
REFLEXÕES SOBRE O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

Getúlio Eustáquio de Aquino Júnior
Procurador da Fazenda Nacional
Especialista em
Direito Público - UNB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os paradigmas jurídicos; 1.1 A noção de paradigma; 1.2 Da pré-modernidade à modernidade; 2 A pós-modernidade; 2.1 A crise da modernidade e o surgimento da pós-modernidade; 2.2 A compreensão do fenômeno; 3 O pós-modernismo jurídico; 3.1 Os reflexos da pós-modernidade no direito; 3.2 A questão da eficácia do direito em tempos pós-modernos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A pós-modernidade é o cenário no qual o direito se insere nos tempos atuais. Baseado nesta premissa, o presente estudo tem como objetivo identificar e analisar algumas das perplexidades existentes no mundo jurídico neste contexto de profundas incertezas e pluralidade de possibilidades. Cuida-se, portanto, de perquirir acerca das influências deste novo paradigma no exercício do direito, a partir de questionamentos postos sobre as bases que erigiram a dogmática jurídica do período moderno. Nessa perspectiva, e a fim de uma melhor compreensão do fenômeno, visitou-se inicialmente as eras da pré-modernidade e da modernidade, para após proceder-se a uma incursão no universo jurídico pós-moderno, tecendo um diálogo que termina por desaguar na problemática da eficácia do direito na sociedade contemporânea.

ABSTRACT: The postmodernity is the context where Law places nowadays. Based on that statement, the present text intends to identify and to analyze some of the legal perplexities that are related to this new paradigm, which overcame the eras of premodernity and modernity. In the Law scene, the postmodern condition, which has been building against modern notions incapable of responding sensibly to the problems of our contemporary world, results especially on a lack of response to social and legal questions.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do direito. Paradigmas jurídicos. Transição paradigmática. Pós-modernidade. Pós-modernismo. Crise de jurisdição. Eficácia do direito.

KEYWORD: Theory of Law. Postmodernity. Postmodern condition. Legal paradigm.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar o fenômeno jurídico sob a ótica do período conhecido como pós-modernidade. Assim, será investigado o direito e a atividade jurídica à luz daquela era que se denomina pós-modernidade, buscando identificar e analisar os efeitos que este novo paradigma está a operar no mundo jurídico, haja vista que tal compreensão revela-se extremamente relevante, quicá imprescindível, aos operadores do direito.

Para tanto, necessária se faz uma prévia exploração das fases que antecederam o século XXI, fundamentalmente a chamada era da modernidade. Tendo esta como ponto de partida, mais lógico se torna o estudo de todo o arsenal de elementos que compõe o direito moderno, quadro a partir do qual fica mais fácil visualizar as questões que envolvem as atuais incertezas do cenário jurídico. Nesse sentido, será apresentada inicialmente uma noção dos paradigmas jurídicos, em especial o da pré-modernidade e o da modernidade.

Em seguida buscar-se-á compreender o estágio atual do direito, com vistas a precisar quais são as questões que o incomodam nestes novos tempos. Para isso se discorrerá sobre a crise da modernidade e o conseqüente aparecimento da pós-modernidade, bem como se procederá a uma incursão jurídica no universo pós-moderno, a qual desaguará no problema da eficácia do direito. Com isso, o que se pretende ao final é lançar discussão sobre os rumos que o direito vem trilhando na sociedade contemporânea.

1 OS PARADIGMAS JURÍDICOS

1.1 A NOÇÃO DE PARADIGMA

Pode-se afirmar, sem margem a dúvidas, que a sociedade contemporânea está a experimentar um tempo de profundas mudanças e incertezas. Essa simples constatação advém da observação dos mais diversos aspectos da vida cotidiana. Assim, como não poderia deixar de ser, as inúmeras dimensões sociais e individuais do homem, tais como o plano filosófico, o biomédico, o político, o artístico, entre outros tantos, também vivenciam esta realidade dinâmica e inconstante.

Diretamente relacionado a essa problemática, emerge a figura conceitual dos paradigmas, hoje largamente trabalhada pela ciência e reiteradamente tomada como ponto de partida para análise das transformações da vida e das sociedades contemporâneas.

Consoante ensina Thomas Kuhn, para a ciência, pode-se compreender como sendo paradigmas “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.¹

Delinea-se, dessa forma, um elemento conceitual a fim de auxiliar na análise das transformações, e que se mostra útil, sobretudo, na compreensão das perplexidades de um tempo em que as respostas parecem não corresponder aos anseios sociais formulados².

Ao tratar da relevância da noção de paradigma, Menelick de Carvalho³ aponta bem o duplo aspecto que a envolve. Para ele, é certo que tal concepção serve para traduzir a evolução como um processo em que figuram múltiplos eixos temáticos, apresentando-se sucessivamente por meio de rupturas, e que condicionam a ação e a percepção humana em função da linguagem e da comunicação. Por outro lado, não é menos verdade que o paradigma tende a apresentar um quadro um tanto quanto simplificado do panorama em estudo, mas que se valida na medida em que representa a visão mais hegemônica de certa sociedade, compreendida em certo contexto, num dado período de tempo.

No campo que toca ao específico interesse desta análise, qual seja, a seara do direito, as transformações havidas – assim como deverá ser naquelas por haver – se apresentam igualmente bastante impactantes e desconcertantes, uma vez tido o direito como principal instrumento social que tem por fito a regulação das relações interpessoais.

Nesse sentido, diretamente relacionado ao campo do direito, emerge o conceito de paradigma jurídico, que pode se entendido como:

o modo de ver e perspectivar a Constituição e o Direito de cada Estado e Sociedade segundo os valores e verdades aceitos de cada época, procurando, na medida do possível, enxergar através dos prismas contemporâneos, sem esquecer-se de que nos situamos em um espaço físico-cultural-histórico distinto ao olharmos o passado, vermos o presente – muitas vezes ainda turvo – e procurarmos

1 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996. p. 13.

2 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 1. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 11. Especificamente em relação ao plano do direito, o autor assinala que “as razões tradicionais e modernas já não mais respondem às necessidades corriqueiras do sistema jurídico”.

3 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. p. 236. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília, nº 6, p. 233-250, junho-dezembro 1998.

vislumbrar o futuro.⁴

A partir dessas iniciais considerações, pode-se assinalar que os grandes paradigmas sobre os quais se debruça a ciência jurídica, e que pertinem ao presente trabalho, são os da pré-modernidade, o da modernidade e o da pós-modernidade. E para uma adequada compreensão do que seja a pós-modernidade e quais os seus reflexos no âmbito do direito, é necessário fazer uma sucinta digressão aos períodos que a antecedem.

1.2 DA PRÉ-MODERNIDADE À MODERNIDADE

A pré-modernidade alude à irracionalidade como elemento fulcral para sua compreensão. A irracionalidade deitava seu leito no temor reverencial a Deus, entendido esse como poder maior, celestial e transcendente, bem como na absoluta observância das tradições até então vivenciadas. Dessa forma é correto entender que a pré-modernidade assinalou a completa ausência de distinção normativa entre moral, direito, costumes e tradição.

Havia uma concepção, até certo ponto, sobrenatural do mundo, no sentido de que a realidade não se limitava a um sistema observável, conhecido como natureza⁵. Com frequência a postura assumida pelas pessoas tendia a aceitar um aspecto de sobrenaturalismo religioso, no qual o mundo teria sido criado por uma força divina, e que seus desígnios determinavam um propósito universal que regia todas as coisas. Assim, tanto na tradição cristã como nas diversas formas de politeísmo ou panteísmo, ou até mesmo em variantes não religiosas, era noção comum a existência de algo situado além do mundo observável, dos fenômenos visíveis.

Em tempos pré-modernos o homem era tido somente com mais uma pequena peça da engrenagem social, não possuidor de uma individualidade que o legitimasse a pleitear direitos que hoje entendemos como fundamentais. Sua missão era servir à divindade e à coletividade. Nesse contexto, vivia-se sob o signo das certezas irracionais⁶.

Se a tônica que marcou a pré-modernidade foi a irracionalidade, o paradigma da modernidade veio a apresentar a negação frontal e

4 ALVES JR., Luís Carlos Martins. Os paradigmas da pré-modernidade, da modernidade e da pós-modernidade no direito político. Uma singela reflexão sobre Alexandre Magno, Napoleão Bonaparte e Barack Obama. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1713, 10 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11007>>. Acesso em: 10 set. 2008.

5 PINTO, Júlio Roberto de Souza. A pós-modernidade e o direito. p. 62. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano 9, n. 203, p. 62-65, junho 2005.

6 ALVES JR., op. cit.

incondicional de tal aspecto. O pensamento moderno tem com eixo *mater* a idéia de racionalidade nascida no berço do movimento iluminista, numa total contraposição ao modelo até então experimentado. A partir daí, a modernidade trouxe como principais traços as noções de objetividade e de isenção, a serviço do progresso de uma ciência que se pretendia redentora⁷, posto que baseada na razão. E justamente essa razão é que concebia dentro de si os valores de neutralidade e objetividade, referenciais tão vitais ao liberalismo.

Foi a Revolução Francesa a eclosão e o ápice triunfal dos ideais iluministas. O modernismo surgia, assim, como um movimento de índole científica e artística, cuja produção cultural refletiu a tomada do poder pela burguesia comercial européia. Decorrente da idéia de racionalidade, plasmou-se a mensagem de que cada ser humano é livre e senhor de sua vida e de seu destino⁸, a quem são assegurados os mesmos direitos e deveres, uma vez que todos nascem livres e iguais. A bandeira da “liberdade, igualdade e fraternidade” trouxe um universo de possibilidades àqueles que antes apenas se conformavam com a vida e a morte dentro dos estreitos limites de suas inflexíveis castas sociais.

Dessa forma, o iluminismo consagrou o valor conhecimento humano e elegeu como único veículo lícito a descortinar novas verdades reais o discurso científico. Por certo, a aceitação da ciência como voz singular sustentou-se no pilar da possibilidade de demonstração e comprovação das suas verdades anunciadas.

Ocorreu, dessa forma, a dissociação entre senso comum e ciência, passando essa última a se ocupar, ainda que parcialmente, de certos nichos antes preenchidos apenas pela visão religiosa ou sobrenatural. O sentido e a causa das coisas passaram a ser buscados dentro do mundo natural, e não além dele. Portanto, foi a ciência guindada ao posto de instrumento de libertação do homem. Com efeito, pode-se afirmar que a modernidade assinalou, dessa forma, a era paradigmática das certezas racionais.⁹

Portanto, a modernidade veio apresentar um novo projeto com múltiplos traços culturais, econômicos, políticos e sociais, amparados em ideais filosóficos, com o nítido propósito de reestruturar as relações sociais e humanas, e que encontrou forte eco no mundo ocidental.

7 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 7.

8 HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 121. “A época moderna encontra-se, sobretudo, sob o signo da liberdade subjetiva.” Registre-se, contudo, que Habermas não é adepto da noção distinta de pós-modernidade, dado que vê na modernidade um projeto inconcluso.

9 ALVES JR., op. cit.

A modernidade relaciona-se, assim, com os valores do otimismo, do progresso, da busca pelo exaustivo conhecimento científico no que se refere à sociedade, à política, à tecnologia. Podem ser citados alguns dos grandes nomes do período modernista, tais como o matemático René Descartes, o filósofo Immanuel Kant e o físico Isaac Newton.

O reflexo do pensamento moderno na órbita do direito constituiu o chamado modernismo jurídico que, como decorrência direta do pensamento iluminista, possui como eixo valorativo um conjunto político e normativo a que se denominou fundacionalismo.¹⁰ Este, por sua vez, identifica-se com as idéias de liberdade, contrato social, democracia, igualdade, ou seja, todas aquelas diretrizes jurídicas que possuem consonância com o ideário liberal-iluminista.

É que o recém-nascido Estado Liberal, marcadamente caracterizado pela idéia de não-intervenção na economia e na propriedade privada, construiu, de forma coerente, um modelo jurídico legalista e formal, muito mais afeto à enumeração e previsão legal de um rol de direitos do que a sua efetiva observância prática.

Nesse sentido, o pensamento moderno conduziu o direito a racionalizar os riscos e as possibilidades, estabelecendo formas sistematizadas e ordenadas¹¹, firmemente amparadas pela figura do Estado. Pretendeu-se, então, aperfeiçoar a cada vez mais complexa rede de relações humanas e sociais, tendo como pressuposto o argumento, até então irrefutável, da universal razão iluminista. Desta maneira, o pensamento jurídico cuidava de traçar estratégia de atuação e controle tendo como natural premissa lógica a previsibilidade dos eventos sociais. Era o direito do previsível, do esperado, do pensado, do racionalizado.

2 A PÓS-MODERNIDADE

2.1 A CRISE DA MODERNIDADE E O SURGIMENTO DA PÓS-MODERNIDADE

O decorrer da história veio mostrar, contudo, que o pensamento racional científico não estava inteiramente apto a responder adequadamente aos anseios individuais e coletivos, assim como o moderno direito, por conseguinte, não estava sendo capaz de viabilizar, de maneira satisfatória, a distribuição de justiça, bem como possibilitar a conquista da paz social. Sobreveio, enfim, a triste constatação de que

10 GODOY, op. cit. p. 163.

11 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 47. "A ordenação – o planejamento e execução de ordem – é necessariamente uma atividade racional, afinada com os princípios da ciência moderna e, de modo mais geral, com o espírito da modernidade."

as curas universais oferecidas pelo modernismo no intento de combater os males também universais, por ela supostamente diagnosticados, não estavam funcionando.

O século XX¹² viu brotar questionamentos acerca dos modos de viver assinalados pela moderna razão. Percebeu-se que a modernidade não conseguia proporcionar os esperados resultados para a vida social. A partir dessa constatação tornou-se inevitável o aparecimento de uma postura de desconfiança em relação aos valores modernos. Mais tarde, ao anunciar a falência deste eixo valorativo moderno, a pós-modernidade denominará esse conjunto de valores centrais albergados pela modernidade como sendo as *grandes narrativas* ou *metanarrativas*.

Os antecedentes históricos de guerras mundiais (primeira e segunda), regionais (Irã-Iraque, Coréia, Vietnam etc.) ou civis (países africanos), colapso de sistemas político-econômicos (soviético, alemão) e outros tantos eventos nefastos foram indícios irrefutáveis do fracasso daquilo que se pregou como solução para a humanidade. Não sem motivo Eric Hobsbawm refere-se ao período como Era das Catástrofes¹³.

Já na década de 60 eclodiram diversos movimentos de protesto que revelaram a insatisfação com o sistema vigente. Vejam-se as manifestações estudantis no ano de 1968 que, representando uma efervescente onda política, social e cultural, marcaram posição de maneira indelével contra o império da racionalidade moderna.

Assim, o decurso do século XX apontou no sentido da progressiva falência do pensamento ocidental consubstanciado no projeto da modernidade, sendo certo que já ao final do século XIX o ponto inicial da derrocada modernista é vislumbrado pioneiramente na obra de Nietzsche¹⁴. De toda forma, é correto afirmar que o aparecimento da noção de pós-modernidade pode ser identificado com os finais do século XX, em que pese a mesma vir sendo gestada, ao menos no plano da consciência, concomitantemente a cada verificação de fracasso experimentado ao longo de todo o período.

2.2 A COMPREENSÃO DO FENÔMENO

Primeiramente, é necessário apontar que a interpretação literal

12 BAUMAN, op. cit., p. 11. Sabedor da dificuldade de se estabelecer datações, afirma o autor: "Quanto tempo tem a modernidade é uma questão discutível. Não há acordo sobre datas nem consenso sobre o que deve ser datado".

13 HOBBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 524.

14 GODOY, op. cit., p. 71-83.

conduz ao entendimento de que a pós-modernidade contém em si um significado de momento histórico, temporal, sucessivo à modernidade justamente porque surgido *após* ela¹⁵. Por outro lado, é certo que não se pode reduzir a compreensão à exegese de que seriam apenas períodos sequenciais, visto que os citados paradigmas também são encarados como diferentes “modos de se conceber, por sistemas de pensamento, a dimensão dos fatos que se originam em seus tempos”¹⁶. Portanto, a pós-modernidade vem a significar tanto um período de tempo cujo decurso se dá após àquele entendido como modernidade, quanto uma nova era de domínio intelectual distinto, possuindo, assim, significado cronológico e ideológico.

Outro ponto de importante esclarecimento é o que pertine à terminologia. A expressão pós-modernidade (ou pós-modernismo) não só não é unânime entre os estudiosos do tema¹⁷, como pode encerrar divergentes concepções. A despeito de tal constatação, pós-modernidade parece ser o termo mais largamente utilizado por aqueles que querem se referir ao fenômeno.

Feitas tais considerações, pode-se entender a pós-modernidade como sendo

um fenômeno que se manifesta em diversos níveis (econômico, político, social, institucional, familiar etc) do relacionamento humano, exatamente em função de mudanças profundas na caracterização das crenças e dos valores fundantes das relações que anteriormente sustentavam as feições modernas da intersubjetividade¹⁸.

A pós-modernidade não é, assim, um movimento orquestrado, oriundo de certa corrente filosófica ou política. Até por isso se mostra difícil tentar reunir e identificar um grupo homogêneo de valores que a represente claramente¹⁹. A pós-modernidade é, em síntese, um movimento de rejeição, de negação, é negativo em sua essência. Não

15 BITTAR, op., cit. p. 26.

16 BITTAR, op. cit., p. 9.

17 BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 92. Bauman menciona: “Não é em toda parte, porém, que essas condições parecem, hoje, estar prevalecendo: é numa época que Anthony Giddens chama de “modernidade tardia”, Ulrich Beck de “modernidade reflexiva”, Georges Balandier de “supermodernidade”, e que eu tenho preferido (junto com muitos outros) chamar de “pós-moderna”: o tempo em que vivemos agora, na nossa parte do mundo (ou, antes, viver nessa época delimita o que vemos como a “nossa parte do mundo”...)”

18 BITTAR, op. cit., p. 138-139.

19 BITTAR, op. cit., p. 102.

é, portanto, uma escola de pensamento que possua uma clareza de movimento ideológico ou uma doutrina identificável.

Em que pese tal aspecto, por outro lado é também correto afirmar ser possível identificar correntes de pensamento surgidas no período, as quais representam verdadeiras expressões de descontentamento com a perspectiva modernista, tais como o existencialismo e o desconstrutivismo.

A era pós-moderna deve ainda ser entendida como um processo em pleno curso, em constante construção, aberto aos inúmeros atores sócio-políticos. A partir dessa idéia, some-se ao quadro um natural componente de ansiedade inerente ao enfrentamento do novo para que restem, assim, acentuadas as imprecisões conceituais e valorativas.

Os tempos atuais presenciadores da pós-modernidade denotam o que Boaventura de Souza Santos²⁰ intitulou transição paradigmática, ou seja, um encontro de eras em que a tônica é a falta de direção, de norte, haja vista a pluralidade de possibilidades e a escassez de certezas.

A pós-modernidade mostra-se como fruto do espírito contestador, decorrente de um estado reflexivo da sociedade em face da constatação de suas próprias mazelas, de sua incapacidade de êxito na consecução das propostas modernas, quadro apto a resultar numa completa revisão das premissas, ora tidas como intocáveis. É aquilo que Lyotard chamou de crise das grandes narrativas²¹, essas entendidas como um conjunto de percepções universalizadas em um determinado contexto cultural. Assim, as grandes narrativas modernas, tais como justiça e verdade, estariam cada vez mais sob o estigma da desconfiança, visto que têm se mostrado de alcance questionável.

Com efeito, o século passado governado pela razão não foi capaz de lidar hábil e eficazmente com as demandas suscitadas. Assim, viu surgir guerras imperialistas, campos de concentração, ideologias racistas, deteriorização das relações sociais, agravamento da pobreza, conflitos separatistas, crises econômicas, e tantas outras manifestações de uma ordem sócio-político-humanista moribunda. O pós-modernismo é a bandeira que se levanta contra essa concepção vigente, porem decrépita; é o assinalar veemente da exaustão dos valores modernos, assentado na desilusão da esperança de se obter um conhecimento absoluto que se mostraria senhor de todas as respostas.

20 SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 186.

21 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 62, *apud* LYOTARD, Jean-François. *The postmodern condition: a report on Knowledge*. 12ª ed., Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999, p. xxiii.

Uma imediata superação, pura e simples, da modernidade é falaciosa. Essa não é nem foi ultimada automaticamente com o início da pós-modernidade; pelo contrário, ambas se misturam. E, conforme se disse, a pós-modernidade é um movimento em contínuo andamento, em franca expansão.

Vê-se, pois, que a pós-modernidade traz em si o elemento da superação dos dogmas erigidos ao longo da modernidade. Traduz uma atitude cética para com a racionalidade construída pelo pensamento iluminista²². Nesse sentido, afirma-se que a pós-modernidade é o paradigma das incertezas racionais²³.

3 O PÓS-MODERNISMO JURÍDICO

3.1 OS REFLEXOS DA PÓS-MODERNIDADE NO DIREITO

O direito trilhou um caminho da completa insignificância medieval (pré-modernidade) ao posto de referência central na sociedade moderna, culminando com a consolidação do positivismo, no século XX, como cultura jurídica apta a realizar a proposta científica do moderno direito.

O direito, assim como outros ramos do saber, foi colonizado pelas chamadas ciências duras, aquelas mais afetas a formalizações cartesianas, tais como física e matemática, e que fundamentaram o processo de desenvolvimento tecnológico experimentado no período da modernidade.

Surgiu, assim, um direito tecnicizado, despido de conteúdo axiológico, a sustentar a idéia de direito exclusivamente positivo, consagrando o pensamento normativo-positivista. O ícone maior desta concepção foi Hans Kelsen, oriundo do chamado círculo de Viena, e que teve seu momento maior com a publicação da obra *Teoria Pura do Direito*.

O direito moderno foi erigido com base no *eu*, no individual, na concepção de um sujeito de direito e deveres, tão bem plasmado nas legislações napoleônicas e no BGB (código civil alemão); foi construído como meio de se revelar a verdade; foi criado reverenciando os textos, as constituições; foi compreendido como categoria que inexoravelmente se subjugava a um natural processo evolutivo, no qual o fator tempo se encarregaria de elevar à excelência os seus institutos. O direito pós-

22 GODOY, 2005, op. cit., p. 7.

23 ALVES JR., op. cit.

moderno critica todos estes referenciais, a começar pela exaltação cega dos textos legais, os quais reputa equívocos e polissêmicos.

Não obstante, o advento da pós-modernidade não deve ser entendido sob a ótica de um fato, de um acontecimento. É certo que em se tratando de uma mudança paradigmática, o mais correto é compreender tal fenômeno sob o prisma de um processo. Não se pode enxergar a transição paradigmática modernismo/pós-modernismo de outra forma a não ser como um processo - em curso, repita-se -, uma verdadeira fase cronológica e conceitual de superação de antigos valores.

Por isso é necessário reconhecer que o direito está a se fazer vivo, a atuar, em um ambiente por vezes altamente contraditório, espaço de convivência entre velhos e novos valores, frustrações consolidadas e aspirações recém-nascidas. Ou, nos dizeres de Eduardo Bittar, numa “dupla realidade, a um só tempo moderna e pós-moderna”.²⁴

Dessa forma, pode-se dizer que a pós-modernidade tem influenciado decisivamente a forma de se pensar o direito nos tempos atuais na medida em que denuncia o colapso das velhas fórmulas e conceitos sobre os quais se erigiu o direito moderno. E se por um lado essa influência traduz-se em benefícios imediatos no campo jurídico, por outro nos coloca frente a frente com difíceis questões resultantes do abalo dos alicerces jurídicos vigentes, e para as quais ainda não se vislumbram respostas satisfatórias.

Esta é, inclusive, uma crítica que se faz ao pós-modernismo jurídico, qual seja, o seu caráter niilista²⁵. É dizer, o direito pós-moderno cuida apenas de adotar uma postura de profunda negação, de ceticismo, de descrença absoluta, sem que se ocupe, *a priori*, em trazer novas respostas. Em outras palavras, é tirar sem pôr, é subtrair sem adicionar, é destruir sem construir. Percebe-se, portanto, que vivenciamos um momento de crise, compreendida essa ao se constatar que velhas concepções já estão superadas, mas que algo novo que as substituiria ainda não surgiu efetivamente.

A dogmática jurídica dos tempos modernos relaciona-se com um Estado legalista, dependente e venerador de textos normativos, de ordenamentos estabelecidos, cujos valores tradutores da razão jurídico-científica eram a validade, a ordem, a impositividade, a legalidade. Entretanto, mesmo com todo esse arsenal de positivações, a figura estatal não se mostrou capaz de conter delitos, transgressões, atos abusivos, enfim, de realizar a justiça social.

24 BITTAR, op., cit. p. 425.

25 GODOY, op., cit. p. 121. Diz o professor: “Reside aqui a primeira crítica que o pós-modernismo suscita: seu niilismo. O pós-modernismo jurídico é abstração filosófica, especulação teórica, agitação intelectual, negativismo conceitual, anarquia moral, ambigüidade ética.”

Por certo, a pós-modernidade produz decisiva influência na seara jurídica através do fenômeno da globalização. Esta tendência de quebra de barreiras consistente numa maior e mais rápida circulação de pessoas, capitais e informações, potencializada devido aos avanços da revolução tecnológica, ataca frontalmente a idéia de soberania e autonomia estatal. As grandes empresas transnacionais, exatamente por serem detentoras de respeitável poderio econômico, adquirem poder de decisão que muitas vezes pode afetar profundamente certos países, resultando em abalos na ordem internacional. Destarte, não resta dúvida que a conformação do direito é posta em xeque na medida em que a soberania constitui uma das bases para o desenvolvimento de qualquer tentativa de construção jurídica estatal.²⁶

Aponta-se, ademais, que a crise que atinge a estrutura formalista do direito moderno inaugura também uma crise de jurisdição constitucional²⁷. Isso porque as intervenções da jurisdição constitucional no Estado contemporâneo vão além da simples decisão em um caso concreto, de tal forma que lançam seus reflexos em toda a sociedade, no intuito de garantir a eficácia de normas que são, muitas das vezes, programáticas. É que de outro modo as normas programáticas não conseguiriam ter eficácia alguma, não logrando concretizar o seu conteúdo constitucionalmente previsto.

E da mesma forma que essa crise de jurisdição reside na ausência de eficácia de dispositivos constitucionais, vê-se também instaurar uma discussão acerca de legitimação da jurisdição constitucional²⁸, posto que as decisões oriundas deste tipo de jurisdição afetam diretamente a estrutura do poder na sociedade, definindo seus limites. Isto em decorrência de que a jurisdição constitucional adquire um caráter normogenético, na medida em que conduz à aplicação de um direito que não poderia ser exercido por ausência de regulamentação do legislador infraconstitucional.

Como se já não bastasse, outra das perplexidades jurídicas dos novos tempos diz com a insuficiência do direito para atender demandas coletivas. Explica-se porque o direito moderno, como fruto que é do Estado liberal, foi erguido sobre as categorias do individual e do burguês. Assim, não logra oferecer, hoje, soluções adequadas para conflitos pós-

26 GOMES, Fábio. Direito, globalização e pós-modernidade: uma introdução. p. 51-52. In: *Revista Jurídica*, São Paulo, ano 50, n. 302, p. 48-54, dezembro 2002.

27 AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. p. 579-580. In: *Revista da Esmape*. Recife, v. 9, n. 19, p. 575-610, janeiro-junho 2004.

28 AGRA, op. cit., p. 597.

modernos, os quais tendem a se apresentar cada vez mais coletivizados, mais transindividuais (direitos ambientais, direitos dos consumidores etc.).

Ademais, Eduardo Bittar²⁹ aponta com precisão uma série de valores consagrados no direito do século XIX que, por si mesmos, não se mostram aptos à efetiva realização do desiderato do Estado Contemporâneo. Eis alguns deles: a universalização das leis, visto que não respeita as específicas peculiaridades dos atores sociais; o princípio da objetividade do direito, já que é utópica a isenção da contaminação pelas forças políticas; a idéia da contenção do arbítrio pela lei, ante a não correspondente atuação estatal no campo fático; a regra da igualdade perante a lei, porque oposta à crua realidade social; a tripartição das competências estatais como forma de sustentar o equilíbrio estatal, visto que resulta em descompasso de políticas judiciárias e administrativas; a intocabilidade da soberania, posto que não sintonizada com o movimento de internacionalização dos mercados globalizados; a idéia de democracia representativa, quando se sabe que a grande massa popular vive sob os influxos das manipulações políticas e publicitárias.

Resta, assim, certificado que as modernas certezas jurídicas estão a sofrer constantes e irreversíveis ataques na era da pós-modernidade, sem que algum caminho tenha sido ainda efetivamente apresentado à construção.

3.2 A QUESTÃO DA EFICÁCIA DO DIREITO

Ao se analisar toda a experiência jurídica vivenciada na modernidade percebe-se que, como fundamento último a legitimar aquela concepção, se fazia onipresente a idéia da validade³⁰.

Todos os parâmetros conceituais extraídos da máxima sistêmica e ordenada do direito nos conduzem à noção de *norma válida* como elemento central do então complexo jurídico. O direito era visto como norma emanada por autoridade competente, desenhada dentro de procedimento regular, e exteriorizada de acordo com parâmetros legais, superiores hierarquicamente. Validade traduzia-se em observância aos trâmites formais de criação.

Assim, uma vez que a norma ocupava lugar de absoluto destaque nos sistema positivo, era natural que a idéia de validade fosse o conceito de maior relevância a ser buscado. Dessa forma, ao se debruçar no estudo de dada norma inserida no ordenamento jurídico, investigava-se

29 BITTAR, op. cit., p. 176-177.

30 BITTAR, op. cit., p. 181.

acerca do *fundamento de validade* da mesma. A grande discussão jurídica na ordem normativo-positivista é a que resulta de perquirir a validade da regra imposta pelo Estado, numa clara demonstração da valorização do aspecto científico que envolvia a compreensão do fenômeno jurídico. O ideal da sistematização racional levava os operadores do direito a tão-somente buscar os fundamentos da regulação da vida social³¹.

Veja-se, portanto, que a ideologia existente por trás do positivismo buscava justificar juridicamente o Estado Moderno, ou, de outro modo, a ascensão burguesa alavancada que foi em seu crescimento econômico.

Contudo, sob os influxos de um novo tempo, a teoria do direito não conseguiu permanecer alheia às demandas sociais. As mudanças de conceitos, valores, culturas, políticas, vieram mostrar o quanto é míope um direito lastreado visceralmente na validade como justificação última da ordem, a pretexto de garantir uma ciência pura. Assim, multiplicaram-se as teorias contemporâneas que representam correntes de pensamento críticas ao positivismo.

É incontestável que a configuração dos sistemas jurídicos contemporâneos sofre diretamente os abalos estruturais da pós-modernidade, na medida em que representam concepções de modos de ser e de viver no mundo. Exsurge, dessa forma, a questão da *eficácia* como eixo central para a discussão do direito na pós-modernidade.

Observe-se que apesar do caráter múltiplo que se pode extrair do conteúdo semântico da palavra *eficácia*³², aqui ela é tomada em seu sentido prático, relativo aos efeitos da norma jurídica no plano social, *eficácia social*, portanto. A *eficácia* seria, então, aquele atributo da norma que se volta aos efeitos da mesma no contexto social, lançando-a em direção à sociedade, aproximando-a da realidade social. Carrega em si uma noção de relação da norma com o mundo exterior a ela.

Nesse sentido, o direito se depara com uma intensa crise que afeta seriamente sua *eficácia*, na medida em que sofre os efeitos da complexidade das relações sociais e da pluralidade do tecido social, levando à falência de uma concepção jurídica exacerbadamente formal, fundada quase que exclusivamente em sua própria positivação³³.

A crise de *eficácia* é constatada ao se perceber um enorme vácuo na produção prática do direito, de forma a não ser ele capaz de cumprir os seus escopos sociais. Verifica-se, pois, uma profunda

31 CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O direito e o diálogo com a pós-modernidade. p. 33. In: *Fórum: debates sobre justiça e cidadania*, n. 2, p. 32-33, junho-julho 2002.

32 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 195.

33 AGRA, op. cit., p. 579.

incapacidade do direito se fazer realizar em seu perfeito alcance, em sua plena projeção social. Limitações jurídicas de toda ordem se fazem vislumbrar nos tempos atuais, pondo em risco, até mesmo, a pacífica convivência de todos sob o signo de um pretenso contrato social, haja vista o desconcertante abismo existente entre a essência normativa e seu correspondente reflexo fático. É a triste constatação da ausência de força social da normatividade. Por certo, de nada adianta a consagração no plano normativo de um rol grandioso de direitos – como o fez o constituinte de 1988, *v. g.* – se não for possível lhe emprestar senso prático, eficácia.

Nesse ponto é necessário considerar um aspecto que se relaciona com a insuficiência do Poder Judiciário em responder aos anseios sociais. Aqui, a inflação legislativa desempenha um agravante papel. Isso porque é necessária a compreensão de que a modernidade ultrapassou o então incipiente Estado liberal, fazendo-se presente no consecutivo Estado-providência, ou do bem-estar social. Dessa forma, ao se aumentar consideravelmente a previsão (positivação) de direitos dos cidadãos e de deveres do Estado, quadro este somado à crescente complexidade das relações sociais, a função jurisdicional, como emanção direta da figura estatal, sentiu inapelavelmente as conseqüências. Assim, o desempenho do Poder Judiciário, personificação do Estado-Juiz no caso concreto, passa a ser questionado, ao mesmo tempo em que vê surgir movimentos sociais que se arvoram como fontes de regras sociais e de novos meios de composição dos conflitos³⁴. Eis aí mais uma faceta jurídica da chamada crise do Estado contemporâneo.

Perceba-se ainda que eficácia pode até se aproximar de uma noção de justiça, mas com ela não se confunde posto que são, por óbvio, concepções distintas. Contudo, não obstante a diferença de ambas, tanto a justiça, entendida como valor ínsito a nortear o direito, assim como a eficácia, entendida como caractere que dele se espera, só se realizam no mundo dos fatos e não na letra fria da lei.

A problemática da eficácia conduz à análise da incapacidade de todo um sistema de responder às necessidades sociais. Não se trata, portanto, da ineficácia pontual e eventual de certas normas objetivamente consideradas, mas sim de indícios de uma falência sistêmica, que nos conduzem, ao final, à conclusão do quão inadequado se mostra o projeto jurídico moderno no contexto contemporâneo.

Em verdade, o que a ineficácia jurídica vem revelar, como seu pano de fundo, é um profundo descompasso entre as estruturas

34 GOMES, Fábio Cantizani. *Direito, globalização e perspectivas para a pós-modernidade*. p. 96. In: *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, ano 8, n. 14, p. 95-100, janeiro-junho 2005.

socioeconômicas e as instituições jurídico-políticas³⁵, um grande divórcio entre as dimensões do normativo e do social³⁶.

Nesse sentido, é lícito constatar, ainda, que a pós-modernidade não admite uma leitura exclusivamente interna do direito³⁷. Ela privilegia sim uma leitura externa, ou seja, que não a realizada apenas pelos seus operadores imediatos, e que viabiliza uma ótica sócio-econômica e cultural sobre o direito. Um direito pós-moderno não pode se privar do diálogo com outros atores sociais, e uma perspectiva externa do direito tenderia a possibilitar que certos valores vagos - e por tantas vezes, neutros - cultuados pelo direito moderno, tais como justiça, razão, autonomia, fossem preenchidos conceitualmente ao sabor das demandas sociais existentes.

O direito pós-moderno sinaliza com uma regulação mais sintonizada às demandas concretas que aos modelos teóricos, pugnando por uma concepção mais pluralista de direitos em desfavor de uma busca cega e rígida pela natureza jurídica dos institutos³⁸. Impõe-se que um novo direito surja em consonância com as novas necessidades da pós-modernidade, de forma a assegurar uma real concreção de comandos nascidos a partir de verdadeiras demandas. Tudo em prol de uma maior eficácia social do complexo jurídico. Assim, não é surpresa descobrir que a pós-modernidade está a conduzir o direito em uma direção mais humanista, de forma a viabilizar uma interpretação mais subjetiva do ordenamento.

Por tudo isso, resta óbvio que um sistema jurídico tão dissociado da realidade temporal em que se insere, sem estar minimamente conectado ao seu tempo, e que caminha sob uma égide ideológica de outras eras, torna-se inábil para cumprir suas metas de pacificação social e de adequada composição dos interesses da sociedade.

4 CONCLUSÃO

Nossos tempos são, sem dúvida, tempos de crise. O projeto emancipatório da modernidade fracassou. É ainda difícil compreender se o afã utópico da busca pela verdade esta a ganhar mais um controverso (e complexo) capítulo ou se já chegou a seu termo final.

35 FARIA, José Eduardo O. C. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Edusp, 1988. p. 18.

36 BITTAR, op. cit., p. 212.

37 GODOY, op. cit., p. 128.

38 CHAVES JÚNIOR, op. cit., p. 33.

No entanto, é forçoso reconhecer a influência que a pós-modernidade tem hoje em todas as áreas do conhecimento humano, qualquer que seja a extensão conceitual ou fenomênica que a ela se atribua. Da mesma forma, é também necessário admitir que a racionalidade moderna trouxe profundos avanços aos seres humanos, não se devendo, pois, desconsiderá-la como se a mesma não houvesse cumprido um relevante papel.

Assim, a superação da razão moderna parece não se identificar necessariamente com uma crítica aos anseios modernistas, com a causa última de sua busca. Por certo, parece que não se trata exatamente de adotar uma postura de absoluta descrença para com a razão modernista, mas apenas de não encampar uma posição de crença absoluta, e de se permitir aceitar que a racionalidade não possui respostas para tudo. Ao cultivar sobremaneira a racionalidade, a modernidade pecou em menosprezar outros elementos que compõem a existência humana e social.

De toda forma, a pós-modernidade é uma realidade latente. É tarefa do direito se fazer inserir da melhor forma possível neste ambiente de hipercomplexidade, a fim de garantir sua própria eficácia. Para cumprir tal desiderato parece não haver outra forma a não ser aproximar-se mais da realidade social vigente, dar mais ouvidos a essa sociedade contemporânea e pós-moderna. Aceitar que a atual realidade paradigmática é um fenômeno novo e incerto deve ser o primeiro passo. Talvez o segundo seja encarar a crise por meio da real concretização dos direitos fundamentais, por vezes tão relegados à pura retórica.

Enfim, quanto mais complexa a sociedade, menor a capacidade de resposta do Estado na medida em que emergem novas forças, novos conflitos, que ultrapassam os limites da capacidade de atuação do Poder Judiciário. Na pós-modernidade a grande questão do Direito é a eficácia. É se fazer concretizar, realizar. Não basta ter direitos, é preciso que eles sejam efetivamente atendidos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. *Revista da Esmape*, Recife, v. 9, n. 19, p. 575-610, janeiro-junho 2004.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *Os paradigmas da pré-modernidade, da modernidade e da pós-modernidade no direito político*. Uma singela reflexão sobre Alexandre Magno, Napoleão Bonaparte e Barack Obama. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1713, 10 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11007>>. Acesso em: 10 set. 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

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

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 6, p. 233-250, junho-dezembro 1998.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O direito e o diálogo com a pós-modernidade. *Fórum: debates sobre justiça e cidadania*, n. 2, p. 32-33, junho-julho 2002.

FARIA, José Eduardo O. C. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Edusp, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

GOMES, Fábio. Direito, globalização e pós-modernidade: uma introdução. *Revista Jurídica*, São Paulo, ano 50, n. 302, p. 48-54, dezembro 2002.

GOMES, Fábio Cantizani. Direito, globalização e perspectivas para a pós-modernidade. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, ano 8, n. 14, p. 95-100, janeiro-junho 2005.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 4. ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1996.

PINTO, Júlio Roberto de Souza. A pós-modernidade e o direito. *Revista Jurídica Consulex*, ano 9, n. 203, p. 62-65, junho 2005.

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