

PÓS MODERNIDADE E DIREITO

POST MODERNITY AND LAW

Flávio José Brondani¹

RESUMO

Procurou-se investigar a realidade de crises que o mundo atual vive. Abordando a crise da razão da modernidade como motora das demais crises. Vivemos crise da cultura, crise de autoridade, crise da ideologia, procurou-se estabelecer o reflexo desta mentalidade de crise denominada pós-moderna, no direito. **Objetivo Geral:** Investigar as crises do direito a partir das crises filosóficas. **Método:** Utilizou-se o método de revisão bibliográfica, coletânea de artigos, leis.

PALAVRA CHAVE: Crises, pós-modernismo, sociedade líquida.

ABSTRACT

This article tried to investigate the realities of crises that exist in the world. It addresses the crisis of reason of the modernity as motor of the another crises. We live crisis of culture, crisis of authority, crisis of ideology; and we try to establish the reflex of this mentality, called modern post, in law course. **General objective:** It investigates the crises of law from the philosophical crises. **Method:** It used the method of bibliographic revision, collection of articles, laws, doctrine.

KEYWORDS: Crises, postmodernism, society liquid.

INTRODUÇÃO

O grande sonho da modernidade era descobrir quais os mecanismos ou métodos para criar uma sociedade perfeita, não vinculada a escatologia cristã, mas uma com fundamentos sociais e humanos. Com a utilização da razão lógica e científica, foram criados modelos sociais

¹ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA. Com MBA em Gestão Estratégica pela USP. Especialista em Educação EAD pela FAJAR; Graduado em Direito pela PUC/PR, em Filosofia pela UFPR. Professor das Faculdades FATI/FAJAR – filosofia do Direito; Direito Empresarial; direito Tributário; Empresário; Advogado.

a serem seguidos. Aos moldes das ciências experimentais, e com uso da razão, acreditou-se no progresso da sociedade, partindo do marco zero, atingiria seu ápice, desce que aplicado o método proposto. Na modernidade, conhecida como era da Razão, acreditávamos que o mundo poderia progredir, melhorar aos poucos, até um ponto culminante. Para isto surgiram teorias como capitalismo, marxismo, positivismo entre outras alternativas. Cada uma com um sonho e embaladas pela esperança de atingir um ápice, um mundo perfeito, uma sociedade ideal. Mas, a razão se mostrou infértil, produziu conflitos e crises insuperáveis. Agora, vivemos uma crise de outra dimensão. Vivemos a crise da razão. Esta crise fez o mundo mudar ou o mundo mudou e veio a crise, tanto faz. A razão se mostrou monstruosa e incapaz de explicar a vida. A razão produziu a barbárie e o ápice desta barbárie racional foram as bombas atômicas. Ficou claro que a razão, da maneira como produzida anteriormente, na lógica racional do iluminismo, não poderia dar respostas aos quereres humanos.

A modernidade sólida ou simplesmente modernidade, é a sociedade que crê no poder da razão, como instrumento para criar alternativas aos problemas e dilemas da sociedade e do indivíduo. Com a derrocada da modernidade e o fracasso da razão, surge a pós-modernidade. A pós-modernidade refere-se ao padrão de comportamento onde a razão não mais consegue dar as respostas esperadas e onde os sonhos, de um mundo cada vez melhor, acabou. O que é entendido como modernidade e pós-modernidade não é, especificamente, um período da história da humanidade, conforme os antigos manuais de história, que definiam história antiga, medieval, moderna e contemporânea. Aqui é entendido como sendo característica principal de um tipo de pensamento e não de um tempo específico. Isto que dizer que, na mesma época, convivem pessoas, marcadamente, com pensamento antigo, pessoas com pensamento na modernidade sólida e outras com pensamento em modernidade líquida ou pós-modernidade. Sendo possível, dependendo do assunto que seja tratado, a mesma pessoa apresentar pensamentos, ora focados numa estrutura, ora na outra, sem que sejam contraditórios ou excludentes entre si. Caminho da modernidade para a pós-modernidade não se deu de maneira abrupta e tão pouco acontece como uma ruptura brusca ou com um corte epistemológico

“Como todo o processo histórico, nenhuma ruptura se faz do dia para a noite, nenhuma transformação se dá de um instante para outro, nenhuma desconstituição de paradigmas se faz sem maiores comprometimentos das estruturas envolvidas. Assim, a modernidade parece se diluir na pós-

modernidade, enquanto esta traga os restos sobreviventes do espírito da modernidade”.²

A modernidade ainda acontece. Aliás, ainda existem pessoas que não chegaram, sequer, na modernidade. No direito, a grande maioria, ainda não saiu da modernidade e estudam a razão e o direito como instrumentos.

O direito é impactado por esta visão racional da modernidade e a ela damos nome comum de positivismo. Agora, na pós-modernidade, o direito assume posições dialógicas com respeito às minorias, respeito aos direitos e garantias individuais. Na liquidez das funções, os poderes do Estado não mais são estanques e intocáveis. Agora o valor jurídico está na solução de conflitos e colocamos os valores no centro do debate.

Inicialmente será discutido o que é a modernidade e quais são os principais sonhos e as principais utopias da modernidade. Depois, como se constitui a pós-modernidade ou a modernidade líquida e os impactos dela no direito e nas crises do direito.

2 ILUSÕES DA MODERNIDADE SÓLIDA

A modernidade é definida como sendo o período onde os homens acreditavam na capacidade da razão, e na capacidade de resolver todos os questionamentos da humanidade por explicações racionais. Também denominada de era do iluminismo. Iniciou com Descartes teve seu ápice em Immanuel Kant. Com o advento das ciências naturais e, em especial com a biologia, as ciências experimentais dominaram a maneira de como os homens entendiam o mundo e como se relacionavam com a natureza e com os problemas sociais. Nas ciências naturais, não há preocupação com a finalidade da experiência ou do conhecimento que esta sendo produzido. Antes, a única preocupação é com os meios empregados para se chegar a finalidade da experiência. A preocupação é com as condições em que se dá a experiência. A afirmação de que a água chega a ferver em determinada temperatura e determinadas condições é verificável, desde que sempre se repita a mesma experiência nas mesmas condições. O mais importante no método científico são as condições e os elementos da experiência. O método

² BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2012. p 688.

deve ser sempre seguido. Qualquer experiência realizada fora do método não é considerada ciência.

Esta prática foi adotada pela sociologia e repassada ao direito. Acreditava-se que, aplicadas as leis corretas e, aplicadas as regras de conduta determinadas, a sociedade caminharia para um estágio desenvolvido. Conhecer o método científico e aplica-lo é condição para o conhecimento e para a segurança do conhecimento. Como ensina Paulo Dourado de Gusmão é a época do sonho de um mundo melhor:

“A época anterior à primeira Grande Guerra pode ser definida concisamente como época áurea da segurança, que em seu idealismo liberal estava sinceramente convencida de se achar no verdadeiro caminho para o melhor dos mundos, embalada pela crença quase religiosa, na honradez ou, ao menos, na capacidade dos governos.”³

Acreditavam que, se empregados todos os esforços necessários, um dia, quiçá, chegaríamos a sociedade perfeita, ou quase perfeita. Neste mesmo sentido, acreditava-se que o mundo está num constante progresso.

Os avanços científicos eram sólidos. Estávamos no auge da revolução industrial. Foram descobertas como a pasteurização, o motor elétrico, a anestesia, o raio x, a locomotiva, a lâmpada, o aço, entre tantas outras invenções, que criaram a ilusão de que a sociedade progredia a cada dia, dando a ilusão de que haveria um ápice, um mundo ideal. Este clima científico contaminou as ciências sociais e o direito. Surgiu o Estado burguês como forma de controlar e de defender todas estas conquistas. Fortunas eram acumuladas por grandes empreendedores, que acreditavam na “capacidade dos governos para administrar e legislar”⁴. A sociedade burguesa delegou ao Estado o controle do direito e este, por meio de seus poderes estatais, “gerenciava” a sociedade. O Estado, por meio do poder legislativo, dizia as leis em nome do povo e para o povo. O mesmo Estado, por meio do poder judiciário, distribuía sentenças ao povo, não pela justiça mas, em nome da lei. Tudo ordenado e equilibrado, funcionando de forma inquestionável, como se fosse uma grande engrenagem ou um sistema. Engrenagem social ou sistema social. O Código de Processo – como forma – era mais

³ GUSMÃO, Paulo Dourado de Gusmão. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p 21.

⁴ GUSMÃO, op. cit., p. 22

importante que os direitos, como fundamento. Mas valia respeitar o Código e o método em detrimento do verdadeiro direito.

A seguir, analisaremos algumas ilusões que mais impactaram a humanidade e, ainda, impactam.

2.1 ILUSÃO DO CAPITALISMO

O capitalismo se confunde com o Estado moderno e com o Direito. Um não pode ser entendido sem o outro. Um defende o outro e vice-versa. Todos são frutos e servos da razão e utilizam a razão como instrumento para aplicar seus conceitos e suas regras.

Para a sustentação do capitalismo é necessária a “produção de bens, o domínio da natureza, a tecnificação das relações sociais, tudo isso é o estio no qual se assentam as bases do capitalismo, na produção e no comércio”.⁵ Tudo baseado na razão iluminista, apropriado pela burguesia para desenvolvimento de um Estado que favoreça a classe que detém os meios de produção. Agora é lícito acumular, ganhar, guardar.

“A racionalidade do burguês é essencialmente técnica: calcula ganhos e perdas, riscos e segurança, inovação e tecnológica, disciplina e custo do trabalho, inovação de materiais etc. O capitalismo é uma forma de racionalidade que rompe com o passado, artesanal e menos contabilista.”⁶

O capitalismo é “a racionalização tecno-produtiva, administrativa e científica produzida pelo capital”⁷. Esta racionalização produtiva, como ensina Bobbio, é baseada em alguns princípios que os distingue dos demais: “(a) propriedade privada dos meios de produção, para cuja ativação é necessária a presença do trabalho assalariado formalmente livre.”⁸ O mesmo trabalhador que vende sua força de trabalho deve receber um determinado salário, para que possa ser um consumidor em potencial e alimentar a cadeia de produção pelo consumo. O ato de consumir já é um exercício de propriedade privada. “(b) sistema de mercado, baseado

⁵ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2016. p 513.

⁶ MASCARO, op. cit., p. 512.

⁷ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB Editora, 1983, Vol I. p. 141.

⁸ BOBBIO, op. cit., p. 141.

na iniciativa e na empresa privada, não necessariamente pessoal.”⁹ A liberdade pessoal de empreender e de ter iniciativa comercial é um dos pilares do capitalismo. A liberdade é o que iguala as pessoas. A liberdade de escolher o que fazer com suas habilidades pessoais é a mesma para aqueles que empreendem ou para aqueles que decidem vender a sua força de trabalho. Da mesma forma, a propriedade privada é essência do capitalismo. “(c) Processos de racionalização dos meios e métodos diretos e indiretos para a valorização do capital e a exploração das oportunidades de mercado para efeito de lucro.”¹⁰ As empresas devem utilizar de todos os meios de racionalização, medição e de otimização a produção, objetivando o aumento da lucratividade e o crescimento das empresas.

O capitalismo inicial entregue ao mercado, sem qualquer intervenção do poder público na economia se revelou deficiente e concentrador de riquezas. As críticas ao capitalismo e as crises levaram a um “equação” entre o capital e o trabalho. No início era só o capital. Depois houve uma tentativa de equilibrar esta relação. Como exemplo desta tentativa de “atração do trabalho” no auxílio do capital, podemos “apontar como momento decisório desse processo histórico a visão de Henry Ford, segundo a qual a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e da sociedade em geral seria a alavanca do progresso do capitalismo.”¹¹

Mais uma vez a razão, o racionalismo, é utilizado como ferramenta para reciclar o capitalismo e os instrumentos internos do capitalismo. Utilizando o método científico de não preocupação com a finalidade, mas somente com os instrumentos. Daí, a ilusão de que o capitalismo, se empregadas as forças produtivas e as regras da economia, aos moldes do método científico, poderá atingir o estágio tão sonhado de produção de riquezas que sirvam a todos.

2.2 ILUSÃO DO POSITIVISMO

O direito é, sem sombra de dúvidas, o ramo do conhecimento que mais utiliza a razão como instrumento e que mais se refugia nos seus próprios conceitos em busca de uma sociedade moldada no dever ser positivista. O positivismo nasceu como teoria da sociologia e logo foi aplicada ao direito. No direito tomou o nome de positivismo jurídico. Assim como Auguste Comte pretendeu conhecer as regras do comportamento social e, a partir destas, planejar um

⁹ BOBBIO, op. cit., p. 141.

¹⁰ BOBBIO, op. cit., p. 141.

¹¹ REALE, Miguel. **Crise do Capitalismo e Crise do Estado**. São Paulo: Editora Senac, 2000. p. 22.

ideário para a sociedade, por meio da ordem atingisse o progresso, assim também no direito nasceu a ilusão de que descobriríamos as leis que levariam a sociedade e o direito a uma evolução.

“A filosofia de Auguste Comte para a sociedade é vista como uma ciência positiva, experimental, denominando-a, inicialmente, de física social. Baseando-se nesta definição bem como se apoiando nos pensadores empiristas do século XVII, que afirmavam que podemos entender as leis da sociedade humana aplicando os instrumentos da ciência, Auguste Comte insere uma nova teoria da sociedade, denominada positiva.”¹²

O clima científico que havia na sociedade foi aplicado a sociologia e, por conseguinte, ao Direito. De maneira que, por meio das leis, a sociedade poderia ser controlada e conduzida a sociedade “melhor”.

“Foi assim que, na época áurea da segurança e da crença, quase religiosa, na capacidade dos governos, ou melhor, do legislador, que o Positivismo Jurídico predominou no pensamento ocidental, desbancando a teoria do direito natural, substituída pela teoria Geral do Direito. Positivismo que pretendeu ter encontrado as leis da evolução jurídica.”¹³

Agora, o positivismo jurídico reduziu o direito á norma. Depurou o direito de todas as demais matérias que o impregnavam de conceitos e fatos alheios ao direito. Conceitos que maculavam o mais puro ramo do conhecimento humano, o direito. Operou a “redução do direito á norma, desconsiderou as questões éticas, políticas e sociológicas”¹⁴, agora o direito é puro. Denominou de teoria pura do direito.

“Kelsen, na tentativa de fazer do Direito uma ciência, nos leva a “abrir” outras discussões sobre um sistema normativo com base em uma lógica formal. Se essa norma é formal, podemos dizer que é direito posto (feito pelo homem para o homem). Kelsen tem o desejo de elaborar uma teoria pura para uma base científica jurídica, e é por esse motivo que o Direito de Kelsen deixa de ser uma ciência humana para ser uma ciência quase

¹² ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Fundamentos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

¹³ GUSMÃO, Paulo Dourado de Gusmão. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 21.

¹⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 398.

exata (Direito Positivo). E a ciência do Direito se transforma em puro normativismo, fundamentada em uma extrema lógica formal jurídica”¹⁵

Para o positivismo basta pesquisar todos os possíveis fatos sociais, que em última análise são imutáveis, e elaborar normas para que tais fatos sejam controlados. Estas normas são o dever ser. Depois, quando os fatos se repetirem na vida real, adequa-se o fato a norma posta e tem-se o direito. Quase como uma ciência exata. A repetição dos fatos e da aplicação da norma faz nascer a jurisprudência. O juiz não condena, não absolve, não diz quem é o ganhador ou perdedor. Quem diz tudo isto é a lei, a norma. “No pensamento de Kelsen, a norma jurídica deve ser tomada, no que tange à sua compreensão científica, sempre sob o modo condicional.”¹⁶

Tudo baseado numa lógica positivista que parte de princípios que, resumidamente, estariam incutidos no seguinte pensamento: “O positivismo jurídico de Comte pode ser explicado assim: (1) características e propriedades imutáveis dos fenômenos sociais, fazendo com que os mesmos não se modifiquem no tempo e no espaço – logo, leis perenes e ordenamento estável”¹⁷; De maneira que a sociedade é que deve adaptar-se as leis e não as leis se adaptarem a sociedade. Isto porque, as leis são fruto da exaustiva investigação e postas ao povo, após exauridos todos os meios de contestação e debates. Desta forma são tomadas como frutos da cientificidade positiva.

A segunda característica é “(2) despreocupação com as determinações históricas atuantes sobre os fenômenos sociais, no sentido de não objetivar propor mudanças ao status quo existente - logo, o sistema de Direito é “transparente” para o poder e “invisível” para quem dele mais precisa”¹⁸. Transparente no sentido que deixa o poder atuar e, acima de tudo, auxiliar os mecanismos de poder existentes e, para o povo, é invisível, não se manifesta, não se deixa alcançar.

E continua afirmando que o direito deve manter a ordem estabelecida, o direito deve “(3) entender que a ordem – princípio estático da sociedade – deve prevalecer sobre o progresso – princípio dinâmico da sociedade, ou em outros termos, é a ordem social que produz o progresso e não o contrário; logo, o Direito é instrumento de controle do Estado”¹⁹. O Estado

¹⁵ ROCHA, op. cit., p. 105.

¹⁶ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo Atlas, 2013, p. 57.

¹⁷ MASCARO, op. Cit., p. 512.

¹⁸ MASCARO, op. Cit., p. 512.

¹⁹ MASCARO, op. Cit., p. 512.

utiliza dos poderes, inclusive do poder judiciário e do poder de polícia e coerção para manter os mecanismos produtivos de maneira saudáveis e eficientes para o funcionamento da sociedade. Faz alusão a um trem e seus vagões; “(4) a ordem dos fenômenos sociais se assemelham a um trem, ainda que pilotado pelo homem, só pode chegar aonde os trilhos levarem; a história está dada de forma quase divina (os trilhos) e os homens de forma passiva (não revolucionária) conduzem o trem da vida – logo, o Direito não faz “justiça”, mas cumpre o ordenamento jurídico;”²⁰. E, finalmente, apresenta a metodologia de pesquisa em direito, nos mesmos moldes da pesquisa existente nas ciências naturais: “(5) o pesquisador deve se manter neutro em relação aos fenômenos sociais como condição *sine qua non* para captar a natureza das coisas e não interferir no resultado de seu entendimento; logo o Direito é neutro”²¹

De forma que o Direito, baseado nos princípios acima, acaba por afastar o homem do centro dos fatos e da aplicação do Direito e da Justiça. O direito é como um sistema perfeito, abstraído do mundo real e com a pretensão de moldar o mundo real por ser imperativo e coercitivo. Ronald Dworkin resume a crítica ao positivismo afirmando que:

“O positivismo está equivocado e deve ser abandonado. É errado supor, como o positivismo supõe, que em todo sistema jurídico existe algum teste fundamental, normalmente reconhecido como válido, para determinar quais padrões contam como direito e quais não contam. Afirmar que nenhum teste fundamental como esse pode ser encontrado em sistemas jurídicos complexos e nenhuma distinção definitiva pode ser feita entre padrões jurídicos e morais, como insiste o positivismo”²²

Esta escola do direito, esta maneira de pensar o direito e pensar todo o conhecimento influenciou a sociedade brasileira, até os dias de hoje, isolou o direito das demais ciências. Segmentou os ramos do conhecimento estabelecendo diretrizes e bases para cada ciência e estabeleceu uma hierarquia de importância de cada uma delas. E, em alguns casos passou a ser comum ouvir que este ou aquele argumento não pertencem ao Direito, mas a sociologia ou filosofia, como se na mente humana e no comportamento houvesse esta divisão. Esta separação este isolamento, fizeram com que o direito, ainda hoje, seja o ramo do conhecimento das ciências sociais aplicadas e humanas, mais dependente da “razão instrumental”.

2.3 ILUSÃO MARXISTA

²⁰ MASCARO, op. Cit., p. 512..

²¹ MASCARO, op. Cit., p. 512..

²² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pg.72.

Outro fruto da modernidade sólida foi a teoria marxista. Karl Marx teceu severas críticas a realidade social de seu tempo e, ao mesmo tempo, propôs um modelo de sociedade ideal, dizendo o caminho para alcançar tal estágio social. Ficou denominado como Socialismo Científico.

“Dessa forma, do mesmo modo que catalogava o modo de produção e distribuição dos bens encontrados na natureza pelo homem até o sistema capitalista, passando pelo sistema feudal, tentou prever o futuro, mais evoluído, no qual a sociedade seria formada através de um sistema socialista. Assim, defendia a ideologia da evolução natural do capitalismo até o comunismo como sistema social mais desenvolvido e justo.”²³

Com o socialismo científico Marx desejava transformar a sociedade que explora os proletários em uma sociedade mais igualitária. Isto somente seria possível com a transformação social e a extinção, de forma definitiva, dos mecanismos que oprimem os trabalhadores. Antes a filosofia, o direito e todas as ciências eram colocadas ao serviço da burguesia

Na visão marxista os males da sociedade estão no Estado, na propriedade privada e no lucro que é obtido pela exploração da mão de obra, numa espécie de roubo que denominou de mais-valia. Então, para se chegar ao comunismo, devemos abolir a propriedade privada, socializar os meios de produção para que não haja exploração do trabalhador e apropriação do lucro (mais-valia) e, ao final, abolir o Estado e o direito.

O Estado foi criado, na visão marxista, para defender os interesses da classe que está no poder e que domina os meios de produção e as forças econômicas dominam o Estado, é o que nos ensina Norberto Bobbio no seu dicionário de Política:

“ O condicionamento da superestrutura política por parte da estrutura econômica, isto é, a dependência do Estado da sociedade civil, se manifesta nisto: que a sociedade civil é o lugar onde se formam as classes sociais e se revelam seus antagonismos, e o Estado é o aparelho ou conjunto de aparelhos dos quais o determinante é o aparelho repressivo (o uso de força monopolizada) (.....) não mediando os interesses das classes opostas mas reforçando e contribuindo para manter o domínio da classe dominante sobre a classe dominada”²⁴

²³ ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito – Evolução das leis, fatos e pensamentos**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 196.

²⁴ BOBBIO, op. cit., p. 741.

Os marxistas acreditam que o Estado é o instrumento desta manutenção de poder e concentração de riquezas quando defende a propriedade privada. Por isso é que ele também deve ser extinto, na futura sociedade comunista. Da mesma forma, devemos abolir a propriedade privada dos meios de produção pois, “é da propriedade privada dos meios de produção que surgem todos os males do capitalismo, o ponto principal do programa de Marx e Engels era a abolição da propriedade privada, como base da exploração”.²⁵

Os ideais marxistas contrastavam com a realidade do capitalismo inicial, que defendia nenhuma intervenção do Estado na economia. Todas as decisões ficavam a cargo dos proprietários das empresas. O Estado não regulava, sequer a jornada de trabalho, salários etc. O sonho marxista influenciou toda a sociedade mundial, ocidente e oriente.

“Como consequências diretas do comunismo científico podem-se citar, em primeiro plano, a Revolução Mexicana Zapatista, que culminou na Constituição Socialista Mexicana, de 1917, a Revolução Comunista da União Soviética, antiga URSS, de 1917, e também a Constituição de Weimar da Alemanha, de 1919. Como consequência indireta pode-se citar a divisão do mundo em dois grandes blocos: o mundo capitalista-liberal capitaneado pelos Estados Unidos e o mundo comunista, liderado pela União Soviética. O resto era considerado o Terceiro Mundo. (...) A ideia do liberalismo total, onde a vontade de contratar deveria ser soberana, foi deixada de lado. Pelas influências das doutrinas socialistas e comunistas, as normas trabalhistas deveriam ser impositivas, isto é, prevaleceriam sobre a vontade das pessoas”.²⁶

No Brasil são identificados inúmeros eventos históricos com a participação direta ou indireta de adeptos das ideias marxistas. Entre eles a denominada Intentona Comunista de 1935. O próprio Regime Militar teve sua justificativa em “combater os comunistas”.

3 CRÍTICA À RAZÃO INSTRUMENTAL

²⁵ HUBERMAN, Léo. **História da Riqueza do Homem**. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos, 1986. p. 228

²⁶ ALBERGARIA, op. cit., p. 196.

Uma das primeiras críticas a concepção racionalista do mundo, não diretamente uma crítica ao direito, mas sendo crítica de forma reflexa, foi a Teoria Crítica da escola de Frankfurt a partir dos anos 30 do século XX. “Enquanto muitos apostavam – numa crença ainda burguesa iluminista – que a razão salvaria a sociedade, a Escola de Frankfurt denuncia o caráter dominador da própria razão e da técnica, esteio da lógica capitalista.”²⁷

A Escola de Frankfurt passou a denunciar que a razão se tornou um instrumento na produção de catástrofes. O método de utilização da razão como instrumento, sempre preocupada com os meios que utiliza, com as soluções que deve apresentar. A finalidade não é o problema, a finalidade tem que ser atingida.

O capitalismo em crise econômica e política, produziu a primeira grande guerra e após, aprofundou-se em crises econômicas, dando espaço para o marxismo ascender em vários locais. No período entre as guerras mundiais, o marxismo ganhou terreno. Implantou-se na Rússia em outubro de 1917. Na Alemanha, com medo dos comunistas, elevaram ao poder o jovem Adolf Hitler. O ideário nazista focado na superioridade racial, nas ideias antissemitas e expansionistas levaram o mundo para a segunda grande guerra. Com a guerra veio a barbárie. O nazismo mostrou o lado mais sombrio da humanidade.

“No século XX, as agudas contradições do capitalismo passam a se tornar visíveis, sem nenhum esconderijo. O nazismo é seu exemplo marcante. A sociedade capitalista, com todo o cabedal de conhecimento técnico que possuía, com sua avançada reflexão teórica e mesmo filosófica, descamba numa luta fratricida entre povos imperialistas, impondo uma lógica fascista de exclusão do judeu, do negro, do louco, do homossexual, do estrangeiro, etc.”²⁸

Esta “barbárie”, aparentemente, era desprovida de racionalidade, aparentemente era irracional. A teoria crítica constatou que a própria barbárie era racional e continha em si, uma lógica produtiva, aos moldes da sociedade moderna, aos moldes da ciência. Esta barbárie utilizava da racionalidade. “O nazismo, mesmo quando movia sentimentos irracionais e primitivos da população, assim o fazia partir de um cálculo racional. Os resultados eram previsíveis e o entendimento do controle da sociedade torna-se então “científico”. Da mesma sorte todo o aparato utilizado para implementar a barbárie: “As armas de guerra, as bombas

²⁷ MASCARO, op. cit., p. 511.

²⁸ MASCARO, op. cit., p. 512.

atômicas e a destruição em massa fazem parte de um movimento de abundância da razão, e não de sua falta.”²⁹ O nazismo teve grande apoio popular, pelo menos na primeira metade de sua trajetória no poder. Para isso eram utilizados mecanismos racionais de convencimento e de controle.

A crise da razão não se deu somente pela ótica do nazismo. As forças aliadas, da mesma forma, praticaram brutalidades. Todas em nome da liberdade.³⁰

Esta razão instrumental é denunciada por Hannah Arendt quando analisou a “Banalidade do Mal”. Descrevendo o julgamento de Adolf Eichmann constatou que, aqueles nazistas que praticavam atos atrozes, depois mantinham relações de afeto familiar, como homens normais, dotados de razão e de sentimentos, inclusive frequentavam as igrejas e davam esmolas. Constatando, assim, que a barbárie possui uma racionalidade.³¹ O mal, antes era a oposição do sagrado. Agora foi banalizado.

Somente com a utilização da razão e maximização dos métodos racionais, foi possível a humanidade manipular a natureza e os átomos e fabricar bombas de destruição em massa. Para a escola de Frankfurt esta razão é denominada de “razão instrumental”.

A razão instrumental é a lógica empregada no progresso, no melhoramento da sociedade. Razão instrumental “é aquela que procedo no campo da contabilidade, do cálculo, da técnica.”³² Esta razão unidimensional, instrumental, se mostrou incapaz de resolver problemas existenciais e de convívio, pois é baseada na produtividade, na tecnologia e centrada no progresso. “Toda a riqueza tecnológica contemporânea se constrói por meio de tal razão instrumental. As máquinas, os computadores, os meios de comunicação, e mesmo o entendimento empírico e dos desejos sociais e individuais se dão por meio desta razão contabilista”³³

A razão crítica trouxe outro paradigma para o campo do direito. Se antes o direito estava isolado e o pesquisador deveria ser imparcial, agora “a razão crítica não se fixa apenas na compreensão objetiva dos fenômenos, como uma análise dita “imparcial”, tradicional,

²⁹ MASCARO, op. cit., p. 512.

³⁰ Sobre o tema da é importante a releitura da indústria cultural realizada por Quentin Tarantino, no filme *Bastardos Inglórios*. Nele o diretor afirma que as violações e práticas cruéis foram cometidas, tanto pelos nazistas, quanto pelos Judeus, e aliados. No clima de guerra não se tem inocentes. N. A.

³¹ SANJUAN, Pedro Ernesto Celestino Pascoal e CARDOSO, Henrique Ribeiro, in CORDIOLLI, M. FREITAS, H.J. de. SÉLLOS-KNOERR, V.C de. **Cultura e Inclusão**. Curitiba: Instituto Memória, 2016. p. 11.

³² MASCARO, op. cit., p. 513.

³³ MASCARO, op. cit., p. 514.

técnica, busca compreender.”³⁴ O sujeito da pesquisa e aquele que opera o direito, participa, interfere e produz de acordo com sua formação e valores.

A crítica é ampla e se estende a outros campos da vida “A razão crítica não é somente crítica em relação ao conhecimento tradicional, instrumental. É crítica também em relação à própria sociedade capitalista, que gera e é instrumentalizada por esse pensamento técnico.”³⁵

4 A RAZÃO DA MODERNIDADE LÍQUIDA OU PÓS-MODERNA

Pode ser utilizado o termo Modernidade líquida ou sociedade pós-moderna para designar o período e o estilo de vida que mais permeia as sociedades atuais. Como grande representante deste pensamento encontramos Zygmunt Bauman, que entre outros, escreveu “O mal-estar da pós-modernidade”, “Modernidade líquida”, “A arte da vida”. Juntamente com outros autores, cunharam o termo “pós-moderno”:

“Se a expressão pós-modernidade foi cunhada mais recentemente e pode remontar às investigações de Jean-François Lyotard e de Zygmunt Bauman, de Gilles Lipovetsky e de Jürgen Habermas, de Antony Giddens e de Ulrich Beck, é porque a declaração do absurdo do entrecruzamento entre estas duas eras (períodos, momentos, interpretações de tempo...) se tornou estontantemente indisfarçável.”³⁶

O choque destas duas eras, a moderna e a pós-moderna, gera crise. Mas não é num exato momento que isto ocorre e também não é noutro momento que a crise do conflito desaparece. Ao contrário, perdura no tempo, nenhuma mudança se dá “do dia para a noite”. Bittar nos ensina o que seja a sensação da crise da modernidade:

“Todos os dias somos acometidos, na vivência das mais banais experiências, pela sensação de que “algo se desmancha no ar”. Experimenta-se um tempo, um período, uma época, em que se sente estar sendo atravessado por mudanças constantes que sequer permitem contarmos o tempo da mesma forma como se contava há algumas décadas.

³⁴ MASCARO, op. cit., p. 515.

³⁵ MASCARO, op. cit., p. 515.

³⁶ BITTAR, op. cit., p. 688.

Essa percepção de “desmanche” tem um pouco a ver com a crise de modernidade e suas formas ideológicas”³⁷

Enquanto estamos envolvidos na crise e na transformação, não percebemos a alteração de valores, entretanto precisamos estar atentos aos movimentos. Agora percebemos que incorporamos conceitos em nosso cotidiano que antes eram inadmissíveis “transitório; mutável; relativo; provável; sensível; múltiplo; horizontal; indução; senso comum; estimável; líquido” em oposição aos valores da modernidade sólida: “permanente; estável; ordenado; disciplinado; individual; racional; comprovado; certo; definido; científico; deduzido; vertical; único; central; duro.”³⁸

A pós-modernidade não é a evolução de uma corrente de pensamento ou uma escola de pensamento onde, sob alguns paradigmas epistemológicos, reúnem-se os intelectuais para aprofundar conteúdos e estudos, visando explicar o presente e prever ou sonhar o futuro. Antes, é uma constatação apenas. É um olhar dentre tantos outros olhares possíveis. É somente o diagnóstico, a constatação. É o reconhecimento das crises, do fim dos sonhos do amanhã.

Agora, na pós-modernidade estes valores são todos relativizados, agora não existem mais valores perenes.

“Pode-se até mesmo afirmar que as marcas, ou os vincos e sulcos da pós-modernidade são a polimorfia, a polifonia, a policromia e a polissemia, mas quando se trata de identificar propriamente a pós-modernidade, nos encaminha Zygmunt Bauman, através de um único termo que designe e sintetize a vivência destes tempos fugidios, se chega somente a uma palavra: a insegurança”³⁹

A insegurança ou a incerteza permeia as relações sociais e o comportamento humano é líquido, não se pode prever.

No conhecimento não se tem divisões, repartições estanques como era na modernidade. Um aluno, um jovem, tem acesso a qualquer conhecimento, inclusive fora de sua série escolar, diríamos um conhecimento fora de série. A internet possibilitou esta “mistura” no conhecimento. Outro exemplo da pós-modernidade é a Wikipedia quanto a sua constituição, sua formação e autocorreção. Note-se que não é um cientista ou um enciclopedista que está

³⁷ BITTAR, op. cit., p. 688.

³⁸ BITTAR, op. cit., p. 688.

³⁹ BITTAR, op. cit., p. 690.

escrevendo e alimentando a enciclopédia, como era na modernidade. Aqui é a própria comunidade que, a cada instante, vai acrescentando, alterando, mudando, corrigindo, a qualquer momento e em qualquer lugar. Ela não possui edição e prazo de validade. Ela assume formas a cada dia, é líquida.

As relações afetivas, a família, os amigos, também são afetados pela pós-modernidade. Aquela família da Modernidade conhecida, com pai e mãe e filhos, agora deu lugar a família com dois pais ou com duas mães, entre outras formas de vida afetiva.

Na pós-modernidade a razão não é um meio para se atingir uma finalidade. A razão deve produzir por ela mesma, condições de debate para uma convivência melhor entre as pessoas.

5 O DIREITO NA MODERNIDADE LÍQUIDA E AS CRISES

Vivemos, não só a era da pós-modernidade e suas dúvidas, como envoltos em crises, que parecem insuperáveis. Esta realidade afeta a todos, inclusive o direito, o Estado e as instituições dando uma falsa impressão de que nada mais é estável ou possível.

A crise se faz mais aparente, quanto mais distante o direito estiver do pensamento social. O direito é pródigo em isolamento e em distanciamento. Dos ramos das ciências sociais aplicadas e humanas, o direito é que está mais preso no engodo iluminista e instrumental. Ficamos envolvidos na forma e nos conceitos formais, nas definições e não nos preocupamos com a finalidade. Não se discute a justiça mas, somente, instrumentos de como aplicar o direito e os conceitos destes instrumentos. O direito é, essencialmente instrumental.

Na sociedade pós-moderna o Direito deve assumir outro papel. Agora o Direito não busca mais a verdade material ou verdade formal. Até a noção de verdade se alterou. Aquela antiga noção de que se não está nos autos, não está no mundo não vale mais. Agora existem outras formas de Direito. A grande meta é solucionar os conflitos, resolver os dilemas das partes e o juiz passa a interferir diretamente na vida.

“A era do juiz politicamente neutro, no sentido liberal da expressão, já foi superada. Os juízes deixam de ser, como têm sido até agora, exclusivamente árbitros distantes e indiferentes de conflitos privados ou

de litígios entre indivíduos e o Estado. Doravante, incumbe também à justiça realizar, no seu campo de atividade, os grandes objetivos socioeconômicos da organização constitucional.”⁴⁰

O juiz imparcial e politicamente neutro é um mito, uma miragem. Diz-se muitas vezes a frase que o juiz não é um pé de alface. Ele possui sentimentos, valores e quereres que influenciam nas decisões que toma.

Com o fim das utopias e das meta-narrativas houve um distanciamento da população, de maneira geral, da política e, por conseguinte, um nivelamento dos partidos políticos e dos conteúdos programáticos. Agora tanto faz, estar neste ou naquele partido, o eleitor e os candidatos não estão preocupados com o partido ou com as ideologias. Cazuza já cantou que:

“O meu partido é um coração partido e as ilusões estão todas perdidas, os meus sonhos foram todos vendidos. Tão barato que eu nem acredito. Há! Eu nem acredito. Meus heróis morreram de overdose. Meus inimigos estão no poder. Ideologia! Eu quero uma pra viver (...) pois aquele garoto que ia mudar o mundo, agora assiste a tudo em cima do muro.”⁴¹

O fim das ideologias fizeram nascer um grande número de partidos, a maioria sem conteúdo programático ou teor ideológico. Os partidos se tornaram meros caminhos para se chegar ao poder. Nos dizeres de Miguel Reale a “crise do Estado brasileiro está na raiz de nossa desinformação política, o que explica o número assombroso de legendas partidárias de aluguel e a falta de fidelidade partidária.”⁴² A fluidez das ideologias políticas se mostra no desinteresse da população pela política, daí pelas soluções sistêmicas dos problemas sociais. “Esta é, ao meu ver, a fonte maior de nossa crise política: a ausência de um mínimo de cultura política por parte de nosso eleitorado. Enquanto tal situação não for superada, a crise política será uma realidade instável.”⁴³

O direito pós-moderno se apresenta com o respeito aos grupos minoritários e respeito às garantias individuais. O Estado, detentor do “monopólio” do direito, é pródigo em emitir centena de milhares de normas, leis e regulamentos, no afã de satisfazer as majorias e as minorias e atender a grupos sociais, antes esquecidos. Entretanto, o Legislativo é taxado como

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Novas funções judiciais no Estado Moderno**; in JÚNIOR, Nelson Nery; **responsabilidade civil do Estado**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p 159.

⁴¹ Site: <https://www.letras.com.br/Cazuza/ideologia> - Acesso em 22 de agosto de 2018, às 21:30.

⁴² REALE, Miguel. **Crise do Capitalismo e Crise do Estado**. São Paulo. Editora Senac, 2000, p 54.

⁴³ REALE. Idem, p 68.

a mancha da morosidade. “As casas de leis são regidas por seus regimentos internos, os quais se esmeram em proteger os direitos das minorias. Sendo assim, um só deputado de um só partido possa pedir destaque para votação, e lançar mão de todas as artimanhas, a fim de que o plenário não expresse logo a sua vontade soberana”⁴⁴

Esta função legislativa é assumida pelo executivo, por meio de Medidas Provisórias, criando um “conglomerado de incongruente de disposições sobre quem deve legislar, de tal modo que dessas normas confusas resultou o presidencialismo imperial que nos governa. Onde as medidas provisórias são a forma mais eficaz de legislar”.⁴⁵

Quando o Legislativo e Executivo não emitem as normas que a sociedade pede, quando as leis estão em dissonância com a realidade social e com grupos minoritários, é a vez do poder Judiciário legislar. E o faz por meio de sentenças e procedimentos, interpretações. Esta nova função é conhecida como Ativismo Judicial, fenômeno da pós-modernidade. Na modernidade os poderes eram tomados como autônomos e onde existiam freios e contrapesos para equilibrar os poderes do Estado. Agora, na Modernidade Líquida, os poderes ficaram líquidos e não se sabe ao certo os limites de cada poder. O judiciário assume prerrogativas do Legislativos.

“Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do poder judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”⁴⁶

Entretanto, não é toda e qualquer norma que o judiciário tenta preencher. O limite é a Constituição, se for necessário para interpretação dos direitos e garantias dispostos na Constituição, o judiciário se arvora neste poder e o usa. Dworkin, novamente aponta o caminho. O juiz não pode, utilizando a “textura aberta do direito”, criar leis. “Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas”⁴⁷.

⁴⁴ REALE. Idem, p 55.

⁴⁵ REALE. Idem, p 40.

⁴⁶ RAMOS, Eival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saiva, 2010, p 116-7

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.182.

O direito na pós-modernidade ficou mais perto da população, entretanto, o ensino jurídico ainda está carente de uma desmistificação ou como diz o professor Giorgio Agamben, o direito ainda está sacralizado. A proposta agamberiana é de profanar o direito. Profanizado, ficará mais perto do povo. No mesmo sentido vai a proposta do professor Luiz Albetto Warat, que é de carnavalizar o direito, instituindo nele, elementos do eros. Na mesma crítica que Nietzsche fez da filosofia, que era essencialmente Apolínea e pouco Dionisíaca, agora, Warat traz para o direito, menos razão e mais humanidade, mais sensibilidade.

Outra constatação do direito pós-moderno é a codificação dos direitos das minorias ou de grupos de minorias que como são os casos do Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescentes, Código do Consumidor, entre outros exemplos.

CONCLUSÃO

Vivemos um tempo de crises, sem sombra de dúvidas. A primeira grande crise é de entendimento sobre as vicissitudes da existência. Antes, de maneira geral, acreditávamos que estávamos aqui com uma finalidade e que a vida possuía o grande objetivo de melhorar a sociedade até um momento que atingiríamos a perfeição social. O céu aqui na terra, por meio do uso da razão, das ideias. A história nos mostrou que a razão também pode nos levar a barbárie e esta, ao fim das utopias sociais e com ela, o fim da utopia da justiça. Esta primeira crise, longe de ser debelada, provoca outras novas crises. A crise de identidade do direito, que estava encastelado, isolado e perdeu muito tempo neste ostracismo. O direito distanciou-se da realidade social e dos demais ramos do conhecimento. Perdeu terreno. Agora, corre para recuperar o tempo perdido, com isso gera crises.

Agora, na pós-modernidade o Direito deveria estar preocupado em “arbitragem, conciliação, pluralismo jurídico.”⁴⁸

O Estado, com legisladores que não conseguem interpretar a realidade em que vivemos, dizem um direito que não buscamos e de maneira inadequada.

A pós-modernidade não veio para apresentar soluções veio, antes, para denunciar a crise da razão e o fim das utopias.

⁴⁸ BITTAR, Eduardo C. B. **Direito na Pós-modernidade**. Revista Sequência, n. 57. Dez. 2008.

O direito da pós-modernidade é contraditório. Alguns, assustados com as alterações e o fim do direito instrumental, buscam um refúgio na velha dogmática e num renascente positivismo. Sempre em busca de segurança. Mas continuamos a formar pessoas inaptas para discutir ética, moral, filosofia, política, sociologia e direito. Continuamos a formar somente pessoas ligadas a razão instrumental. Ao direito instrumental.

REFERÊNCIAS

APPIAH, Kwame Anthony. **Introdução à Filosofia Contemporânea**. Rio de Janeiro. Vozes, 2006.

ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito – Evolução das leis, fatos e pensamentos**. São Paulo. Atlas, 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br>

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro, Zahar, 2014.

_____ **A arte da vida**. Rio de Janeiro. Zahar, 2009.

_____ **O Mal Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro, Zahar, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo, Atlas, 2012.

_____ BITTAR, Eduardo C. B. **Direito na Pós-modernidade**. Revista Sequência, n. 57. Dez. 2008

BRASIL, Delton Ribeiro. **Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais**. Curitiba, Juruá, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novas funções judiciais no Estado Moderno**; in JÚNIOR, Nelson Nery; **responsabilidade civil do Estado**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2010

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo. 21ª Edição, Saraiva, 2007

DIREITO, apud MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007

FERRY, Luc. **Aprender a Viver – Filosofia para os Novos Tempos**. Rio de Janeiro. Objetiva, 2007.

GOMES, Luiz Flavio. **O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes?** Brasília: Conteúdo Jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conmteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>>

GUSMÃO, Paulo Dourado de Gusmão. **Filosofia do Direito**. Forense, Rio de Janeiro, 2014.

HUBERMAN, Léo. **História da Riqueza do Homem**. Rio de Janeiro. LTC – Livros Técnicos e Científicos. 1986.

IAMUNDO, Eduardo. **Hermenêutica e Hermenêutica Jurídica**. São Paulo, Saraiva, 2017.

MASCARO , Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo, Atlas, 2016

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4^a Edição. São Paulo, Atlas, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

RAMOS, Eival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo, Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Crise do Capitalismo e Crise do Estado**. São Paulo. Editora Senac, 2000,

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Fundamentos de Filosofia do Direito**. São Paulo, Atlas, 2010.

Site: <https://www.letras.com.br/Cazuza/ideologia> - Acessado em 22 de agosto de 2018, às 21:30.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Org.) **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba. Juruá, 2009.