

O conceito de direito para a pós-modernidade: um desafio hermenêutico.¹

Jessika Astete Panza²

RESUMO: A partir das constantes mudanças do conceito de direito dentro da sociedade, perguntamos qual seria a sua definição para o século XXI, este marcado por uma concepção pós-moderna. Se a sociedade vive em movimentação cultural por fatores que modificam a sua forma de ver o mundo, o direito também precisa estar atento a estas transformações, impondo, ao verdadeiro hermenêuta, a missão de bem interpretar as relações jurídicas.

ABSTRACT: From the ever-changing concept of law within society, asked what would be your definition of the twenty-first century, this one marked by post-modern design. If you live in a society by cultural factors that drive change their way of seeing the world, the law must also be attentive to these changes, imposing hermeneutist the true, the task of interpreting and legal relations.

PALAVRAS-CHAVE: direito – conceito – sociedade – pós-modernidade – hermenêutica.

KEYWORDS: law - concept - society - postmodernism - hermeneutics.

Introdução.

A partir dos estudos realizados nos últimos dois séculos, os estudiosos do direito sempre se perguntaram a respeito de um conceito bem definido e hermeticamente fechado quanto ao seu conteúdo e alcance. Desde os tempos do positivismo histórico europeu do século XIX, os escritores entendiam que alcançar um conceito, mais do que limitar a matéria, seria um parâmetro de perspectiva meramente teórica e objetiva, ou seja, impõe-se o direito como uma ciência reta e finalista em si mesma.

De qualquer sorte, conceituar simplesmente o direito não é tarefa fácil. Observemos os inúmeros livros e textos produzidos pelos mais variados autores: não há um ponto único. Fala-se em direito objetivo, ou ainda subjetivo. Não se esquece das presenças da imperatividade, da coercibilidade e da bilateralidade-atributiva, consoante leciona Miguel Reale. Mesmo assim, com todas estas

¹ Trabalho acadêmico de conclusão de disciplina. NIC – Núcleo de Iniciação Científica das Faculdades OPET, sob a orientação do Professor Luiz Osório Moraes Panza.

² Acadêmica do 7º período do curso de direito matutino das Faculdades OPET. Estagiária voluntária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

características, o direito posiciona-se como algo necessariamente presente nas sociedades.

O conceito de direito.

Para Robert Alexy, existem principais elementos para uma eventual adequação do conceito:

“Quem pretende responder a essa pergunta deve relacionar três elementos: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material. Conforme os pesos entre esses três elementos é repartido, surgem conceitos de direito completamente diferentes. Quem não atribui importância alguma à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural ou jusracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista. No espaço compreendido entre esses dois extremos é possível conceber muitas formas intermediárias.” (ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 15).

Portanto, qual seria o seu conceito para o século XXI? Se a sociedade hoje tem um comportamento muito diferenciado de quando começamos a falar de positivismo jurídico, mister que amoldemos sua ciência com os novos rumos da sociedade.

Falar em legalidade, eficácia e correção parece ser uma das fórmulas possíveis quanto ao novo pensamento conceitual, na medida em que tal ciência reúne um conjunto de elementos indispensáveis para a busca de um resultado efetivo. A legalidade consiste na elaboração do dispositivo essencial normativo que reúna a objetividade da norma com a subjetividade do seu alcance a partir da percepção de uma adequação do fato a ser amparado dentro do sistema. A eficácia, por sua vez, repousa na conscientização e aceitação do seu conteúdo quanto à forma e extensão, o que podemos chamar de legitimidade intersubjetiva. Por fim, a correção é essencial como adequação para o melhor resultado da harmonização que o direito procura.

Todavia, somente a partir de uma nova perspectiva hermenêutica é que poderemos admitir a necessidade do discurso do contemporâneo direito para o século XXI.

E referida hermenêutica repousa na nova visão de mundo que se coloca. Não há apenas um positivismo arraigado dentro de uma sociedade. Hoje, para regularmos um contrato entre partes, ou ainda para visualizarmos a condição financeira de uma empresa e a sua eventual recuperação, nós devemos olhar, entre outras coisas, para as funções sociais que podem ser alcançadas. Ou seja, a reunião do interesse coletivo. De certa forma, o utilitarismo pretendido por Roscoe Pound no pensamento americano aborda mais o consenso social do que o resultado individual.

O novo século vivido é tido pelos doutrinadores como pós-moderno, onde os conceitos podem ser considerados fluídos, líquidos. Assim, algo hermeticamente fechado não alcança qualquer resultado a ser perpetuado. As normas são alteradas ou atualizadas constantemente. É preciso a releitura dos conceitos, tal qual se coloca na referência do pós. Não só na modernidade, mas na Constituição e no próprio positivismo. Neste último, o princípio é ponto de equilíbrio e reflexão, reanimando a idéia a se alcançar.

Chaïm Perelman questiona-se quanto a uma reflexão sobre o que o direito pode trazer para o pensamento, onde expõe a seguinte preocupação:

A ciência humana não será um conjunto de hipóteses e de métodos pelos quais os homens suprem a falta de onisciência? O direito não seria, da mesma forma, um conjunto de técnicas comprovadas, graças às quais os homens, pelo fato de viverem numa sociedade terrestre, e não no paraíso, buscam suprir sua falta de santidade? É verdade que, para os santos do paraíso, não se previram nem legisladores, nem juízes; mas o ideal de racionalidade filosófica deverá apresentar aos homens unicamente a visão de um paraíso terrestre, onde todos os homens, tornados sábios, se comportariam como santos, ou deverá ele também visar, e talvez essencialmente, a organizar na terra, com um mínimo de violência, uma sociedade de homens com seus defeitos e suas deficiências? (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 362).

Esse comportamento metafísico, por vezes apresentado pelos estudiosos, talvez seja uma forma de associar o direito com elementos espirituais ou transcendentais, como se a simples razão humana, ou ainda, o materialismo, fosse incapaz de encontrar uma resposta.

E esta vem, conforme Perelman, no estudo aprofundado do direito, quando conclui o seu posicionamento da seguinte maneira:

O direito só existe como disciplina tecnicamente autônoma nas sociedades que dão espaço – entre o calculável, o que elimina qualquer decisão individual, e o político, em que o poder de decisão seria ilimitado e arbitrário – a uma ordem para cujo estabelecimento concorre uma multiplicidade de vontades humanas. É por isso que, estudando com atenção e analisando com cuidados as técnicas jurídicas de processo e de interpretação, que permitem aos homens viver num Estado de direito (*Rechtsstaat*), o filósofo, em vez de sonhar com a utopia de uma sociedade paradisíaca, poderia inspirar-se, em suas reflexões, no que a experiência secular ensinou aos homens encarregados de organizar na terra uma sociedade razoável. (PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 372).

O alcance da pós-modernidade.

Assim, o conceito de direito passa invariavelmente pela evolução do tempo, onde, para alcançar a pós-modernidade, ele precisa estar atento aos constantes avanços sociais. A resposta certamente não virá do comportamento mítico ou da imposição estatal, mas, acima de tudo, das adaptações às variantes que por ventura a sociedade sofre. Lembrando-se, pois, do pensamento de Alexy: legalidade, eficácia e correção.

O dinamismo dos dias atuais permite que busquemos, dentro da diversidade de pensamento, de credos religiosos, de comportamentos morais e éticos, entre outras coisas, a estrutura de criação da norma.

Para João Maurício Adeodato, esse dinamismo é a pós-modernidade, com avanço sobre o tecnológico, o novo, mas, acima de tudo, o efêmero. Por conta disso, necessária a reflexão de adaptação do direito frente aos tempos atuais:

O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pode ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana. (ADEODATO, João Maurício. *Ética & Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353).

Esse comportamento efêmero da pós-modernidade é que enseja na real necessidade de localizarmos espacialmente o mecanismo do direito. O Estado, através de seus órgãos, como a polícia, os fiscais, etc., pretende reforçar a validade do direito em confronto com o passageiro, aqui entendido como efêmero. Manter as relações estáveis é o seu desejo maior, mesmo com as mudanças paradigmáticas da sociedade. Há necessidade, pois, de um mínimo de estabilidade, como forma de se alcançar, como quer o mesmo Estado, a segurança jurídica. Por conta disso é que muitas vezes as normas são bem mais lentas nas suas atualizações que a própria sociedade.

A hermenêutica tem, diante dessas constatações de descompasso entre o direito, seu conceito, e a sociedade pós-moderna, uma função primordial de ajuste, reforçando a aplicação, na voz de José Fábio Rodrigues Maciel:

Na aplicação da norma ao fato concreto não se deve ter por parâmetro, por pretensão, a interpretação certa, verdadeira, verificável por sua correspondência a dados empíricos. Não é plausível também considerar que a hermenêutica apenas aponta todos os caminhos possíveis para a solução do conflito, isto é, somente indique os diversos significados possíveis de uma norma. Cabe à interpretação reduzir o espectro de verdades possíveis, indicando caminho mais pavimentado, onde fatos e valores não trafeguem pela contramão. Como nos ensina Willis, *“importante, para a salvaguarda do estatuto científico da dogmática jurídica, é não transformá-la em instrumento de imunização desses dogmas a crítica e contra-argumentações racionais (ou razoáveis, já que não só fatos, mas também valores, estão envolvidos)”*. (MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria Geral do Direito – segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 83).

É bom lembrar que o conceito de direito não se faz sozinho e sem o alcance de outras ciências afins, como ética, religião, ciência política, entre outros. O hermeneuta procura dentro da interdisciplinariedade os mecanismos exatos de funcionamento da sociedade e o seu alcance.

Recentemente, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), por exemplo, foi editada a partir da constatação da violência doméstica contra a mulher, dentro de um processo de “normalidade” adotado pelos companheiros das vítimas. Ou seja,

foi preciso observar que algo estava evidentemente errado dentro da sociedade, onde a violência já imperava, numa constatação do que Hannah Arendt cunhou de “banalidade do mal”. O Estado foi acionado para conter tal violência, valendo-se de outros parâmetros para o estudo completo, tais como sociologia e ética. A agressão passou a ser um componente real e comum em muitos ambientes familiares, a ponto da Corte Interamericana de Direitos Humanos intervir para que algo fosse feito.

Nem sempre a pós-modernidade leva para o avanço, como no exemplo acima mostrado. O comportamento masculino com sinais medievais mostrou-se estagnado frente às mudanças sociais. Mas a sociologia e a ética foram decisivas para uma alteração de comando normativo. É nesse ponto que o presente estudo avança: buscar entender o conceito de direito dentro das mudanças sociais.

O direito, na realidade, mostra-se como um fenômeno empírico, quer dizer, através das constatações reais e sentidas pela sociedade. As estruturas de poder que o direito exige e permite buscam nortear a construção das leis em sentido estrito. Seja o direito algo meramente material, ou ainda procedimental, o certo é que as estruturas surgem em resposta aos anseios da sociedade.

Os fluxos e refluxos nos dias atuais ecoam dentro dos valores sociais. Há uma onda a ser seguida a cada momento em que se chama o direito para intervir nas relações humanas e coletivas. Sendo a norma algo imantado de valores da pessoa objeto também do direito, este mesmo valor é imprescindível para que o resultado seja alcançado. É como dizia Luís Recaséns Siches de que a norma é um pedaço de vida humana objetivada, sendo importante que aquela atenda a esta.

A ligação pela hermenêutica.

O legislador precisa, pois, estar atento ao que acontece ao seu redor. O que espera a sociedade e o que espera o próprio cidadão. Mas sem se esquecer que esta construção do conceito de direito para o século XXI enseja na bilateralidade de direitos e deveres, não se permitindo, portanto, apenas aquela primeira, como muitos discursos assim escrevem. É sempre bom lembrar que o direito se faz na relação dos direitos fundamentais, por exemplo, com as responsabilidades sociais. Ambas constroem o direito e, claro, a sociedade.

Devemos, assim, notar o caráter hermenêutico do direito diante do conteúdo axiológico, onde Paulo Hamilton Siqueira Junior comenta:

Tal perspectiva parte do princípio de que o direito se refere a uma conduta humana e que esta conduta é dotada de sentido axiológico específico, que não pode ser desprezado. É a concepção que aparece em Savigny, na tentativa de traduzir os ditames do *Volksggeist*, aprofundada por juristas como Carlos Cossio, Miguel Reale e Michel Villey, entre outros, a despeito das discrepâncias fundamentais de seus conceitos de direito.

Salientar o aspecto hermenêutico do direito é importante na concreção da ordem jurídica e na confirmação de que os aspectos do objeto jurídico, como coercitividade e bilateralidade, entre

outros, radicam sua base epistemológica no conceito de direito como fenômeno: a positividade. (SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Teoria do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119).

Hoje, o direito tem as várias perspectivas vistas pelos doutrinadores: é norma quanto às ordenações das relações humanas; é fato dentro de uma relação ordenada; e é valor por tentar alcançar a concepção de justiça. Isso significa que o seu alcance tridimensional ainda é bem aceito, na visão de Miguel Reale.

Também podemos dizer que o direito possui várias realidades, como pensa André Franco Montoro: é ciência (enquanto epistemologia), é justo (enquanto axiologia, é norma (enquanto teoria da norma), é faculdade (enquanto subjetividade), e, por fim, é fato social (enquanto sociologia). (Conforme MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 28ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009).

Não se pode, contudo, utilizar-se do direito para a obtenção de vantagens pessoais ou coletivas dentro de um universo micro. As normas são criadas a partir dos interesses coletivos e para estes é que devem servir. Maus legisladores ou maus administradores não podem fazer do conjunto normativo algo que fira de morte o sistema. Caberá ao juiz, se for o caso, corrigir estes erros e a este é que serão lançadas as esperanças para a construção do direito frente ao século XXI. Mas, se tivermos também maus juízes, então aquela esperança não terá uma solução adequada, eis que a hermenêutica final deve ser feita pelo Poder Judiciário, guardião constitucional, no sistema brasileiro, da aplicação e integração do direito.

É como diz o jurista Plauto Faraco de Azevedo dentro da ordem material da hermenêutica:

A dimensão hermenêutica do direito é inarredável, como o reconheceu o próprio Hans Kelsen, possibilitando sua recriação e adaptação às necessidades históricas progressivamente configuradas. Atesta a politicidade do Poder Judiciário, que não se pode exercer cabalmente sem o exercício de juízos de valor sobre fatos e instituições, buscando o melhor caminho para realizar e aperfeiçoar a ordem jurídica. (AZEVEDO, Plauto Faraco de. Método e Hermenêutica Material do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 11).

Conclusão.

Conceituar o direito para os novos tempos é, acima de tudo, repensar valores e relações sociais. É escrever na história as páginas vivas das necessidades e aspirações humanas. É permitir que o ideal de justiça sempre se renove. É colocar o Poder Público como o guardião legal das mudanças essenciais. É cobrar das autoridades o pulso firme na adequação da norma o caso fático concreto. É fazer com que o Poder Judiciário esteja sempre em constante movimento de atualização e adaptação. É sentir a chegada do novo momento vivido, onde a pós-modernidade, com a sua constituição fluída, precisa de constantes mecanismos de segurança jurídica, pois o direito, mesmo sempre necessário atualizá-lo, ainda sim mantém na sua estrutura e superestrutura de criação o modelo de harmonização justa e social.

BIBLIOGRAFIA:

ADEODATO, João Maurício. *Ética & Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e Hermenêutica Material do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria Geral do Direito – segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 28ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.