



Diciembre 2014

DA MODERNIDADE À PÓS-MODERNIDADE: A EXIGÊNCIA DE UMA NOVA FORMA DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Edson Vieira da Silva Filho

Vanessa Gavião

Professores do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas
Minas Gerais, Brasil e da PUC MG

RESUMO:

O presente trabalho objetiva analisar a virada de paradigmas ocorrida em decorrência da transição da modernidade para a pós-modernidade, tendo como ponto de partida a obra de Eduardo Bittar, "O Direito na pós-modernidade". Observar-se-á as incertezas, medo e insegurança geradas nesta fase, passando pela noção de Estado Social e pela dicotomia entre o público/privado, bem como os novos valores frente à fragmentação da vida. A partir disto, buscar-se-á apresentar a necessidade de uma nova forma de hermenêutica constitucional, de ordem principiológica, jurisprudencial e de fundamentos, especialmente em vista da atual insuficiência de codificações e códigos de opção.

Palavras-chave: Modernidade. Pós-Modernidade. Paradigmas. Estado social. Público/Privado. Hermenêutica Constitucional.

ABSTRACT

This study aims to analyze the turn of paradigms occurred due to the transition from modernity to postmodernity, taking as its starting point the work of Eduardo Bittar, "The Law in postmodernity." Observing will be uncertainty, fear and insecurity generated at this stage,

through the notion of the welfare state and the dichotomy between the public / private as well as the new values against the fragmentation of life. From this, it will seek to present the need for a new form of constitutional hermeneutics, order of principles, jurisprudence and fundamentals, especially in view of the current lack of coding and option codes.

Keywords: Modernity. Postmodernity. Paradigms. Welfare state. Public/private. Constitutional hermeneutic.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Modernidade: A transitoriedade como novo paradigma: 1.1. A era da incerteza; 1.2. O novo modelo de estado; 2. A pós modernidade: 2.1. Os novos valores; 2.2. O estado social; 3. A nova hermenêutica: 3.1. Regulamentação e Emancipação; 3.2. O liberalismo constitucional brasileiro e a nova perspectiva do conceito de indivíduo; 3.3. A constitucionalização dos direitos; Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

A modernidade e o seu dualismo é tema que ainda suscita uma série de importantes questões para análise, bem como a pós-modernidade com os conflitos inerentes à mudança paradigmática que se opera com seu fim. A análise de tais assuntos implica na consideração da virada de paradigmas, baseada na ruptura dos dogmas modernos para a construção de um novo direito.

Partimos do princípio de um Estado contemporâneo construído sobre uma série de mitos, dentre os quais se destaca o da estaticidade da norma jurídica, propondo um ordenamento duradouro elaborado em codificações que assumiram a pretensão de durar por séculos. Este é nosso ponto de partida.

A revolução francesa forneceu os elementos necessários para que se instalasse a crença de que todo conhecimento poderia ser equacionado, sistematizado e previsto pelo homem, recém-saído da idade média e de sua matriz metafísica.

O império das ciências exatas e do empirismo foi o marco inicial de tal era e no campo do direito, o código napoleônico marcou a pretensão de uma ciência jurídica previsível e determinante, que pretendia manter-se inalterado por mil anos pela sua amplitude de conhecimentos e técnica de elaboração.

Diante deste contexto, as questões reais e concretas, bem como o senso comum foram abolidos no pensamento moderno havendo a prevalência da máxima expressa pela Ordem e

do Progresso, do positivismo contiano¹ assumindo a forma de conhecimento regulação², como instrumento de manutenção do controle justificando-se através da sua pretensa certeza e previsibilidade.

Conforme Prigogine, “A explicação de qualquer fenômeno natural, em termos de leis deterministas, parecia estar à disposição e, uma vez que contássemos com essas leis básicas, daí derivaria todo o resto (a vida, nossa consciência humana) por simples dedução. Com isso, as leis é que existem, não os eventos.”³

Assim, a previsibilidade como palavra de ordem ideológica moderna tem como uma das suas consequências o enfraquecimento dos mitos sociais e o poder analítico do cientista social.

A evolução social é fruto de uma realidade diferente, e a era das codificações mostrou-se incapaz de regulamentar todo o diversificado universo relacional. Por tal fato, a ciência social foi dia a dia caindo no descrédito até que as ciências naturais, passíveis de prova empírica como que em um movimento de disputa, conseguiram um elevado grau de credibilidade e ascensão no mundo moderno, deixando as ciências sociais relegadas a terceiro plano, onde figuravam quase sempre e somente como instrumento de contabilização dos resultados sensíveis dos fenômenos sociais de qualquer natureza.

A estabilidade e as respostas definitivas começaram a ser postas em cheque. A promessa moderna de segurança ruiu rapidamente com a queda da União Soviética e finalmente a morte de Deus, proclamada por Nietzsche não deixou outra opção a não ser, conforme lembra Baumann, a aceitação do destino e seguir uma vida transitória que em suas linhas gerais era de fato predestinada pela inclusão em uma totalidade duradoura.⁴

Neste momento, as crenças não precisam ser coerentes para que se acredite nelas.⁵ Os mitos assumem status de realidade independente de sua verossimilhança, no entanto, válido desde já destacar que somente a capacidade de imaginação não viabiliza uma expectativa da criação de um mundo melhor.

¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: forense Universitária, 2005, pág. 366.

² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: forense Universitária, 2005 pág. 367.

³ PRIGOGINE, I. *O Fim da ciência?* In: SCHNITMAN, D. F. (org.) *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. p.25-40. P. 26-27

⁴ BAUMAN; Zygmunt. *Em busca da Política*. Tradução Marcus Penchet. Jorge Zahar: Rio de Janeiro; 2000. P.42

⁵ idem

O presente artigo terá o seu eixo principal de discussão fundamentado em torno da obra de Eduardo Bittar, “O Direito na pós-modernidade”, esclarecendo desde já que não é relevante para o trabalho proposto a efetiva vinda de uma pós-modernidade, de uma modernidade tardia, de uma trans-modernidade ou até mesmo de uma situação concomitante onde convivem a pré, pós e modernidade em um mesmo espaço e tempo aumentando os conflitos de um momento tão ambíguo.

1. MODERNIDADE: A TRANSITORIEDADE COMO NOVO PARADIGMA.

O conceito de transitório, inovado na modernidade, afetou as ciências exatas, tidas como definitivas e detentoras de verdades únicas, absolutas e atemporais da mesma maneira que afetou as demais formas de conhecimento. Isso porque, a partir de novos fundamentos (a natureza cinética dos saberes), os conceitos anteriores começam a mostrar-se falhos e portadores de “verdades” questionáveis, ocasionando o ressurgimento de uma nova sociologia crítica.

Esta nova sociologia crítica apresenta uma ordem menos analítica e mais histórico-dialética, trabalhando com atos e reflexos, detendo-se em analisar os fatos e suas transformações, ora movendo-se de maneira rápida e complexa, ora mais simples e lenta e, a par de toda essa movimentação, fazendo ressurgir como fênix a ciência social como mecanismo de conhecimento do fenômeno social e de construção de novas teorias que a inserem no mundo da regulamentação, no sentido de legitimação de um discurso de sustentação normativa.

Em um primeiro momento, a descoberta e a possibilidade de verificação através de provas empíricas garantem ao conhecimento científico a comprovação de suas virtudes e vantagens perante as demais formas de conhecimento, tendo propiciado, nos últimos séculos, inúmeros progressos e sinais de desenvolvimento, como por exemplo, através dos princípios da engenharia genética.

Em contrapartida, em que pese a sua imperiosidade, o aparente traço negativo do conhecimento científico consiste no fato de que esta ciência é separada da realidade social, estando afastada do sujeito que a observa. A especialização da ciência permite que ela desenvolva habilidades e conhecimentos técnicos surpreendentes, todavia, ela própria não permite se conhecer, gerando, via de consequência, um anonimato.

Assim, conforme aborda Edgar Morin, a disjunção do saber científico da filosofia e da moral, retirou dele a possibilidade de estruturar seu próprio pensamento, tendenciando às potencialidades subjulgadoras em relação ao progresso científico.⁶

A austeridade dos laboratórios começa a ser abandonada e os fenômenos passam a ser interpretados fora de condições controláveis. Antes de conhecer o ser em si é preciso conhecer o ser no mundo, ou seja, para conhecer o direito como um sistema, é necessário antes conhecer do sistema em suas contingências, em suas peculiaridades decorrentes do seu momento histórico, antecedentes e circunstâncias antecedente. Tal necessidade se assemelha à metáfora heideggeriana da floresta, que só pode ser conhecida através de uma visão interna, a partir de uma clareira, lembrando, pois, o afastamento de conceitos postos e pressupostos, a fim de que, assim, se possa formar um caminho limpo do que acoberta a ideia central do ser.

O novo momento pede que haja uma inversão na ordem de conhecimento. Antes de se interpretar algo em si precisamos antes de ver esse algo, como concreto, ver suas entranhas, fundamentos e bases teóricas, para que, a partir de sua essência, desvelemos sua real profundidade e possamos assim entendê-lo.

O medo, a incerteza e a insegurança como quebra dos paradigmas da modernidade são os pontos nevralgicos da transição para a pós-modernidade, onde o problema está na possibilidade de concretização dos direitos através da busca de meios de ação resposta às tantas perguntas que surgem com a nova realidade, ainda em fase de construção.

A encruzilhada está no fato de que sabemos o que queremos, mas resta a incerteza de como obter nosso intento.

1.1. A era da incerteza

O ápice da modernidade se dá na Europa central nas décadas de 50, 60 e 70, onde os “gloriosos trinta” tiveram como marca o império do “welfare state”, que em seu declínio fez com que se sentisse a perda gradativa da agradável sensação de segurança, quer na busca de empregos, quer na estabilidade de um mercado ou na existência de um Estado de bem estar social agregada à falta de “um agente confiável”, o que passava a afligir todos os membros de uma comunidade. A insônia assombrava as noites e as pressões fizeram com que os dias transcorressem de forma exaltada e descrente em qualquer busca de estabilidade.

⁶ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000

A união européia mostra com clareza a transformação e flexibilidade do novo mundo que se põe aos olhos de todos. Tudo se movimenta com extrema velocidade e de uma forma rápida e que nem sempre é percebida em um primeiro momento. Os mecanismos de defesa de ordem estabilizadora são derrubados com a mesma velocidade.

O positivismo antropocentrista, com início no século XVI, com Bacon, Galileu e Descartes, teve o seu apogeu no século XVIII, com Augusto Comte⁷ e, posteriormente, em meados do século XX, com a escola de Frankfurt, representada por Adorno, Horkheimer e outros expoentes em que o positivismo, sinônimo de previsibilidade e de calculabilidade, promessas maiores da modernidade começam a demonstrar sinais de fraqueza, sendo lançada à semente do pós-moderno⁸ caminhando para a conclusão de que “o velho já morreu e o novo ainda não nasceu”, o que se traduz na máxima pós-moderna: Sabemos o que deixamos, o que não queremos, mas não sabemos o que vamos construir.

Conforme Anthony Giddens, “A modernidade, pode-se dizer, rompe o referencial protetor da pequena comunidade e da tradição, substituindo-as por organizações muito maiores e impessoais. O indivíduo se sente privado e só num mundo em que lhe falta o apoio psicológico e o sentido de segurança oferecidos em ambientes mais tradicionais”.⁹

Segundo Giddens, a modernidade ainda permanece, no entanto, de forma mais radicalizada e universalizada, conferindo a sensação do início de uma nova era da “pós modernidade”, a qual é por ele negada.¹⁰ Vale destacar, todavia, que este entendimento, em que pese a sua importância, parece estar em fase de superação por aquilo que se concebe como “alta modernidade” ou “contemporaneidade”.

1.2. O novo modelo de estado

A ruptura de fronteiras na Europa e a perda de identidade gradativa das nações também afastam heróis do cotidiano, momento em que a família é chamada de uma forma dialética para que o ato cíclico de ser criado e de criar faça parte da história, bem como para que a relação de parentesco substitua preocupações econômicas.

⁷ JAPIASSU, Hilton. Dicionário básico de filosofia. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 170.

⁸ LECHTE, John. 50 pensadores contemporâneos essenciais: do estruturalismo à pós-modernidade. Fieftly key contemporary thinkers. Trad. de Fábio Fernandes. 3. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2003. p. 199.

⁹ GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 38.

¹⁰ Ibidem. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. P. 12-13.

Assim, nação e família “são soluções coletivas para os tormentos da mortalidade individual”¹¹. A perspectiva da mortalidade ganha sentido na ideia da continuidade. Cria-se a ideia de que é preciso que se esforce conjuntamente, em prol de toda a coletividade, para que se afaste a dificuldade individual, eventualmente enfrentada.

Com o passar dos tempos tanto família quanto Estado enfraquecem gradativamente e as perspectivas da criação de uma nova sociedade fraterna, igualitária e segura enfraquecem paralelamente. Cada vez mais sós e mais abandonados pelo Estado e certos do desamparo, os indivíduos passam a ser assombrados por uma sensação de pânico, um medo disperso ao redor que os leva a clamores ilusórios, os quais que se materializam na campanha da “lei e da ordem” ou da “tolerância zero”.

A partir de então, busca-se a pacificação pela guerra, isto é, a estabilização resultante da ameaça. Todavia, apesar dos mecanismos que surgem no mundo jurídico como forma de acesso à justiça, nada de novo em sua essência é criado.

Conforme Ricardo Luiz Lorenzetti, “O Código era a segurança, já que se traduzia em uma sequência temática ordenada de artigos. A imutabilidade era uma das características essenciais, uma vez que não se podia alterar uma parte sem modificar o todo. O Código desenhava-se como espécie de manual de Direito (...)”¹²

As novas fontes de solução de conflito propostas acabam por transformarem-se em, nada mais nada menos, que um simples mecanismo operacional destinado ao desafogamento do sistema assoberbado, mantendo no novo ente as velhas entranhas reacionárias do ser proposto.

A índole reformadora acaba por servir como um simples mecanismo promocional de divulgação de um novo produto no mercado jurídico com promessas de técnicas e métodos revolucionários, por meio da adoção de princípios novos que resultam na celeridade e na amplitude do acesso à justiça. Das promessas, o mecanismo proposto torna-se arcaico com relação à velocidade e acaba por revelar-se uma nova instância de entrave burocrático. O Estado liberal impôs uma regulação que converteu todas as pretensões emancipatórias em perigo social.¹³

Assim, não se procede a crença na reincidência da prática viciosa por parte dos legisladores e em possíveis novos projetos miraculosos aparentemente, mas de pouco potencial operacional por serem apegados excessivamente ao positivismo ortodoxo. Além disso, vislumbra-se a ideia de que se crê na infalibilidade do sistema codificado que tem como pretensão elaborar

¹¹ BAUMAN, Op.Cit., p. 45

¹² LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Teoria da decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 42

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.

um conjunto normativo pronto e acabado, e não em eterna construção e reconstrução, destinado a durar por mais um milênio.

A modernidade como era da racionalidade, e que havia se anunciado como caminho seguro para a autonomia a liberdade do homem, se mostrou, ao revés, inimiga do próprio homem, eis que este foi colocado à serviço dos ditames científico-tecnológicos, abandonando, pois, os ideais e fins humanos.¹⁴

2. A PÓS-MODERNIDADE

O medo do metafísico dá lugar na sociedade pós-moderna ao medo dos detentores do poder, fático ou de direito. A condição eterna do homem é abandonada frente à deslegitimação do mito da criação. Isso porque, o riso e o medo convivem no mesmo espaço, alternando-se ou controlando-se de forma complementar.

Segundo Azevedo, é o momento onde se “minimiza o sentido emancipador da história que o moderno dá ao homem, através dos mitos do progresso, da salvação e da construção da própria história. Não é negado este sentido, mas sua unicidade”.¹⁵

O medo do poder oficial substitui a confiança nele, que seria uma forma de garantia de segurança, e da mesma forma que o riso e o medo, segurança e insegurança se opõem. O poder fornece os dois produtos.

A liberdade em uma sociedade múltipla e democrática possui limites maiores que os esperados, uma vez que é relativizada pelos conflitos surgidos na dicotomia público/privado. Durante toda a fase clássica da modernidade, o principal instrumento para criar uma agenda de opções foi a própria legislação, sendo este um poder que pré-seleciona.

Doutro lado, o principal instrumento moderno para criação do código de escolha foi a educação. Trata-se de um esforço institucionalizado para instruir e treinar os indivíduos na arte de usar sua liberdade de escolha dentro da agenda estabelecida legislativamente.

Embora para Goergen “modernidade e pós-modernidade não se encontram numa relação de superação de uma pela outra, mas numa relação dialética”¹⁶, não se pode ignorar que as instituições da modernidade foram deslegitimadas, bem como o seu discurso educacional.¹⁷

¹⁴ GOERGEN, Pedro Laudinor. *A Crítica da modernidade e educação*. Proposições, v.7, n.2, p.5-28, JUN, 1996. P. 22

¹⁵ AZEVEDO, M. de C. *Não moderno, moderno e pós-moderno*. Revista de educação AEC, v. 22, n. 89, p.19-35, out./dez. 1993.

¹⁶ GOERGEN, Pedro Laudinor. *A Crítica da modernidade e educação*. Proposições, v.7, n.2, p.5-28, JUN, 1996.p. 63

Explícita ou implicitamente, as instituições políticas vigentes vivem hoje um processo de abandono ou diminuição do seu papel de criadoras de código e agenda, o que não significa que se amplia o âmbito da liberdade negativa ou a liberdade de opção individual. Tal fato significa tão somente que a função de estabelecer código e agenda está sendo decididamente transferida das instituições políticas para outras forças.

Se seguirmos o mapeamento habitual dos principais campos de batalha da liberdade, essa última tendência bem pode ser lida como indicativa, do abandono do agendamento coercitivo como tal. O problema, porém, é que ainda há uma agenda de opção e ela não tende a se tornar menos dura e coercitiva só por não ser estabelecida politicamente.

Praticamente as mesmas observações se aplicam ao Estado atual do código de opção. Assim como a agenda de escolha, esse código é feito e refeito primordialmente pelas pressões de mercado. Mesmo se outras instituições (incluindo as educacionais) medeiam sua feitura o código que promovem tende a se formar por semelhança à conduta modelo que os indivíduos deveriam adotar se receptivos ao mercado.

2.1. Os novos valores

Dentre os valores pelos quais os que optam são orientados a fazer suas opções, o potencial de entretenimento dos objetos e eventos ocupa um lugar de destaque. Os efeitos pelos quais se avalia o sucesso na aplicação do código são, no entanto, as experiências vividas pelos próprios agentes.

Na estratégia de vida informada pelo código de escolha atualmente dominante, as coletividades humanas adquirem valor, sobretudo como agrupamentos de agentes voltadas para si mesmos. Seu valor é, primordialmente, o dos cenários em que os esforços para a busca de sensações podem adquirir, isto é, trata-se de um valor acrescido pela ressonância em agentes similares, sendo assim, de certa forma, reforçado pelo poder dos números.

A consequente decomposição da comunidade encontra correlação na fragmentação da vida e de cada uma das suas unidades constitutivas. Essa decisiva mudança do código, efetivada pelo acúmulo de feitos à experiências episódicas, pode ser exemplificada como o gradual deslocamento do valor da saúde para o de boa forma.

¹⁷ TERRÉN, E. *Postmodernidad, legitimidad y educación. Educação e Sociedade*, v.20, n. 67,p.11-47, ago. 1999.p. 12

A força e a fraqueza da razão autônoma alimentam-se da mesma raiz. Essa razão zomba do desesperado desejo humano de tranquilidade. É pôr isso que tão frequente e amplamente provoca ressentimentos nos indivíduos que não conseguem alcançar o objetivo tão almejado.

O projeto de autonomia tem dois gumes e não pode ser diferente: a sociedade, para ser independente, precisa de indivíduos independentes e estes só podem ser livres numa sociedade autônoma, o que está intimamente ligado aos espaços públicos e privados.

Os interesses particulares, como o bem estar, por exemplo, migraram para a esfera pública, que agora assoberbada de funções perde por completo sua operacionalidade. Os problemas individuais passam por um processo de banalização e a liberdade perde muito de sua imperatividade. As ideias mercadológicas e a pressão da própria mídia desvirtuam os valores individuais e criam uma massa de pessoas deslumbradas com objetivos quase sempre irracionais.

Invertem-se as pressões sobre a linha de divisão/conexão entre o público e o privado. A liberdade posta como promessa da modernidade perde quase totalmente seus princípios fundadores no correr do tempo. O interesse público a atropela sem maiores escrúpulos.

Ainda na esfera pública, a instância política perde gradativamente sua legitimidade e o princípio democrático deixou de ser o espelho de uma representação válida. Diante deste cenário, a educação é a única medida que poderia reconduzir o real ao ideal.

Neste viés, a educação se faz crucial, pois a falta de consciência crítica do representado gera um afastamento de seu representante de seus compromissos e naturalmente de sua função basilar, qual seja, a promoção do bem estar.

As opções individuais são, em todas as circunstâncias, limitadas por dois conjuntos de restrições. Um é definido pela agenda de opções: o conjunto de alternativas efetivamente disponíveis. Toda opção implica escolher uma coisa dentre outras e raramente o conjunto de coisas a escolher depende daquele que escolhe. Outro conjunto de restrições é definido pelo código de escolha: a regra que indicam com base em que se deve preferir uma coisa a outras e quando a escolha é adequada ou não. Os dois conjuntos de restrições criam um quadro em que opera a liberdade a de opção individual.

No entanto, a esfera pública/privada, como qualquer cenário ambivalente ou terra de ninguém, é um território de constante tensão e luta, tanto quanto é o espaço de diálogo, cooperação e compromisso.

Assim do moderno ao pós-moderno vemos a quebra de paradigmas, de valores, crenças e esperanças, promessas e decepções: os sonhos perdem-se. Uma nova utopia, contudo, abre no horizonte novas promessas: a democracia liberal.

Da teorização à prática, temos na democracia liberal um Estado diretor dos interesses sociais. Um Estado atividade meio e não atividade fim, como tem em sua versão desvirtuada dos conflitos narrados. Mais consumo é igual a mais acúmulo de riquezas e, via de consequência, mais violência e mais necessidade de proteção.

O consenso leva à necessidade de maior participação do povo no Estado. Destaca-se, porém, que neste Estado, certamente, haverá um conflito entre público e privado, contradições e incertezas, liberdade versus igualdade.

A nação oferece uma via de escape para a liberdade, nada tendo que escolher quando o espaço público é frio e impessoal demais para garantir tranquilidade face às responsabilidades. Assim, existe uma migração da república do Estado nação, se tornando este menos democrático. É porque a república no Estado-nação perde rapidamente o seu potencial de definir e promover o bem estar que o território do Estado-nação está passando cada vez mais nas mãos do setor privado.

Além da economia política da incerteza e a liberdade sem precedentes, é chegado um momento em que há pouca utilidade para ela e pouca chance de transformar a liberdade de restrições em liberdade de agir. Nesta esteira, a economia política da incerteza é o conjunto de regras para pôr fim a todas as regras impostas pelos poderes financeiros, capitalista e comercial extraterritoriais no que concerne às autoridades políticas locais.

O trabalho, transformado na modernidade em labor, assume a forma de mercadoria em sua plenitude e passa a ser objeto de troca baseada na exploração do homem pelo homem, com o fito de transformar seu trabalho em bem de consumo, em uma sociedade em que tudo que não é útil é descartado ou reciclado, adaptável através de “instrumentos de atuação, de controle e de planejamento. Desse modo, a ciência jurídica torna-se um verdadeiro saber tecnológico”.¹⁸

2.2. O estado social

A viabilidade de um Estado pós-moderno parece, então, encontrar um fundamento social, no sentido de minimizar diferenças e combater explorações do Estado para com o particular e entre classes antagônicas.

A feitura de leis pela e para a sociedade traz a legitimidade para que o sistema legal seja reconhecido e legitimado. A adoção de novas práticas é um imperativo para que sejam dadas

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003,

alternativas aos membros da sociedade. Um exemplo é a implantação de uma renda básica, “mas não uma imposição coletiva à opção individual”.

A república não se destina a normatizar um modelo de vida perfeito e acabado, mas sim permitir a discussão e prática do modelo de vida escolhido pela população.

O novo mundo exige tolerância e convivência entre diferentes. O paradigma da pluralidade dos indivíduos que compõem a coletividade surgida na pós-modernidade faz com que o homem, centro do universo, mas longe da proposta divina, assuma seus contornos e seja complacente com seu igual. Igual por ser tão diferente como ele próprio.

O inimigo interno não existe em situações regulares. O perigo em abstrato torna-se concreto quando levado às últimas consequências por um Estado paternalista e diretivo.

O inimigo está à nossa porta, e “ele é nós”.

3. A NOVA HERMENÊUTICA

Aqui entra o novo direito, a ser levantado sobre novos paradigmas e que surge dos fenômenos sociais concretos, encontrando nas codificações que foram criadas em um momento de um positivismo ortodoxo e intransigente, instrumentos incompletos, inadequados por haverem sido forjados a partir de premissas e princípios falsos ou falseados por atenderem a interesses espúrios, como a manutenção do poder como ele se encontra.

É o modelo de um estado meio e não um estado fim. O estado serve ao estado não tendo como meta a promoção de direitos sociais e/ou fundamentais. Em suma, se a teoria não confirma os fatos é simples: alterem-se os fatos.

Acontece que mais do que perceber o real móvel do ser, deve o hermeneuta fazer com que o desvelado seja compartilhado por todos, sendo o direito (nosso ser no caso) posto a nu, como o rei em seus trajes de tecidos invisíveis aos olhos dos tolos.

Não há na hermenêutica o propósito da construção, mas sim de uma nova avaliação do construído. A meta não é criar crise ou uma distância entre o discurso e a realidade, mas sim delatar a crise que não é criada, porém que efetivamente existe de forma velada e, portanto, deve ser denunciada.

A nova realidade social ou a realidade social somente agora percebida, de índole móvel ou de mobilidade bem maior que a com que estávamos acostumadas, traz uma nova necessidade de uma sistemática regulamentar diferenciada. O novo direito do século XXI precisa de uma nova operacionalidade. As velhas propostas de novas roupagens já não cabem mais. Chega de farrapos cerzidos e adaptados.

A relutância na implementação dos direitos sociais e do acesso à justiça são véus que pesam muito e que devem ser puxados com toda força extra que a inquietude do hermenêuta lhe dá.

A permanente crise do direito e seu trato. Se entendermos o direito como algo com mobilidade e contínuo podemos crer em uma permanente crise, o que pode ser bom ou ruim.

A leitura do posto nos dirá se a crise faz com que a norma seja constantemente revista e reconstruída ou se estagnar-se-á, fazendo com que haja uma obstrução no curso do movimento, com as consequências mais danosas que possamos imaginar.

Nova visão obtida sob os caminhos de uma velha sistemática é uma repetição do posto, com novas palavras. A crise se mantém, mas o rótulo e a embalagem são mudados, com o mesmo cerne e em assincronia com a realidade social.

O direito passa por uma série de transformações, adequadas ao ritmo de movimentos culturais, econômicos e sociais, seguindo por vezes os processos convencionais, embora, em situações mais “(a)diversas” esteja sujeito a outros tipos de mudanças menos ortodoxas, como no caso do surgimento de Novos Direitos, ou de novas formas de exercer os já consolidados.

Assim um direito móvel e plural adequado à realidade de um direito cinético e que permite a formação de novos direitos de maneira não ortodoxa é o caminho proposto.

3.1. Regulamentação e emancipação.

Com a afirmação que o engessamento jurídico foi trazido pelo positivismo ortodoxo, em virtude de ser ele extremamente apegado ao dogmatismo e avesso a novas formas (fórmulas) de alternativas de soluções de conflitos, torna-se necessário que haja uma releitura da teoria do direito de forma estática e cinética.

Neste sentido, “enquanto a tensão entre regulação e emancipação foi protagonizada no paradigma da modernidade, a ordem foi sempre concebida numa tensão dialética com a solidariedade, tensão que seria superada mediante uma nova síntese: a ideia da boa ordem.”¹⁹

Parte-se da hipótese de que uma (re) construção ou no mínimo uma releitura de ordem constitucional é imperativa para que se possa afirmar que a Constituição Federal de 1988 é um documento de ordem liberal, o que deve retratar o sistema jurídico construído sob sua égide; que além de liberal, a sociedade reconhecidamente plural, tendo esta pluralidade como seu objeto de tutela, permite uma construção / interpretação mais flexível das normas e do processo de jurisdição; que o discurso da igualdade formal confronta-se com os princípios da

¹⁹ SANTOS, B. de S. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. v. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

igualdade material fundante do Estado brasileiro e o acesso pleno a um Estado de direitos, individuais e sociais, não se coaduna com a prática e hermenêutica vigente; finalmente, pode-se afirmar que a reconstrução do direito é necessária e deve ser pensada em breve espaço de tempo, pois a dissociação do discurso e da prática são os principais elementos que compõem a atual crise, vista de uma forma ampla, e que desembocará no caos pela insustentabilidade da teoria e perda de perspectivas (pro)postas na carta magna.

O novo paradigma escapa ao anterior, pois a modernidade, de acordo com a linha do intervencionismo mínimo de ordem liberal, traduz-se no pensamento de industrialização²⁰, de promessas de mudanças, de fracassos sentidos pela grande parcela de excluídos, que foi criada pela divisão entre países desenvolvidos e em desenvolvimento²¹.

Diante disto, tem-se como hipótese central a de que a estrutura de solução dos conflitos no mundo contemporâneo foge totalmente ao formato do direito vigente no Brasil contemporâneo. A Constituição Federal acena como uma linha positivista não ortodoxa onde as soluções resultantes de uma relação dialética entre direito e comunidade são bem vindas, afastando-se do judicialismo excessivo determinados casos, nos quais a conciliação ou transação tem mais espaço e mais legitimidade, em vista da falta de interesse de tutela por parte do Estado. Isso porque, o Estado se configura como não intervencionista por natureza mas, paradoxalmente, mostra-se excessivamente propenso à ingerência em conflitos que não lhe dizem respeito por vício histórico.

Segundo Boaventura de Souza Santos, a crise do Direito ocorre quando se constata que as classes populares não detinham força política para garantia de direitos sociais, anteriormente assegurados pelo Estado:“(...) quando posto ao serviço das exigências regulatórias do Estado constitucional liberal e do capitalismo hegemônico,o direito moderno, assim reduzido a um direito estatal científico, foi gradualmente eliminando a tensão entre regulação e emancipação que originalmente lhe era constitutiva.”²²

Apesar disso o direito que vemos ser construído no dia a dia, quer nas casas legislativas, que nos tribunais é claramente reacionário e de índole formalista, tendo como uma das premissas que a inflação de diplomas legais e a intervenção do Estado com suas constantes edições é o único mecanismo eficiente para o controle de práticas indesejáveis em sociedade.

²⁰ LECHTE, John. 50 pensadores contemporâneos essenciais: do estruturalismo à pós-modernidade. Fifty key contemporary thinkers. Trad. de Fábio Fernandes. 3. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2003. p. 224.

²¹ A expressão em desenvolvimento, “politicamente correta” costumeiramente é substituída por região marginal, excluídos e sub desenvolvidos, efetivamente mais adequadas.

²² SANTOS, OP. Cit. P. 164

Da mesma forma, as cortes superiores mostram-se aflitas ao perceberem qualquer movimento no sentido de desjudicialização de soluções de conflitos e da minimização da intromissão estatal no regramento de condutas.

Propõe-se assim a perspectiva de um novo direito a ser criado e / ou transformado nos moldes de um Estado de direito, moderno, democrático e por consequência não intervencionista, por ser esta a única aceitável em um momento histórico como o atual, onde se pretende formar uma base jurídica capaz de prover uma prestação jurisdicional legítima. Assim, o objetivo é demonstrar que a Constituição Federal de 1988 não só admite, como fomenta uma forma de Estado menos intervencionista, liberal e libertário, na qual novos direitos elaborados sob novos matizes não são somente desejáveis, mas também imprescindíveis. A natureza plural da sociedade brasileira se viu reproduzida em um Estado com uma tendência de adoção de um pluralismo jurídico.

É ainda objetivo demonstrar que os óbices a este tipo de direito são grandes por nossa índole tradicionalista e, principalmente, por que um direito que possua um olhar social voltado para os conflitos de um Estado que prioriza direitos sociais vai de encontro a uma série de fatores (super) estruturais de formação do Estado, o que coloca em cheque os interesses de manutenção de poder e domínio vigentes.

Para tanto é preciso debater o sistema jurídico como se encontra implantado, buscando exibir a máscara que encobre sua real finalidade, a manutenção de um sistema dominante que antecede a carta magna de 1988 e que se valendo de um discurso neoliberal encobre um direito conservador e garantidor da distância entre classes sujeitas ao direito e beneficiadas por ele.

Assim, partindo da discussão geral, faz-se imprescindível a elaboração de um discurso delator e transformador, capaz de fundamentar novas perspectivas libertárias e não intervencionistas de um novo direito, paradigma do atual Estado, cujas bases legais legítimas deveriam estar sendo (re) construídas desde 1988.

3.2. O liberalismo constitucional brasileiro e a nova perspectiva do conceito de indivíduo.

Deve-se assim buscar um discurso legitimador para que se estruture uma série de novos direitos no século XXI, novos direitos previstos e propostos na Constituição Federal de 1988 e que só se concretizarão se justificados com bases sólidas que possam desconstruir uma série

de paradigmas reacionários e ortodoxos sobre os quais nosso sistema jurídico se estrutura até os dias de hoje.

Sem a abertura de novas janelas, a tendência da manutenção de codificações fechadas e de interpretações reacionárias se manterá inalterada, deixando que a proposta de uma nova forma legal de bases constitucionais se perca no tempo.

O que se pretende não é seguir parte das correntes do que se chamou de direito alternativo, mas sim apresentar um instrumento de fixação da ideia de um direito com fundamentos constitucionais móveis, plurais, humanitários, igualitários, fraternos e com ênfase aos direitos individuais e sociais.

Acontece que hoje não se pode conceber um regramento destinado ao indivíduo visto de forma insular, uma vez que só se concebe a relação, incorrendo no risco de usar-se de um pleonismo, entre pessoas, e, mais ainda, tal relação não atinge apenas os que estão imediatamente ligados a ela, tocando a outros que mediatamente sofrem suas consequências por vias avessas.

O particular frente ao Estado e o particular frente ao coletivo são duas coisas diferentes. Sempre somos algo frente a um grupo, a uma grei, a uma coletividade. Uma vez reconhecida que a divisão vai além do Estado e indivíduo, pois temos sim Estado e sociedade civil, temos ainda que reconhecer que as transformações de ordem gigantescas pelas quais passou a sociedade no último século resultam em nova percepção da esfera privada.

A interação do Estado passa a ser inerente a sua atividade, vez que a hipossuficiência do homem e de seus grupos frente à evolução célere e a informação em massa a que estamos sujeitos nos fazem vulneráveis ao mercado, cada vez mais forte e fundido em grandes blocos. Paralelamente às grandes carências e grandes monopólios, exige-se a presença de uma força estabilizadora de natureza supra individual, a qual deverá ser neutra, dentro do possível ou do desejável.

Assim, a intervenção estatal na forma de produção e, conseqüentemente, na economia passou a ser de indesejada à dispensável, posteriormente à acessória e, por fim, à elementar. Com o novo ordenamento constitucional, os microssistemas foram reconhecidos, estando eles lado a lado com o novo paradigma jurídico proposto, ora dividindo espaço anteriormente exclusivo do direito privado, ora mostrando-se híbridos de privado e público, demonstrando assim a clara tendência contemporânea.

Os microssistemas surgidos perante as legislações codificadas, caracterizam-se como normas com grande grau de autonomia, apresentando fontes próprias, leis, regulamentos,

interpretação, congressos científicos e outras minúcias que demonstram sua especificidade, até que se constituam como subsistemas regulados.²³

Da mesma forma que a sociedade é reconhecida como plural, a ordem jurídica apresenta sinais de também sê-la, abandonando a antiga dicotomia. União e dissociação contínuas são as novas marcas da atual percepção de uma nova sistemática jurídica constitucional. Pode ver-se a privatização do direito público e a publicização do direito privado concomitantemente.

A intervenção, é claro, subsiste, mas de forma mais amena, mais comedida, e principalmente com outros fins. A meta-proteção do Estado foi trocada pela meta-proteção do cidadão.

3.3. A constitucionalização dos direitos.

Com o surgimento de um novo estado, moldado por uma nova ordem constitucional, uma releitura (ou reconstrução) de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional se faz necessária para que a concretude dos princípios trazidos na carta magna seja operacionalizada com um mínimo de eficácia e legitimidade.

Até que se proceda à uma (re) estruturação do sistema jurídico positivado de forma a espelhar a norma fundamental, a delação da ilegitimidade do sistema jurídico vigente (quando inadequado aos princípios constitucionais) deve nortear os operadores do direito, nos mais diversos níveis para que um grau mínimo de garantias seja atingido.

A constitucionalização aqui abordada trata-se de uma nova forma de hermenêutica constitucional, na qual a forma de interpretação dogmática deve ser substituída por uma outra, de ordem principiológica, jurisprudencial e de fundamentos, em que as bases são adaptadas aos postulados, sem a necessidade de leis complementares, apegando-se ao novo estilo constitucional de natureza híbrida entre regras e princípios.

Valores e princípios constitucionais devem ser tidos como regras autoaplicáveis, por meio dos tribunais constitucionais e dos doutrinadores, evitando um novo ciclo positivista, que redundaria na volta ao antigo problema dogmático das codificações com promessas de perenidade.

Sem estar de acordo com os princípios postos na norma fundamental o direito posto é inválido para o Estado fundado sob aqueles. Esta regra interpretativa é de caráter obrigatório, já que nem mesmo o mais ferrenho dos positivistas, por mais dogmático que seja, pode ousar a contrariá-la, sob pena de trair seus próprios princípios.

²³ LORENZETTI, OP. Cit. P.44

Esta aplicação direta tem como instituição catalisadora o Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo às demais instancias judiciais e, como dito, às fontes doutrinárias, que norteiam as decisões, fundamentando-as e criando precedentes.

Não se trata de ruptura, mas de uma nova hermenêutica, de uma flexibilização de algo que dada à sua rigidez quebraria ao ser forçado.

O Direito não deve ser monopólio do Estado, face às inúmeras ordens jurídicas existentes. “Neste momento da análise, sublinho apenas que, para des-pensar o direito num período de transição paradigmática, deve forçosamente começar-se por separar o Estado do direito. Essa separação tem dois propósitos, o primeiro dos quais é mostrar que não só o Estado nunca deteve o monopólio do direito como também nunca se deixou monopolizar por ele. [...] Em segundo lugar, a rejeição arbitrária da pluralidade de ordens jurídicas eliminou ou reduziu drasticamente o potencial emancipatório do direito moderno.”²⁴

Toda vez que o legislativo afasta-se dos anseios ou da realidade popular ou social cabe ao judiciário, através de seus mecanismos de controle, destemperar o excesso ou incrementar a falta. Não nos referimos ao controle de constitucionalidade das leis, mas sim à uma força nova, que consiste na adequação da constitucionalidade das leis.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

Uma nova constituição surge no Brasil em 1988, refletindo uma série de fatores sociais, políticos econômicos demagógicos e buscando atender reais anseios ao mesmo tempo em que procurava manter veladamente o ciclo de dominação sob o qual vivemos de há muito.

O fato é que os influxos liberais e as novas perspectivas de ordem individuais pluralistas ganharam força e passaram a colidir com os direitos postos, caracterizados manifestamente como instrumentos de manutenção de poder, gerando assim uma crise sistêmica.

Com o discurso em colapso e a dogmática civil em dissonância com a dogmática constitucional, houve o clamor por uma nova hermenêutica na qual os laços entre ambas fossem reatados e os princípios sobressaíssem aos textos, ou seja, a matéria transcende a própria forma.

Tal busca de transcendência nos leva à tendência de uma constitucionalização através de mecanismos jurisprudenciais e doutrinários, onde a razão de ser da norma, de ordem

²⁴ SANTOS. Op. Cit. P. 171-172

constitucional a entende como algo em transição, atendendo ao novo homem e às novas formas relacionais por ele adotadas.

A palavra chave de todo o assunto é flexibilização. Uma flexibilização de ordem sistemática, onde o conteúdo não se adstringe ao nominalismo do contingente, mas sim ao seu ideário. A coisa é a própria coisa, e não a sua definição ou a pretensão do que ela seria ou qual o nome dado à coisa. Sua essência é volátil, é mutável, é plural e não pode ser tratada como estática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, M. de C. *Não moderno, moderno e pós-moderno*. Revista de educação AEC, v. 22, n. 89, p.19-35, out./dez. 1993. P. 91

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Modernidade líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: forense Universitária, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

_____. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

GOERGEN, Pedro Laudinor. *A Crítica da modernidade e educação*. Proposições, v.7, n.2, p.5-28, JUN, 1996.

_____. A Avaliação universitária na perspectiva da pós-modernidade. *Avaliação*, v.2, n.3, p.53-65, set. 1997.

JAPIASSU, Hilton. *Dicionário básico de filosofia*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LECHTE, John. 50 pensadores contemporâneos essenciais: do estruturalismo à pós-modernidade. Fifty key contemporary thinkers. Trad. de Fábio Fernandes. 3. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Teoria da decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000

PRIGOGINE, I. *O Fim da ciência?* In: SCHNITMAN, D. F. (org.) *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. p.25-40.

TERRÉN, E. *Postmodernidad, legitimidad y educación*. *Educación e Sociedade*, v.20, n. 67, p.11-47, ago. 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. São Paulo: Cortez, 2000.