanto retirava de seu interior tudo aquilo que era considerado como não jurídico, ou seja, tudo que continha aspectos culturais, sociológicos, ético e metafísico, assim cabia a teoria pura do direito empreender uma sistematização estrutural daquilo que seria propriamente jurídico, extirpando do seu interior ideias como justiça, origem histórica e ordem social, assim expõe Bittar e Almeida³⁹ (2005, p. 337).

O dever-ser jurídico não se enraíza em qualquer fato social, histórico; não é condicionado por nada que possa perverter sua natureza de puro dever-ser; Kelsen desenraíza o Direito de qualquer origem fenomênica, a título de compreendê-lo autonomamente em sua mecânica.

Logo para Kelsen o jurista deve partir de uma norma jurídica pré-estabelecida e no final chegar novamente nessa norma, para o positivismo de Kelsen a norma é o princípio e o fim do sistema, em sua teoria o estado se enxerga a noção do estado de direito, sendo as normas um ordenamento que ao mesmo tempo se torna coercitivo em relação às condutas e preserva a igualdade dos seus membros, neste sentido Kelsen afirma que as normas jurídicas poderiam ter qualquer conteúdo dentro de si, pois não existiria qualquer tipo de comportamento humano que não pudesse ser transformado em um dever legal correspondente a um direito legal positivado.

Tal norma jurídica era revestida de um dever ser, que permitia a aplicação de sanções caso desobedecidas, logo o direito seria destinado para que a autoridade aplica-se tais sanções quando o cidadão agisse em desacordo com a norma, a teoria Kelseniana afirmava que o direito puro era capaz de se adequar a qualquer situação social e moral assim Kelsen fundamenta que o direito, através da norma, estipula a sanção e essa norma não o delito do sujeito é a condição específica para a sanção e partindo desta premissa Morrison⁴⁰ (2005, p.395) complementa que “o evento que

³⁹ BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 337.

⁴⁰ MORRISON, 2005, p. 395.

constitui um crime não é, estritamente falando, uma contradição da ordem jurídica, ao contrário é o evento que põe em ação a norma jurídica e a aplicação da sanção.”

Considerando a norma como conceito chave e fundamental da teoria pura do direito, se chega a uma pergunta lógica que seria “aonde está e até aonde iria à validade da norma?” Kelsen responde afirmando que a validade não é o mesmo que considerar a norma como verdadeira ou falsa, mas sim que esta observou os procedimentos formais para sua criação e instituição dentro do ordenamento jurídico, logo toda norma que teve sua regular entrada no ordenamento, ou seja, observou-se a forma, o rito, a hierarquia e a estrutura ela seria válida, pois a validade não se submete a juízos de certo ou errado, mas sim a um juízo jurídico que se encontra dentro dos procedimentos formais, conforme expressa Kelsen⁴¹ (1986, p. 176)

“Uma importante diferença entre a verdade de um enunciado e a validade de uma norma consiste em que a verdade de um enunciado precisa ser verificável, quer isto dizer: ser verificável como verdadeiro ou falso. A validade de uma norma não é, porém, verificável”

É deste conceito que se retira a ideia da norma fundamental, que segundo Bittar e Almeida⁴² (2005, p.338) tal norma “nada mais é que o fundamento último de validade de todo o sistema jurídico” e tal sistema seria unitário, orgânico, e autossuficiente, onde as normas inferiores buscariam seu fundamento em normas superiores e assim a norma fundamental seria aquela superior a todas as outras, de modo que esta seria o fechamento do sistema escalonado, ficando no topo da “pirâmide kelseniana” proporcionando unidade ao sistema como expõe Ferraz Junior⁴³ (1994, p. 176).

“Este princípio (da unidade) recebe em Kelsen o nome de norma fundamental, noção intuitivamente simples de ser percebida (se as normas do ordenamento compõem séries escalonadas, no escalão mais alto está à primeira norma da série, de onde todas as demais promanam), mas difícil de ser caracterizada.

Se na pirâmide de Kelsen existe uma interdependência das normas, ela acaba abrindo espaço para a possibilidade de interpretação do juiz para aplicar norma mais correta ao caso segundo o Hans Kelsen⁴⁴ (2003, p. 463) “A interpretação é, portanto,

⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral das Normas**. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p.176

⁴² BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 338

⁴³ Ferraz Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2a edição. São Paulo: Atlas, 1994. p. 176

⁴⁴ KELSEN, 2003. p. 463

uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um inferior”, entretanto, com objetivo dar uma maior segurança jurídica e construir um modelo de direito isento de incertezas e arbitrariedades, Hans afirmava que a norma quando pertencente a um ordenamento era obrigatória e não cabia ao julgador realizar juízos de valores ou morais, pois para o autor estes são essencialmente irracionais, o grande problema é que este pensamento abre brechas para que os estados totalitários se utilizem dessa concepção para suprimir os valores humanos conforme expresso por Kelsen⁴⁵ (2009, Pg. 28)

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados.

Talvez nesta afirmação se encontre o principal problema do positivismo jurídico moderno, ao conceder tanta força à norma a própria verdade se encontra condicionada a lei, esta se torna a verdade jurídica, neste sentido a Lei vai fornecer uma nova verdade mesmo está não sendo justa, já que tal ideia era descartada pelos positivistas, sendo necessário um ordenamento jurídico perfeito que abrangesse toda e qualquer situação já existente ou futura no cotidiano humano e como tal impossível ao homem, assim se restringindo ao reducionismo assim exemplifica a obra de Bittar e Almeida⁴⁶ (2005, p.328).

“É a colocação da realidade fática como único objeto merecedor de consideração por parte da ciência jurídica que faz com que a razão de ser do positivismo jurídico reduza-se à compreensão da norma e do sistema jurídico no qual ela está inserida”

Outro grande problema pelo qual o positivismo moderno passou foi em relação do uso das suas ideias para fomentar atrocidades como o holocausto, surge à indagação do porque a lei foi capaz de fornecer amparo jurídico para estados totalitários e desumanos como, por exemplo, o próprio Estado nazista e conforme expõe Morrison⁴⁷ (2005, p.366)

⁴⁵ KELSEN, 2009. p. 44.

⁴⁶ BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 328.

⁴⁷ MORRISON, 2005, p. 366.

“O holocausto fez parte de um processo no qual um corpo coletivo (o Estado nazista) dedicou-se ao problema de construir uma nova sociedade em face das múltiplas pressões da média modernidade. Com o desaparecimento das antigas certezas, era preciso reconstruir tudo de novo através da organização.”

3 DIREITO E JUSTIÇA NO PÓS-MODERNO

3.1 As condicionantes para o surgimento da pós-modernidade

Com o fim da segunda guerra mundial e dos estados totalitários ocorre uma quebra de paradigma dentro da sociedade, a Justiça dentro do direito positivo não era suficiente para abarcar todo o ideal de justo, utilizando da teoria moderna os regimes ditatórios do século XX encontram suas bases teóricas, assim se fez necessário uma nova teoria da Justiça.

O direito então precisava de uma nova ideologia mais comprometida com a realidade, com o poder de trazer justiça aos casos concretos, pois a norma positiva não era satisfatória a todos os casos, assim os teóricos do pós-moderno defendem que o homem tem direitos existentes fora dos termos da lei, iniciam no ordenamento jurídico uma preocupação com a pluralidade social, pois segundo eles, não existe um padrão incontestável e imutável de justiça, sociedades distintas fornecem um justo distinto, neste período as certezas dão lugar à incerteza e abre-se um espaço para o diálogo e para reflexões morais.

Como marca da derrocada do positivismo moderno, tanto científico como o jurídico foi o final da segunda guerra mundial, a ciência antes considerada a salvadora do homem os levou a guerra e a destruição e o positivismo jurídico tão pouco ficou para trás, pois restou como base para governos totalitários, ditatórios e assassinos.

Ao encontrar e descrever os aspectos que levaram a derrocada dos ideais modernos é impossível não passar por um dos momentos mais obscuros da sociedade, o Holocausto marcou para muitos o fim da confiança no processo de civilização, pois como cita Morrison⁴⁸ (2005, p. 354) era impossível manter um compromisso com um processo de racionalização que tivesse como fim o extermínio em massa de um povo e continua sua crítica ao afirmar:

“O Holocausto é um paradigma do desencanto com a modernidade não por representar a sobrevivência de paixões e emoções pré-modernas no meio da modernidade, mas sim por ser um reflexo das grandes narrativas de premeditação, domínio e higiene. Enquanto alguns críticos tentam isolar o Holocausto, situando-se apenas no discurso de autoritarismo ou definindo-o como resultado de uma patologia – da perversidade específica de Hitler ou dos nazistas – alguns críticos sofisticados, como Bauman (1989, *modernity and the Holocaust*), Vêem-no como parte central do processo de

⁴⁸ MORRISON, 2005, p. 354.

modernidade. O holocausto não foi um recuo para o estado de natureza Hobbesiano, mas sim um exemplo da jaula racional que, para weber, representava a civilização moderna. ”

Partindo desta argumentação se faz necessário uma reconstrução da sociedade nazista, com o fracasso na primeira guerra mundial e a queda da dinastia Hohenzollern surgiu no território alemão a chamada república de Weimar, um governo que nasceu fraco e foi a cada dia se tornando mais fraco devido a um tratado abusivo imposto pelos vitoriosos na segunda guerra e pela crise interna que assolava seu país.

É nesse contexto que o partido dos trabalhadores alemães chega ao poder, Hitler com uma oratória brilhante seduziu aqueles que sofriam com as consequências geradas pela fraca economia alemã, Hitler disseminou o nazismo como um câncer dentro da sociedade, atingindo as “células” do país dentro para fora, obrigou os educadores a se alinharem ao seu governo, disseminou a cultura nazista pela sociedade, instituiu a juventude hitlerista, modificou a lei e logo as determinações do “*Führer*”⁴⁹ se tornaram a própria lei.

Assim o nazismo através de uma forma legal perante os ideais modernos chegou ao poder e iniciou seu regime, nem todos alemães eram nazistas ou odiavam os judeus, entretanto, cumpriam ordens de Hitler, ou seja, eram apenas cidadãos cumpridores da lei que formaram uma sociedade que aprendeu a banalizar o mal e incapazes de enxergar o judeu como seu semelhante.

Comte ao iniciar as bases do positivismo citava a desordem como o principal mal que assolava as sociedades e somente com ordem uma sociedade era capaz de almejar o progresso e posteriormente com o positivismo jurídico e sua ideia de que aquilo que estava positivado na lei deveria ser obedecido e todo poder de interpretação do julgador deveria se distanciar de qualquer juízo de valor formulou a base jurídica necessária que o nazismo precisava.

Goldhagen⁵⁰ em seu livro “*Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust*” cita todo o processo criado pelo governo nazista para através do direito transformar o judeu em um “subumano” fazendo que os alemães tivessem pouco ou nenhum dever moral para com os Judeus, neste sentido Morrison cita que era permitido pela Lei nazista à exclusão de Judeus, uma destas leis, por exemplo, a Lei

⁴⁹ Führer deriva do verbo alemão führen e significa “condutor, líder ou chefe” e foi utilizado pelo líder nazista Adolf Hitler enquanto este esteve à frente da Alemanha nazista.

⁵⁰ GOLDHAGEN. Daniel. **Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust**. Estados Unidos. Knopf, 1996.

de Restauração do Funcionalismo público que excluiu o povo hebreu das atividades governamentais, seguindo esta linha de pensamento Morrison⁵¹ (2005, p.361-362) expõe:

Essas demonstrações indicavam que os judeus não eram membros da comunidade oral e que ninguém devia ter para com eles sentimentos normais de solidariedade e compaixão. Por trás desse pano de fundo, estava em pleno andamento uma separação social cada vez maior, jurídica e administrativamente aprovada, entre judeus e alemães.

O direito fornecia a base mecânica para os nazistas tornando legais tais ações instituíram a “arianização”⁵² do seu país e através das leis de Nuremberg definiram o que era um judeu, os privaram de sua cidadania e de direitos fundamentais, a própria lei os tornou socialmente mortos até que enfim a própria lei os levou a verdadeira morte.

O grande problema do positivismo foi sempre conferir legalidade a norma e não era diferente dentro do estado nazista, entretanto segundo Morrison a legalidade do governo do Terceiro Reich decorria da própria república de Weimar e sua constituição que concedeu poderes ao “*Führer*”. Com a instituição do Estado totalitário nazista se concebeu um Estado com fortes hierarquias de estruturas que eram sempre encabeçadas por membros do partido, instituindo assim uma ideia de domínio racional, pois cabia a liderança levar a nação ao crescimento e no ápice de sua ditadura o sistema de hierarquia de normas dentro do estado nazista alemão era totalmente sujeito a vontade do líder nazista, como expõe Morrison⁵³ (2005, p.364).

“A vontade do líder não pode sujeitar-se a nenhuma limitação constitucional, uma vez que é em última análise, a base dessas práticas formais, e o governo por meio do direito positivo (conforme determinado pelo Legislativo de Estado) era apenas um dentre vários expedientes de regulamentação que podiam expressar a vontade do líder e do partido”

Com a queda do regime a humanidade foi capaz de enxergar todas as atrocidades cometidas pelos nazistas e em diversos casos a justificativa era de que os membros do estado nada tinham feito errado, tudo sempre esteve dentro da

⁵¹ MORRISON, 2005, p. 361-362.

⁵² Termo utilizado pelos nazistas alemães referindo-se a expulsão dos chamados “não-arianos” dos territórios controlados pela Alemanha, tal expulsão atingiu em especial os Judeus, os quais Hitler culpava pela crise econômica alemã, pela derrota na primeira guerra e os considerava seres inferiores aos arianos alemães.

⁵³ MORRISON, 2005, p. 364.

legalidade, desta forma os aliados instituíram o chamado tribunal de Nuremberg e iniciaram o julgamento daqueles considerados suspeitos de realizar ou participar do holocausto entre outros crimes de guerra.

Morrison exemplifica que é extremamente difícil compreender o choque existencial ocasionado pela queda do terceiro *Reich*⁵⁴, o povo alemão percebeu que não havia apenas perdido a guerra, mas também lutavam por uma causa vil, o direito positivo foi exposto como justificador para o poder do regime, pois o holocausto foi amparado juridicamente para se chegar em um bem nazista.

Com o fim da segunda guerra mundial e dos estados totalitários ocorre uma quebra de paradigma dentro da sociedade, a Justiça dentro do direito positivo não era suficiente para abarcar todo o ideal de justo, utilizando da teoria moderna os regimes ditatórios do século XX encontram suas bases teóricas, assim se fez necessário uma nova teoria da Justiça.

3.2 Uma análise da banalidade do mal

Após o termino da segunda guerra mundial, diversos nazistas conseguiram fugir e passaram a viver com outras identidades em diversos países espalhados pelo globo e em uma espécie de vingança o agora Estado de Israel passou a perseguir tais pessoas e é neste contexto que se inicia o estudo de Hannah sobre a banalidade do mal ao presenciar o julgamento de Eichmann o homem considerado como o idealizador da “solução final”.

Hannah Arendt⁵⁵ em sua obra “Eichmann em Jerusalém - Um relato sobre a banalidade do mal” exemplifica que ao se criar uma sociedade incapaz de realizar julgamentos morais, qualquer ordem solicitada vai ser cumprida sem quaisquer questionamentos, criando uma banalidade do mal, pois ainda que existisse algum sentido de moral no individuo ele iria cumprir suas diretivas sem questionamentos, como evidenciado na fala do advogado de Eichmann, presente na obra da Hannah⁵⁶ (1999, p. 32) quando ele afirmar que seu cliente “se considera culpado perante Deus,

⁵⁴ Como ficou conhecido o império alemão nazista, significava literalmente reinado, os nazistas tentaram legitimar o seu poder fazendo alusão ao primeiro Reich (o do sacro império romano), Hitler denominava seu império como o “Reich de mil anos”.

⁵⁵ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁵⁶ Id., p. 32.

não perante a lei” desta forma Arendt considerou Eichmann um sujeito sem nada de especial, nem um anti-semita, ou sequer um psicopata perverso, ele era apenas um burocrata seguindo ordens sem ao menos questionar um mero homem comum.

E é exatamente este ponto que mais assusta, pois a filósofa Arendt⁵⁷ (1999, p.299) afirma “O problema de Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais”. Assim ela elaborou a sua tese, ela colocou o Mal como uma possibilidade da liberdade humana e que incorporado ao sistema burocrático nazista foi capaz de criar um ser que ao mesmo tempo era um bom burocrata, um ótimo pai e um assassino eficiente.

3.3 Pós-modernidade ou modernidade líquida.

A pós-modernidade é um período compreendido após a queda do muro de Berlim e é caracterizada por uma crise de ideologias e identidades, surge como uma resposta pessoal ao positivismo científico moderno, a modernidade concebeu ao homem o poder de incorporar a racionalidade a diversos meios, entretanto, ao mesmo tempo, foi à responsável direta e indiretamente por gerar diversas crises dentro da modernidade.

A sociedade pós-moderna é marcada por diversas características oriundas de uma crítica aos modernos, existe uma crise profunda dentro do indivíduo pós-moderno, o mundo se tornou globalizado, tudo se tornou fácil e rápido, entretanto tal volatilidade afetou as relações e interações entre as pessoas, gerou uma crise de representação com extrema incerteza sobre os governantes, nem a própria identidade se manteve intacta, o indivíduo deste período tem extrema dificuldade em “achar sua identidade” Bauman⁵⁸ afirma que a própria sociedade se tornou líquida, segundo o autor nem mesmo o amor conseguiu sobreviver a tal volatilidade.

A vida contemporânea para Bauman é marcada por vulnerabilidade e fluidez, o próprio autor afirma que “Vivemos em tempos líquidos. Nada foi feito para durar” e como já exposto o indivíduo passa por uma crise com a própria identidade, por este motivo o sociólogo afirma que o homem pós-moderno é incapaz de manter a mesma

⁵⁷ARENDR, 1999, p. 299.

⁵⁸ Bauman, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2001.

identidade por muito tempo, sendo obrigado a se reinventar diversas vezes durante sua vida e tal incapacidade é a geradora das crises nos relacionamentos, o pensador afirma que esta crise reforça a temporalidade e fragilidade das interações sociais e como tal os laços humanos se tornam instáveis.

Tal concepção de fluidez remete essencialmente as principais características daqueles presentes na pós-modernidade, como ausências de ideias definidas, hiper velocidade nos relacionamentos e projetos, a inconsistência dos ideais dentro das ideias e dos relacionamentos oriundos de um avanço tecnológico e da globalização, para esta geração tudo se tornou fácil e extremamente passageira, o mundo se tornou repleto de incertezas, de tal forma que tais incertezas passaram a mover o mundo, conforme expõe o próprio Bauman⁵⁹ (2009 p. 31-32).

A incerteza é o habitat natural da vida humana - ainda que a esperança de escapar da incerteza seja o motor de atividade de atividades humanas. Escapar da incerteza é um ingrediente fundamental presumido, de todas e quaisquer imagens compósitas da felicidade genuína, adequada e total sempre parece residir em algum lugar à frente: tal como o horizonte, que recua quando se tenta chegar mais perto dele.

Bauman afirma que tal fluidez dentro da sociedade líquida é consequência direta da “solidez gerada pela bota do soldado moderno”, em sua crítica afirma que na busca da estabilidade do estado, família e instituições o homem se sujeitou “as solas das botas dos soldados esmagando seus rostos” assim o sociólogo entende que a modernidade, através dos seus conceitos, era sólida e gerava mais certeza ao mundo, entretanto tudo era demasiadamente inflexível e que com a queda do muro surgiram filosofias pós-modernas que priorizam a liberdade individual, ocorre que tal princípio tão fundamental na sociedade contemporânea se opõe diretamente a estabilidade.

A incerteza e a instabilidade combinadas as ideias pós-modernas instituiu uma sociedade que aprendeu a viver apenas o momento, fixando suas expectativas no presente e no instante, de tal forma se prioriza e emprega tal ação que a propaganda contemporânea propaga o “aproveitar o agora”, “viver o momento” e “pensar em si

⁵⁹ Bauman, Zygmunt. **A arte da vida**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009. p. 31-32

mesmo”, Bauman⁶⁰ (2007 p. 20) chega a afirmar que o próprio sujeito se torna uma mercadoria conforme expõe em sua obra “Vida para consumo”.

“Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A “subjetividade” do “sujeito” e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias; ou antes, sua dissolução no mar de mercadorias”

Tal transformação cria um ambiente social onde seus indivíduos são movidos pela novidade, o carro novo e uma nova casa, empresários anunciam semanalmente que seus produtos lançados na semana anterior já estão ultrapassados, a busca incessante pelo novo gera tamanha instabilidade que afeta os diversos ramos sócias e dentro do âmbito do trabalho não é diferente, com tanta liquidez e falta de estabilidade o trabalhador passa a ter medo de ser descartado, Bauman afirma que “O velho limite sagrado entre o horário de trabalho e o tempo pessoal desapareceu. Estamos permanentemente disponíveis, sempre no posto de trabalho”, pois existe um exército de reserva além de que com tamanha globalização a mobilidade e flexibilidade das empresas proporcionam mudanças inesperadas, que gera corte de pessoal e altera os planos traçados.

A própria guerra, fato gerador da crise do positivismo, se “atualizou” para o pós-moderno, os conflitos se tornaram isolados, assimétricos, dispersos e assistemáticos, se tornou raro o confronto frente a frente de dois exércitos, o que predomina são ataques brutais e esporádicos, se faz tudo a distância ou escondido, a casos em que não existe um exército em si, mas uma organização, uma célula que esconde seu rosto, sua origem, os chamados terroristas são o maior exemplo de guerra “liquida” surgida no século XXI.

A ideia de liquidez se conecta a de tempo, enquanto a solidez se conectava a de espaço, assim a interação da sociedade liquida é exatamente aquilo que torna o poder móvel, Bauman⁶¹ afirma em seu livro “Modernidade Liquida” que hoje ocorre

⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. A transformação das pessoas em mercadorias. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. p. 20.

⁶¹ Bauman, 2001.

uma desintegração social, resultado de uma nova técnica do poder que teria como base principal o desengajamento e a arte da fuga, pois em um mundo líquido o próprio poder está líquido, assim é necessário um mundo livre de obstáculos e cercas para que ele possa fluir assim qualquer rede mais densa é um obstáculo a ser eliminado, por fim o sociólogo afirma que tal fluidez é a principal fonte de força e de invencibilidade dentro da pós-modernidade, entretanto o produto resultado destas interações é um estado formado pela elite que domina a produção das novas tecnologias, conforme expõe o sociólogo⁶² (BAUMAN, 2010 p. 13).

Se o “fundir a fim de solidificar” era o paradigma adequado para a compreensão da modernidade em seu estágio anterior, a “perpétua conversão em líquido”, ou o “estado permanente de liquidez”, é o paradigma estabelecido para alcançar e compreender os tempos mais recentes – esses tempos em que nossas vidas estão sendo escritas.

3.4 Direito e Justiça Líquidos.

Por um longo período o direito era essencialmente orquestrado por teorias positivistas normativas, se rogava por uma ciência jurídica movida pelo método científico, por isto a lei seria a única resposta possível para resolver as questões dentro do mundo jurídico, entretanto com inserção da sociedade dentro dos ideais pós-modernos se iniciou uma pesada mudança de pensamento e sócio-político dentro dos Estados.

Com essa mudança social o direito precisava de uma nova vertente, percebesse que o ideal empregado pelos positivistas modernos não era capaz de acompanhar uma sociedade em constante mudança e evolução, a tecnologia, o capitalismo e a globalização influenciaram as ideias de justo e de direito da sociedade líquida, entretanto Bauman⁶³ em sua obra modernidade líquida afirma que tal rebelião contra as normas criou um indivíduo incapaz de julgar sua própria condição.

Assim o pensamento pós-moderno iniciou uma nova maneira de se analisar as questões dentro do Direito e da Justiça, precisava de uma nova ideologia mais comprometida com a realidade, com o poder de trazer justiça aos casos concretos, pois a norma positiva não era satisfatória a todos os casos, assim os teóricos do pós-

⁶² Bauman, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 13.

⁶³ Bauman, 2001.

moderno defendem que o homem tem direitos existentes fora dos termos da lei, iniciam no ordenamento jurídico uma preocupação com a pluralidade social, pois segundo eles, não existe um padrão incontestável e imutável de justiça, sociedades distintas fornecem um justo distinto, neste período as certezas dão lugar à incerteza e abre-se um espaço para o diálogo e para reflexões morais.

Amartya Sen⁶⁴ em sua obra “A ideia de justiça” esclarece que é necessário abrir espaços para considerações, os juízos sobre a justiça precisam assumir a tarefa de acomodar vários tipos de razões e considerações avaliatórias. Outra novidade dentro da pós-modernidade é a inserção da moral e da ética dentro do campo da justiça, Bauman⁶⁵ (1998, Pg. 69) ao discorrer sobre a justiça evidencia a importância da ética ao relatar que a ética justifica o estado “O Estado, poder-se-ia dizer só é justificável como veículo ou instrumento da ética.

Lidar com as questões de justiça e ética é um dos grandes desafios da sociedade líquida, com o poder líquido adquirido na pós-modernidade o próprio poder se tornou diluído, Bauman afirma que as atuais formas de organização não funcionam mais, as instituições se tornaram “instituições zumbis”, pois por, mas que elas ainda existam, não é dotado de um padrão ou direcionamentos não possuem uma essência, entretanto, o autor continua afirmando, que ainda não se fez uma alternativa capaz de suprir tais lacunas.

Mas os pós-modernos não abandonaram inteiramente o pensamento científico e racional dos modernos, o que ocorre neste período é uma nova maneira de se pensar a ciência jurídica, existe aqui uma compreensão de que a justiça alcança uma pluralidade de padrões e valores que não podem ficar submetidos a um único conjunto de sistema, como o próprio Bauman expôs, a sociedade carece de identidades, o que resulta em sociedades plurais e complexas, logo a justiça não pode ser fornecida por algumas variáveis ou padrões imutáveis.

Através dos chamados direitos fundamentais, um complexo, duro e inflexível emaranhado de leis, o direito positivo ainda emana no pensamento dos pós-modernos, mas ao mesmo tempo tais direitos são contextualizados, pois precisam que seu tipo seja permeável para alcançar as diversas realidades propostas dentro do

⁶⁴ Sen, Amartya **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo, Companhia das Letras, 2011.

⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 69.

ordenamento pós-moderno, caso isso não ocorra o próprio direito fundamental seria o causador de injustiças, por exemplo, contra as minorias sociais presentes no Estado.

Logo o pós-modernismo foi determinante para que se estabelecessem padrões valorativos e diversificados de Justiça, se entendeu que a própria justiça não tem uma verdade absoluta, o que resta ao julgador e ao legislador é trazer o diálogo para dentro do campo jurídico, agora a justiça não é uma busca por uma instituição justa, mas é a regra que deve ser aplicada em determinada sociedade.

O grande problema ocasionado por essa nova teoria foi o surgimento das relativizações dentro do ordenamento, abriu espaços para julgamentos baseados em apelos à emoção e às crenças pessoais, o que se nota atualmente é o surgimento de um novo modelo de justiça dentro da pós-modernidade baseada no subjetivismo chamado de pós-verdade que pode ser definida como "circunstância em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que apelos a emoção e crença pessoal."

Dentro do direito a emergência por justiça trouxe a pós-verdade para as decisões dos julgadores, sentenças baseadas em subjetividade e ideais políticos como pode se observar em todo o desdobramento da operação Lava Jato, entretanto, sendo o âmbito jurídico um espaço em que não se aceita fatos alternativos não há espaço para a aceitação da pós-verdade e julgamentos políticos dentro das decisões do judiciário, logo a liquidez que se tornou tão presente nos pós-modernos instituiu uma crise dentro do judiciário, a pós-verdade, a nova vertente do pós-modernismo, se tornou enraizada e extremamente presente no judiciário durante a última década.

4 EFEITO PÓS-VERDADE

4.1 Introdução a pós-verdade ao homem e sociedade contemporâneos

A expressão pós-verdade surgiu pela primeira vez no ano de 1992, em uma obra do escritor Steve Tesich, e em 2016 foi eleita como a palavra do ano pelo Dicionário Oxford sendo caracterizada por, como exposto no prefácio do livro “Ética e pós-verdade⁶⁶” (Dunker et al. 2017) “Enunciados que produzem significados sem substrato objetivo, que se impõe em função do apelo emocional e da suposta autoridade ou credibilidade em quem os formula” ou como definida pelo dicionário “relativo ou que denota circunstâncias nas quais fatos objetivos são menos influentes em influenciar a opinião pública do que apelos à emoção e às crenças pessoais” tal fenômeno tem se tornado cada vez mais presente em discussões acadêmicas e até mesmo na própria mídia e sobre tudo no final desta década se tornou presente em eventos de grande magnitude, os influenciando diretamente como a eleição para presidente dos Estados Unidos ou a guerra do Iraque, mas também influenciando através do subjetivo, através de representações literárias e artísticas, moldando o entendimento de ética e justiça da sociedade contemporânea.

Pós-verdade não deve ser confundida com mentira, sendo ela mais complexa que a mentira, pois na pós-verdade é necessário que o indivíduo perca a necessidade, o nexos e vínculo com factual, selecionando apenas aquilo que faz parte do seu próprio universo escolhendo em que acreditar através de um filtro de critérios individuais e subjetivos, logo o homem na pós-verdade é caracterizado pela liquidez de Bauman, mas é também um ser narcisista que define o seu próprio eu como um eu absoluto. Entretanto a pós-verdade inaugura no sujeito moderno uma reflexão sobre a própria verdade como exposto na obra de “Ética e pós-verdade⁶⁷” (Dunker et al. 2017, p.13) “Penso que a pós-verdade inaugura uma reflexão prática e política sobre o que devemos entender por verdade e sobre a autoridade que lhe é suposta”.

Como já exposto a maior característica da pós-verdade é a subjetividade, entretanto, não aos mesmos moldes do propagado pela pós-modernidade, mas sim

⁶⁶ Dunker, Christian. et al. **Ética e Pós-Verdade**. Porto Alegre, 2017

⁶⁷ Id., p.13

uma espécie de falsa negação a esta, como expõe a obra “Ética e pós-verdade⁶⁸” (Dunker et al. 2017, p.14).

“A pós-verdade é o falso contrário necessário do pós-modernismo. como se o politicamente correto, o relativismo cultural e a mistura estética tivessem gerado uma espécie de reação nos termos de uma demanda de real, de um retorno aos valores orgânicos e suas pequenas comunidades de consenso. Como nos romances policiais no qual é necessário existir um suspeito que não é o verdadeiro assassino. Há um lugar necessário para o falso assassino, que torna possível toda a investigação. Podemos pensar agora em um análogo, mas como se fosse um oposto que não é o verdadeiro oposto, mas que se torna necessário para descobrirmos o que verdadeiramente esta sendo negado.”

Adentrando ao campo jurídico da questão, a pós-verdade se tornou sinônimo de preocupação dentro do judiciário Brasileiro, além de ganhar traços combativos, o apelo às emoções e crenças pessoais combinados com uma mídia mais preocupada em defender interesses próprios e de seus apoiadores limitando ou omitindo fatos, tem contribuindo para a instauração de ativismo judicial e decisões fundamentadas em clamor social. Tais fatos são extremamente nocivos ao direito e em especial ao exercício da advocacia, pois além de atacar a essência da profissão indo de encontro com a investigação e argumentação, ela abre espaços para que os próprios advogados se utilizem a pós-verdade em sua atuação e se tal fato ocorrer o próprio direito será “atropelado” e vai de encontro com o que prevê o código de ética do advogado em sua introdução⁶⁹.

Entretanto a pós-verdade não trouxe apenas problemas a sociedade contemporânea, a entrada das redes sociais, como Facebook e Whatsapp, no cotidiano iniciaram não apenas a pós-verdade, mas instaurou uma sociedade mais informada e com maior facilidade o grande problema é que se instaurou um novo mercado que tem como sua mercadoria a verdade.

4.2 Ficção como verdade

⁶⁸ Dunker et al. 2017. p. 14

⁶⁹ “O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao instituir o Código de Ética e Disciplina, norteou-se por princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta, tais como [...] ser fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais [...]

A ficção surgiu junto à humanidade, se propagou pela oralidade, tomou forma com a escrita e se difundiu ainda mais com a era digital, existe um toque de ficção em tudo que se escreve, mas ao mesmo tempo escrever é revelar, é mostrar através das mãos do escritor a sua visão de mundo ao próximo protagonista desta crônica o leitor, pois não existe história sem leitor e segundo Cristóvão Tezza⁷⁰ (Dunker et al 2017, p. 54) “Ele é o interlocutor secreto do texto, a sua sombra, o seu fantasma”, desta forma todo texto, seja um artigo científico, uma propaganda ou um romance ao ser escrito ele é feito para o seu leitor, pensado para ele, o transformando em parte da própria escrita como exposto por Cristóvão Tezza⁷¹ (Dunker et al 2017, p. 55):

“O leitor costuma ser uma figura conceitualmente não problemática, no sentido de que ele precisa ser delimitado com clareza e objetividade por quem escreve. O leitor de um texto científico, de um texto informativo de jornal, de uma peça publicitária é, para usar uma metáfora, coautor do que se escreve, é parte ostensivamente integrante do texto; afinal, os textos são escritos diretamente para eles, condicionados por eles, mesmo não estando eles gramaticalmente ou fisicamente presentes. Trata-se de uma presença indireta, mas delimitável passo a passo; em cada um desses casos, o escritor imagina (ou leva em consideração) grande parte de aspectos muito objetivos: a classe social do leitor, o seu sexo, a sua idade, o seu vocabulário, a sua intuição, o seu senso de humor, a sua origem, a sua religião, etc. Tudo é relevante. Mesmo que o escritor não pense conscientemente nisso esse quadro é o condicionante subjetivo de cada palavra que ele escolhe e escreve, de cada entonação, de cada bloco de informação. De certa forma, nesses três casos, “o leitor manda”, direciona cada mínimo sopro de sentido.”

Desta forma se constata que há na cabeça de quem escreve uma pressuposição de verdade é como um recado, que se passa ao leitor antes da leitura do próprio texto, de que quem o escreve está se esforçando ao máximo para se chegar à realidade, mesmo que tal realidade seja impossível de se alcançar, fazendo que o leitor tenha tal consideração por este esforço a ponto de esquecer que o texto foi “programado” para ele, como exemplo temos um publicitário, em sua campanha ele se esforçara ao máximo para dar a impressão de verdade e mesmo que tal mensagem seja inteiramente falsa o seu autor jamais ira confessar e o leitor vai aceitar tal ação colocando-a como uma espécie de “margem de liberdade criativa” e trazendo tal exemplo ao campo da realidade se tem as redes de “fastfood” e as propagandas de

⁷⁰ Dunker et al. 2017, p. 54

⁷¹ Dunker et al. 2017, p. 55

seus sanduíches tão aquém da realidade, tal situação só demonstra que a ficção se tornou a principal propulsora da escrita.

Voltando ao campo da pós-verdade eis que a ficção foi determinante para seu surgimento, por mais que sua origem seja datada de 1992, pode-se colocar como o seu grande nascimento o 11 de setembro, após o ataque terrorista e injustificado, se propagou em solo americano uma ideia de que a verdade apenas poderia ser tolerada na pauta dos costumes, sendo esta separada em relação à política estatal, na prática ela se tornou seletiva, tal separação deu origem a diversas mudanças na sociedade América e na sua política tanto interna quanto externa.

Na sociedade americana o efeito ficção e pós-verdade criou um discurso culpando irrestritamente qualquer mulçumano abrindo espaço para discursos retrógrados e conservadores justificando deportações e políticas xenófobas contra imigrantes e no campo externo instaurou-se uma forma intervencionista extorsiva, como presente no caso da crise econômica grega e as medidas malignas de austeridade e ajuste propostas para resolver tal crise.

Por fim culminou em uma eleição repleta de elementos da pós-verdade, seguindo à risca a ideia de Nietzsche em que “não existem fatos, apenas interpretações”, com uma campanha agressiva, o agora presidente Donald Trump, utilizou intensivamente um método em que desvalorizava os fatos para uma construção de interesses pessoais e por fim o “*fake news*” ou os fatos alternativos, como denominavam os assessores de Trump, foram o suficiente para lhe garantir uma vitória que foi considerada uma surpresa pelos principais jornais americanos.

4.3 Mercado de verdades

Aos vencedores as batatas, tal ditado talvez seja a primeira expressão de pós-verdade da humanidade e ao mesmo tempo a maior verdade já contada, pois quem conta a história é o vencedor, mas qual história é contada? A verdadeira? Ou apenas uma desconstrução daquela que realmente aconteceu, priorizando os interesses daqueles que restaram vencedores? Não resta outra certeza se não que a verdade sucumbe com os mortos. O mundo passa por uma pseudo calma, pois em especial desde o início da guerra fria o combate saiu do campo das armas e passou a corroer toda a sociedade.

O combate no século XXI gira em torno da crença social, se disseminando ideias se tem uma maior probabilidade de, por exemplo, derrubar um governo do que se teria frente à utilização de uma força armada, é tal a força dessas ideias que os grandes países investem enormes quantias em seus serviços secretos, objetivando não só a proteção contra esses fatores, mas como também utilizando como forma de ataque em uma guerra não declarada. Pode parecer estranho, contudo, hoje não existe uma verdade e sim figuras dela, pois a humanidade sempre foi aficionada por aquilo que se poderia reconhecer como expressa Márcia Tiburi⁷² (Dunker et al 2017 p. 98)

“Essas citações de época, esses pensadores hipercitados no contexto do impacto publicitário das idéias expostas no mercado intelectual, representam um fenômeno que vem nos mostrar algo importantíssimo acerca da cultura: o gosto pelas verdades. Gostamos de verdades, venham elas das ciências naturais, venham das ciências humanas. Verdade são certezas reconhecíveis, referem-se a algo que podemos reter mesmo sem compreender. Toda verdade sustenta. É como alimento. Há verdades para classes sociais e culturais, há verdades religiosas. A verdade que possa provir de uma fonte como Deus é deixada aos econômica e culturalmente mais pobres, enquanto é manipulada pelos que detêm os meios de produção do discurso religioso. O mesmo vale se colocarmos o capital no lugar de Deus. Ora, Deus é um nome para uma idéia que vale como verdade. Capital é o que vale. O que vale pode ser transformado em mercadoria. Uma idéia sempre vale muito, pode sempre salvar a pátria do vazio de pensamento onde estamos afundados ou produzir mais e mais vazio quando se oferece como resposta pronta, como uma mercadoria bem embalada que o consumidor não deve ter a oportunidade de escolher antes de comprar”

Cada classe possui o seu provedor de verdades, seja ele o pastor ou um intelectual para as classes mais abastadas, a verdade é que se faz necessário um “povo” que abstenha a verdade advinda desta “autoridade” e tal autoridade vai formar o pensamento as crenças e a mentalidade.

Seguindo este conceito se analisa o fenômeno da internet, a invenção do século e o maior disseminador de ideias da história, analisando as rede social, em especial o “Facebook” encontra-se o maior “vendedor de verdades”, por costume as pessoas buscam na rede aquilo que lhe atrai, seja culturalmente ou mesmo política, “curtindo” as páginas que lhe atraem e ignorando aquelas que não fazem parte do seu nicho ideológico, tal ação cria um indivíduo que realmente acredita que apenas existe um ponto de vista correto ignorando qualquer outra ideia de confronto as suas e talvez o maior exemplo desse fato esteja na política, em especial na política Brasileira,

⁷² Dunker et al. 2017. p. 98

conforme se nota na corrida presidencial de 2018, através⁷³ de *bots* (robôs) se pode, por exemplo, realizar a disseminação de *fake News* e tal fato pode impactar da tal maneira as eleições que já existem projetos de lei criminalizando o *Fake News* e em uma entrevista recente o presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) Luiz Fux⁷⁴ afirmou que eleições baseadas por *Fake News* podem ser anuladas.

Com o confronto ideológico entre a esquerda e direita, pois a cada vez menos espaço para o diálogo na rede, pois este foi substituído pela premissa de que o “cozinha” e seus políticos de viés de direita são contra o trabalhador enquanto os “mortadelas” e seus membros com viés político de esquerda, apenas querem viver “as custas do estado”, por fim tal fato é impulsor para a criação de uma indústria bajuladora das massas onde aquele que não participa desse jogo com cartas marcadas certamente não entrará para o rol dos que detém o poder e esse “mercado de verdades” servira apenas para polarizar as ideias e dividir a população, pois Nesse mercado já não importa a verdade conforme expõe Márcia Tiburi⁷⁵ (2017, p. 101)

“Cada vez mais afundados na literalidade, as pessoas assumem imaginários impessoais produzidos industrialmente. Cada um pode buscar material abstrato conforme seu poder de compra: em livros, filmes e programas do youtube ou em igrejas e novelas de televisão. O trabalho intelectual está bem dividido, idéias para pobres e para ricos conforme necessidades ideológicas. Intelectuais que conseguem apresentar os conceitos mais palatáveis ou mais redentores são os que fazem mais sucesso no mercado onde as idéias viram mercadorias do mesmo modo que um pastor em uma igreja vende o seu peixe e ganha o seu dizimo”

4.4 Ativismo Jurídico frente à subjetividade do julgador confrontado pela crise de representação política e social.

Não como se falar em um estado democrático de direito sem a separação dos poderes que lhe concedem no caso do Brasil se adota a divisão tripartite do poder aos moldes do que foi desenvolvida por Montesquieu, tal divisão é de extrema importância uma vez que quanto menor for à concentração do poder, maior são as garantias ao

⁷³ MACEDO, Fausto. **O impacto das Fake News nas Eleições 2018**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-impacto-das-fake-news-nas-eleicoes-2018/>> Acesso em: 11 set. 2018

⁷⁴ Folha. **Eleições influenciadas por fake news podem ser anuladas, diz presidente do TSE**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/06/eleicoes-influenciadas-por-fake-news-podem-ser-anuladas-diz-presidente-do-tse.shtml>> Acesso em: 11 set. 2018

⁷⁵ Dunker et al. 2017. p. 101

cidadão contra arbitrariedades advindo de qualquer um dos órgãos conforme explica Pedro Lenza⁷⁶ (2011, p. 433).

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art. 16.

A constituição federal de 1988 delimita a esfera de atuação dos poderes presentes no Brasil, sendo eles harmônicos entre si e independentes, cada poder tem suas funções, o Judiciário em si tem a função de interpretar e respeitar as leis, resguardando os direitos dos indivíduos, direitos que foram delimitados pela carta magna da nação, logo o Poder Judiciário deve atuar se limitando ao que está presente na legislação, buscando realizar a resolução dos conflitos existentes de acordo com a norma vigente, o executivo tem a função de governar e administrar os interesses públicos de acordo com o que está previsto na Constituição e o legislativo tem a função de legislar, ou seja, elaborar as leis que regulam o estado.

Não é difícil perceber que ao longo da história o Poder Judiciário sempre esteve envolvido em questões críticas do estado, tomando decisões que em algumas vezes são criticadas em outras aplaudidas, em especial quando se tem um julgamento que envolve questões políticas. Assim se faz necessário uma separação daquilo que efetivamente é um ativismo do judiciário do que é o fenômeno da judicialização.

Judicialização é um fenômeno com plena ascensão neste século, onde questões sociais, políticas e até mesmo morais são direcionadas ao judiciário pra sua resolução ao invés de serem remetidas ao órgão competente, seja ele o executivo ou o legislativo, assim fica a cabo do Judiciário conhecer e resolver matérias que não fazem parte da competência que a constituição lhe aferiu, assim extrapolando a sua jurisdição e acaba que o judiciário executa o trabalho dos outros poderes, conforme

⁷⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 433

expõe o proeminente ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso⁷⁷ (2009)

[...] significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral [...] A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país [...] A segunda causa foi a constitucionalização abrangente [...] A terceira e última causa da judicialização [...] é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo.

Tais ações inflam o judiciário com causas que não precisam de sua jurisdição, ao modo que instaura uma violação da separação dos três poderes, ocorre que tal violação é motivada muitas vezes pelo silêncio, falta de interesse, ou mesmo pelo interesse dos outros poderes de que o judiciário resolva tais questões, entretanto tanta liberdade concedida ao jurista instaurou o alicerce para o surgimento do ativismo judicial.

O ativismo judicial ocorre por vontade do juiz, onde ele proporcionara um novo entendimento ou interpretação legal de forma muito ampla à norma vigente, interpretação que não é contemplada pela própria lei, é de fato uma tentativa do Judiciário de alavancar sua participação frente aos poderes políticos existentes, com uma maior atuação em espaços que não lhe competem, especialmente quando envolve questões políticas e com um foco ainda mais forte quando envolve o legislativo, onde se encontra uma pseudo justificativa em sanear as lacunas do legislativo inoperante conforme expõe Marco Aurélio Tavares⁷⁸ (2011, p. 105)

Dentro das relações de poder, intrínsecas ao Estado, surge a figura proeminente do Judiciário, hoje o poder em voga no Brasil, já que está em curso uma gradativa execução de uma forma de ativismo judicial, capitaneado pelo STF, ou seja, diante da clara impossibilidade da existência de vácuo de poder, decorrente diretamente de um legislativo inoperante, dominado por escândalos de corrupção, bem como de um executivo anabolizado, que busca dominar politicamente todas as esferas de poder. Surge a figura protagonista dos tribunais e de magistrados que aos poucos buscam limitar os excessos praticados pelas administrações, assim como

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf> Acesso em: 25 jul. 2018

⁷⁸ TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. Ativismo Judicial e políticas públicas: direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011. p. 105

suprir a ausência de definições legislativas que deveriam acompanhar os avanços econômicos, sociais e científicos.

O ativismo judicial é extremamente perigoso, pois permite ao jurista ultrapassar o limite da legalidade e impor sua subjetividade e convicções pessoais em seus julgados, gerando extrema insegurança jurídica, frente a decisões sem respaldo legal ou em dissonância com a jurisprudência atual, tal postura importa na criação de direitos com fundamentos em princípios jurídicos genéricos e não de acordo com a lei, além disso existem outros riscos presentes no ativismo judicial, são eles o risco para a legitimidade democrática, a politização da Justiça e a capacidade institucional do Judiciário e seus limites conforme expôs o proeminente ministro Barroso.

O risco a legitimidade democrática se encontra no sentido que os membros do judiciário não são agentes políticos, não são eleitos pelo povo para desempenhar um papel político e ainda assim acabam “legislando” seja positivamente, dando uma nova interpretação a norma ou negativamente sobrepondo-se a decisões de, por exemplo, o presidente da república eleito por mais de 40 milhões de votos.

O risco em relação à politização da justiça é exposto no sentido em que o direito e os juristas, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), são um “dispositivo” de controle da lei e não criador dela, ao se instaurar “juízes políticos” em um período de grave crise representativa em relação do povo frente ao Legislativo e Executivo é trazer ao âmbito do Judiciário, intrigas políticas que servem apenas para fragilizar um sistema que, conforme expõe o ultimo risco, já está sem capacidade para abarcar aquilo que de fato é de sua competência com diversos processos “parados” sem que haja tempo hábil para que ocorra um dos maiores preceitos processuais o do devido processo legal.

Em um período de pós-verdade os riscos se tornam ainda mais evidentes, a subjetividade do juiz ao julgar é acrescentada pelo clamor social, o juiz passa a ser inquisidor dentro do processo, entrando em um caso prático, sem analisar o mérito da questão, mas apenas o processo, se tem a lava jato e seus desdobramentos processuais, a população, o clamor social, independente de provas ou do devido processo legal, previamente condenou qualquer um que tenha sofrido, por exemplo, um inquérito o que deu margem para os juízes agirem de forma arbitrária, como liberar gravações com conversas do presidente da república e tudo isso com o respaldo no clamor social.

É inegável que em qualquer processo o juiz vai, e deve trazer parte de sua subjetividade para o seu julgamento, como humano é impossível não levar em consideração suas vivências e experiências, contudo tais decisões dependem de um respaldo legal, ocorre que a crise de representatividade, inerente aos pós-modernos, em especial com os políticos, abriu margem para que juízes extrapolassem os limites, justificando prisões, condenações em geral, apenas em subjetividade, seja ela uma nova interpretação da norma em desacordo com a jurisprudência, ou baseado em pós-verdades criadas para satisfazer o próprio ego ou uma população cansada e desacreditada com seus representantes.

Por mais que todo processo seja uma narrativa, uma ficção, é dever do Judiciário chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos, dentro do direito a emergência por justiça, ocasionada pela crise existencial que da pós-modernidade, trouxe a pós-verdade para as decisões dos julgadores, sentenças são prolatadas baseadas em subjetividade e ideais políticos como pode se observar no desdobramento da operação Lava Jato, entretanto, sendo o âmbito jurídico um local em que não se aceita fatos alternativos a verdade, não há espaço para a aceitação da pós-verdade e julgamentos políticos dentro das decisões do judiciário, pois estas instituem uma alta volatilidade nas sentenças proferidas ocasionando ausência de segurança jurídica.

5. CONCLUSÃO

O direito, dentro da história ocidental, sempre ficou subordinado ao poder da literalidade da lei, como se pode analisar através da construção das teorias da Justiça, houve poucos momentos em que o jurista, em especial o juiz, conseguiu se soltar das amarras do positivismo.

Com o surgimento da pós-modernidade iniciou-se uma ruptura com os paradigmas positivista, o homem pós-moderno percebeu que era impossível que o direito (neste caso a lei) acompanhasse, na mesma velocidade, as mudanças sócias e abarcasse todos os problemas que lhe eram impostos, destarte abriu espaço para a introdução de uma visão mais “humana” pelo julgador, abriu-se a possibilidade de adaptações aquém do positivado em lei.

Contudo a sociedade pós-moderna é marcada por diversas caracterizas oriundas de uma crítica aos modernos, existe uma crise profunda dentro do indivíduo pós-moderno, o mundo se tornou globalizado, tudo se tornou fácil e rápido, entretanto tal volatilidade afetou as relações e interações entre as pessoas, gerou uma crise de representação com extrema incerteza sobre os governantes, nem a própria identidade se manteve intacta, o indivíduo deste período tem extrema dificuldade em “achar sua identidade” o transformando em um ser liquido, preocupado apenas com temas inerentes a sua subjetividade.

Dentro da pós-modernidade surgiu um novo conceito gerado pela crise dos pós-modernos a pós-verdade, dentro do direito a pós-verdade surgiu para arrebentar as amarras do positivismo moderno, abriu espaço para julgamentos mais justos e resoluções de questões que antes ficavam sobre o crivo do legislativo, emperradas por um sistema inerte e incapaz de produzir consenso.

A pós-verdade traz seus benefícios e já se tornou inerente ao sistema político-jurídico Brasileiro e por mais que exista alguns benefícios, se faz necessário um controle para que a subjetividade do julgador não ultrapasse os limites constitucionais, em cláusulas abertas pode o julgado se expandir a um nível quase normativo, entretanto, existindo manifestação expressa do legislativo sobre o tema, deve o juiz se submeter a norma e aplica-la.

REFERENCIAS

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf> Em: 02 fev. 2009. Acesso em: 25 jul. 2018

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010

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

_____, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. **Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

_____. **A arte da vida**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

BITTAR, E. C. B; ALMEIDA, G. A. De. **Curso de filosofia do direito**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Nelson Coutinho. 3ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997.

_____. **O Positivismo Jurídico – Lições da Filosofia do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. Ícone editora, 1999.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Tradução de Amador Cisneiros. São Paulo: Edipro, 1995.

_____. **Das leis**. Tradução de Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

Dunker, Christian. et al. **Ética e Pós-Verdade**. Porto Alegre: Litercultura, 2017.

Folha. **Eleições influenciadas por fake news podem ser anuladas, diz presidente do TSE**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/06/eleicoes-influenciadas-por-fake-news-podem-ser-anuladas-diz-presidente-do-tse.shtml>> Acesso em: 11 set. 2018.

GONZALEZ. Everaldo t. Quilici; GOMES. Agostinho Geraldo. **A transposição do pensamento de Augusto Comte no positivismo jurídico brasileiro: cientificidade jurídica e exclusão da dimensão sociológica.** Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=f3840c3e3fb9af1a>. Acesso em 15. Maio. 2018.

HAHN. Hans; NEURATH. Otto; CARNAP. Rudolf. **Cadernos de História de Filosofia da Ciência**, Volume 10, Série 1. ISS, 1986.

KELSEN, Hans. **O PROBLEMA DA JUSTIÇA**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, Hans. **TEORIA GERAL DAS NORMAS**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

_____, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

_____, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARENZ, .**METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACEDO, Fausto. **O impacto das Fake News nas Eleições 2018**. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-impacto-das-fake-news-nas-eleicoes-2018/>> Acesso em: 11 set. 2018

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito – Dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins fontes, 2005.

PERALMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins fontes, 1999.

PROUDHON, P. J. **De la justice dans la révolution dans l'église**. Bruxelas: A. Schnée, 1868.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 14ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

RIBEIRO JUNIOR, João. **O que é Positivismo?**. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. Coleção Primeiros Passos.

RODRIGUES, Rosemary; RIBEIRO, Dias. **O pensamento sociológico: Augusto Comte**. Disponível em: <http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAS/REVIST2007/7.pdf>. Acesso em: 13. Maio. 2018.

SCHLICK, Moritz. **O fundamento do conhecimento**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**, 3ªed. São Paulo, 2017.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. Ativismo Judicial e políticas públicas: direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo. Companhia editora nacional editora da universidade de São Paulo, Volume 10, 1968.