

O DIREITO E A PÓS MODERNIDADE: CONTRIBUIÇÕES DO PENSAMENTO PÓS-MODERNO PARA AS RECENTES TEORIAS JURÍDICAS

THE LAW AND THE POST MODERN ERA: CONTRIBUTIONS OF THE POST-MODERN THOUGHT FOR THE RECENT LEGAL THEORIES

*Gabriela Pimentel Pessoa**

*Paula Garcez Corrêa da Silva***

RESUMO

O pensamento pós-moderno trouxe para o Direito uma nova maneira de pensar acerca das questões da justiça. Depois da corrente positivista e das teorias idealistas, percebeu-se que urgia uma forma de pensar o Direito de maneira a abranger toda a complexidade epistemológica que o conhecimento humano já pode conhecer até então. O pensamento pós-modernista pôde colocar as questões relativas à justiça de maneira mais realista, livre de ideais transcendentais do que seria uma sociedade justa. As teorias jurídicas mais recentes foram fortemente influenciadas pela onda pós-modernista e pode-se dizer que a pós-modernismo inaugurou uma nova forma de pensar o Direito, uma forma mais comprometida com a realidade e pluralista, capaz de fazer dialogar diversas teorias e culturas para a formação da noção de justiça no caso concreto, contextualizado historicamente e estruturalmente.

Palavras-chave: pós-modernismo; justiça; novas teorias do Direito.

ABSTRACT

The post-modern thought, brought to the Law theories a new way of thinking about the issues of justice. After the current positivist and idealist theories, it was realized that was urgent a new way of thinking about the law so as to cover the whole epistemological complexity that human knowledge could have known so far. The postmodernist thought could pose questions relating to justice in a more realistic way, free of transcendental ideals of what a just society is. The latest legal theories were strongly influenced by the postmodernist wave and can be said that postmodernism has opened a new way of thinking the law, a more committed and pluralistic reality, able to engage various theories and cultures for the formation of the concept of justice in a particular case contextualized historically and structurally.

Keywords: *postmodernism; justice; new theories of law.*

INTRODUÇÃO

O conceito de pós-modernismo, por definição, é algo incerto e difícil de ser colocado pela própria inexistência de consenso no que diz respeito ao que vem a ser o “pensamento

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará com Bolsa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Cnpq).

** Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

pós-modernista” experimentado por filósofos, cientista, artistas, etc. nas últimas décadas da história recente da humanidade.

Entretanto, por mais difícil que se possa parecer sistematizar e sintetizar as teses do pensamento pós-modernista, podemos tranquilamente observar características comuns do que se pode chamar de uma “tendência” pós-modernista.

O fazer ciência, na história recente do conhecimento humano, não é mais algo que obedece padrões metodológicos rígidos. A palavra desconstruir encontra-se na ordem do dia muito mais do que termos como, verdade, consenso e paradigma. O conhecimento humano experimenta uma fase em que o cientista, a toda hora, encontra-se deparado com uma gama enorme de caminhos a percorrer e praticamente nenhuma garantia de que fez a escolha certa ao seguir determinado rumo.

Entretanto, a despeito do que muitos possam pensar, a grande quantidade de dúvidas que permeia a mente dos pensadores atuais não é necessariamente razão para que se abandone de vez a busca pelo conhecimento. A racionalidade agora experimenta uma nova era, na qual se pode dizer que o fazer ciência encontra-se muito mais comprometido com todas as nuances e variáveis que a mente humana foi capaz de construir.

Ao construir uma tese, o cientista de qualquer grande área do conhecimento não mais exclui variáveis outrora consideradas desimportantes. Até porque a própria escolha do que é fundamental para a pesquisa e o que não é já possui uma carga de subjetivismo que pode influenciar diretamente no resultado. Portanto, o resultado, nesse novo fazer ciência, é incerto e o que se faz precipuamente é pensar o problema e colocá-lo em face de todas as questões que com ele possam dialogar e influenciá-lo, seja de maneira positiva ou negativa.

Fica claro, então, que o pós-modernismo inaugura uma fase difícil do conhecimento humano. Difícil sim, mas necessariamente mais comprometida com as problemáticas de todos os sistemas envolvidos que possam contribuir para a análise do problema. O ideal muitas vezes é abandonado em prol do palpável, do possível, o que faz com que a realidade posta se coloque, com toda a sua complexidade, como dado necessário para o enfretamento das questões. Pensar um estado ideal das coisas, mostrou-se, muitas vezes, algo vazio frente à gama de problemáticas que o mundo sensível oferece para serem solucionadas.

Disso, pode-se inferir que a onda pós-modernista mostrou uma faceta do conhecimento que antes não se ousava questionar. Se é impossível que haja uma verdade absoluta, um conhecimento último, um princípio inafastável, é possível que se possa dizer que

ainda há um conhecimento científico capaz de dar certeza universal à determinada tese? Nas ciências jurídicas essa questão é particularmente mais sensível pois o cientista jurídico lida a toda hora com a contingência dos fatos reais. Portanto, sempre novos dados podem ser associados que podem influenciar drasticamente o conteúdo de qualquer pesquisa.

A ciência na pós-modernidade não busca mais um conhecimento último e imutável, mas sim o que é possível, por hora, conhecer. Essa nova maneira de pensar, por mais angustiante que seja, também abre os olhos do cientista para uma realidade mais abrangente, onde tudo deverá ser analisado em termos de pertinência, sempre levando-se em consideração que as “verdades” apreendidas são transitórias, mutáveis e circunstanciais.

A onda pós-modernista inaugurou, portanto, uma nova maneira de pensar e todas as áreas do conhecimento sofreram a sua influência. O Direito, como tal, foi também banhado por essas novas formas de fazer ciência, o que em realidade ofereceu grande contribuição para que o enfrentamento de certas matérias, antes consideradas não-jurídicas, fosse considerado algo extremamente relevante para o desenvolvimento de teorias mais comprometidas com os dados oferecidos pelos fatos do mundo real.

Este estudo empreende uma busca que tenta analisar de que maneira o Direito foi influenciado por essa tendência pós-modernista, fazendo críticas pontuais às teorias que a antecederam e, posteriormente, colhendo as suas contribuições para as novas teorias acerca da justiça.

1 A reação ao positivismo jurídico

O positivismo normativista, sob o pretexto de fazer uma real ciência do Direito, por muito tempo, relegou as questões morais do plano do conhecimento jurídico.

Por um longo período, o positivismo jurídico foi tido como a principal e por que não dizer, única forma de pensar o Direito. Era a época em que o conhecimento jurídico rogava por um método científico a fim de que se pudesse encontrar respostas, últimas e absolutas, para questões relativas ao mundo das leis.

O que não se percebia, ou não se considerava relevante, era que o Direito não se resume ao aparato normativo, a um sistema fechado autorregulado que não sofre influências externas. Tendo isso em vista, o saber científico do positivismo jurídico por diversas vezes

deixou de responder a questões obviamente ligadas ao mundo das normas, mas que diziam respeito a acepções de cunho moral, principalmente no período do pós-guerra.

Em outras palavras, as normas e princípios positivados não eram a única resposta (ou não constituíam resposta satisfatória) para todas as questões de ordem jurídica. Até porque, num mundo que experimentava um período de reconstrução (de paradigmas, de estruturas sociais, de instituições políticas, etc.) o positivismo jurídico apresentava um Direito engessado em padrões que não correspondiam e não eram satisfatórios para acompanhar as mudanças da nova ordem emergente.

Precisou-se pensar em instituições que cumprissem, sim, ideais de justiça e para que isso pudesse ser teorizado a moral teve que retornar como objeto de estudo do Direito.

Logo após a onda positivista, que tem como expoentes Kelsen¹ e Hart², o saber jurídico experimentou uma fase em que, novamente, os juristas viram-se compelidos a enfrentar as questões de cunho moral e demonstrar como elas tocavam o Direito.

As teorias dos princípios surgiram aí como uma resposta ao que o mundo buscava de elementar no ser humano, ao que era ontológico. Os cientistas do Direito agora não se preocupavam mais em criar um sistema fechado de normas autossuficiente e científico, mas sim responder em que termos o Direito serviria para preservar o ser humano em sua integridade. Em outras palavras, o que seria a Justiça e como o Direito poderia ser teorizado a fim de que pudesse cumprir tal ideal?

Diversas teorias, repise-se, de reação ao positivismo, utilizaram os princípios para que se pudesse colocar na ordem do dia a Justiça novamente como um ideal almejado pelo Direito. Entretanto, no que pesem serem reações ao positivismo, ainda não se podia identificar nessas teorias traços pós-modernistas, melhor dizendo, não carregavam o que se pretende

¹ Entre outros escritos, o pensamento positivista do autor encontra-se especialmente consubstanciado em KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, *passim*.

² Hart publicou “O Conceito de Direito” em 1961, sua obra mais proeminente. O autor é colocado aqui como expoente do positivismo por entender que um sistema de normas jurídicas para ser válido não precisa guardar referência com a moral e com a justiça. Entendo que, mesmo sendo um autor do pós-guerra, suas ideias contrapõem-se com as teorias que surgiram nesse período. Um dos seus grandes opositores foi Ronald Dworkin. A celeuma entre as teorias dos autores citados é demonstrativa de um fenômeno que costuma ocorrer quando há uma quebra de paradigma, como colocou KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005, *passim*. O positivismo nunca reinou absoluto, pois teóricos do direito natural sempre existiram, entretanto, alcançou com a Teoria Pura do Direito, de Kelsen, o seu ápice, sendo representativa de um período muito específico da História do Direito. É natural que os teóricos do positivismo sempre produziram e sempre produzirão adeptos, mas no período do pós-guerra, a pergunta precípua entre as mentes dos pensadores do Direito era “o que é um sistema jurídico justo?” e não “o que é um sistema normativo válido?”.

colocar nesse artigo como traços comuns do pensamento pós-moderno, embora já inaugurassem novas formas de teorizar o Direito.

Ronald Dworkin pode ser citado como um bom exemplo de um teórico que empreendeu uma reação ao positivismo, principalmente ao positivismo professado por Hart.

Dworkin, ao contrário de Hart, não entendia que um sistema jurídico válido deixaria de guardar correspondência com a moral e a justiça. Como desdobramento dessa ideia, entende que os homens e mulheres possuem direitos morais que não são necessariamente sancionados (DWORKIN, 2002, p. 284.) pela ordem política vigente. Defende o autor que determinados direitos do homem existem independente de prescrição legal e, assim, nega a noção positivista de que o Direito apenas existe nos termos da lei.

Nota-se aí que, para que se possa defender a existência de direitos independente da ordem política posta, é necessário que se justifique, ou melhor, que se ache um critério que fundamente a origem desses direitos e é claro que em última instância isso se torna uma questão de entender o que é justo ou injusto.

A desobediência civil, em outras palavras, é o direito de defender-se da ordem posta quando esta ordem nega ao cidadão um direito que, pelos critérios de justiça, pode ser considerado mais importante do que o que está estabelecido na lei.

Para o autor, os direitos morais do cidadão não são todos sancionados pelo governo³ e assim, por vezes, caberá ao judiciário a proteção de tais direitos. Essa decisão, obviamente não obedecerá aos critérios estabelecidos pela ordem vigente, mas de toda forma será proferida por uma instância do governo.

Dworkin defende que quando dois homens discordam sobre direitos morais e não podem provar qual deve prevalecer, alguma decisão necessariamente deve ser tomada a fim de que não se instale uma situação de anarquia. Então, e isso é crucial para a análise que ora se coloca, o autor chega à conclusão realista de que mesmo que seja difícil chegar a uma solução satisfatória dos problemas, é necessário que pelo menos isso seja tentado.

Essa conclusão anteriormente mencionada é importante para a mudança de visão, que se estabeleceu no estudo do Direito, que se deu em reação ao positivismo. Dworkin, no que se poderia chamar de um amadurecimento teórico, compreendeu que as dificuldades que se colocam pela ponderação das questões relativas à justiça não devem ser extirpadas da

³ O autor usa, na verdade, a palavra “*government*” no sentido amplo, abrangendo os três poderes instituídos.

ciência jurídica, mas sim consideradas seriamente, no que pese serem questões difíceis, entretanto, necessárias para que se possa promover um estudo comprometido do Direito.

Dworkin utiliza a alegoria do juiz Hércules para demonstrar como as decisões seriam proferidas no caso hipotético da existência de um juiz que poderia abarcar e ponderar todos os princípios e valores. Esse juiz hipotético seria capaz de desvendar a verdade encoberta por todas as limitações que os juízes comuns não são capazes de superar por sua própria condição.

Como se vê, da abstração de Dworkin, podemos concluir que o autor entendia que o Direito, para ser justo, deveria ser a compreensão ponderada de tudo que dissesse respeito à questão que se colocara frente ao juiz. Em outras palavras, uma decisão justa ideal deveria refletir a verdade, em última instância, algo que não se pudesse contestar por estar certo em toda sua complexidade.

É importante ressaltar, que o teórico, assim como outros, sempre coloca a justiça segundo padrões ou princípios estabelecidos dentro de sua própria teoria. Assim como fez Rawls ao identificar quais eram os seus princípios da justiça⁴ e defender que os homens encobertos pelo véu da ignorância os escolheriam, a imprecisão de Dworkin foi defender que todas as decisões jurídicas orientadas pelo ideal político da integridade seriam justas.

A idealização da justiça, nos termos acima colocados, não constitui uma característica do pensamento pós-moderno. Conquanto as teorias hermenêuticas possam ter avançado na busca de um Direito mais comprometido com as questões relativas à justiça, mesmo diante das imprecisões que poderiam derivar disso, a sua idealização afasta as teorias analisadas de uma acepção mais realista do Direito.

2 O pós-modernismo e suas contribuições para as novas teorias jurídicas

Como se viu acima, as teorias hermenêuticas de reação ao positivismo empreenderam um passo importante para que se pudesse inaugurar um novo tempo da ciência jurídica. Não se quer dizer que Dworkin tenha tido traços pós-modernos, mas que, para que se pudesse chegar ao modo pós-moderno de pensar o Direito, foi necessário que se pudesse

⁴ “Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para outras pessoas. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.” (RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 73.)

compreender que existe uma complexidade de dados a serem analisados a fim de que se possa traçar teorias da justiça. A norma por si só não é um dado que encerra a análise da pesquisa científica no Direito.

Levar os direitos a sério, afastando-se do que preconizou o autor que cunhou a frase, para muitos autores pós-modernos, não significa mais estabelecer uma dita “ciência do direito” eliminando todas as variáveis que atrapalhem a metodologia do trabalho. O que se observa agora é que o comprometimento do cientista jurídico se dá em termos de considerar todos os fatores importantes para determinada questão, levando em conta seu contexto, seu momento histórico, o aparato jurídico disponível e teorias que venham a auxiliar no enfrentamento dos problemas, de maneira que os termos verdade e justiça estejam contextualizados segundo a realidade momentânea que estão inseridos.

Duas questões são importantes aqui para identificar as contribuições do pós-modernismo para as teorias do Direito mais atuais. A primeira é que não se entende mais que há uma teoria última e fundamentadora do Direito, mas que as teorias “conversam” entre si para que se enfrente os problemas. A segunda ponderação é que, caso se encontre uma solução satisfatória, moderada e bem articulada para determinado problema jurídico, qualquer coisa que tenha fundamentado aquela solução não deverá ser utilizada da mesma maneira para situações completamente diferentes, ou parecidas, mas em contextos diversos.

Então, o que se vê no pós-modernismo é que a palavra de ordem é: contextualização. Isso abre espaço para o diálogo entre diversas formas de pensamento, onde os valores das culturas mais diferentes podem ser inseridos no ato de pensar o Direito. O que quer dizer que o pós-modernismo é capaz de enfrentar algumas questões, que hoje são destacadamente jurídicas, como o multiculturalismo, que as teorias anteriores não seriam capazes de fazer.

Assim, ao contrário do que se poderia ter pensado, num primeiro momento, os pensamentos pós-modernos não pregam necessariamente um abandono da metafísica. No que diz respeito à incorporação de valores às teorias de justiça, a metafísica está posta no leque de possibilidades (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 44.) que as teorias pós-modernistas apresentam aos cientistas jurídicos.

A valoração que se faz no ato de considerar uma teoria ou outra, ou de percorrer determinado caminho para a solução de um problema, é um ato que foge a alçada do método científico clássico. Os cientistas clássicos achavam que um método científico puro seria aquele capaz de comprovar teorias livre de subjetivismo por parte do cientista. O que

realisticamente se propõe no pós-modernismo, é que tal método não é plausível e a valoração sempre se dá em alguma instância no fazer ciência.

Então, poderíamos dizer que no pós-modernismo não existe mais ciência? Em outras palavras, o pós-modernismo acabou com o pensamento racional?

Não. O que ocorre nessa nova maneira de pensar é um comprometimento do cientista com questões que outrora os pensadores não julgavam relevantes. Isso não quer dizer um abandono do método, embora tenha tornado muito mais difícil estabelecer uma metodologia para determinada busca científica.

Entretanto, por mais difícil que seja estabelecer um método científico, não se pode negar que os cientistas pós-modernos são bem mais comprometidos com a realidade do que os positivistas e seus métodos que excluía as valorações.

O pós-modernismo caracteriza-se, no que tange ao conhecimento jurídico, pela compreensão de que a justiça alberga uma pluralidade de valores e padrões que não pode ser reduzida a um conjunto único e sistematizado de princípios.

As sociedades são plurais, o mundo movimenta-se de forma nunca antes experimentada pela humanidade e as ciências não dão mais as respostas para questões mais relevantes, ou pelo menos, não oferecem a segurança ingênua que outrora forneceram.

Num mundo onde os pensadores, a fim de racionalizar os problemas, voltam-se para a complexidade das estruturas⁵, a justiça não poderia ser um dado fornecido por poucas variáveis e fixada como um padrão imutável no tempo e no espaço. As teorias complexas contribuíram para mostrar que nada há de simples em estabelecer um estudo sério sobre o conhecimento jurídico, entretanto, não é por isso que se deverá abandonar a busca pela solução justa dos problemas.

O pensamento complexo, então, apresenta-se como um bom ponto de partida para as novas acepções de justiça nas teorias jurídicas. E não poderia deixar de ser diferente. As teorias acerca dos direitos humanos⁶ demonstraram, principalmente no que tange ao direito à cultura, que diferentes povos podem fornecer padrões de justiça antes desconhecidos pelos pensadores jurídicos.

⁵ Ler sobre esse assunto: MORIN, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Disponível em: <http://www.pensamientocomplejo.com.ar/docs/files/MorinEdgar_Introduccion-al-pensamiento-complejo_Parte1.pdf> Acesso em: 01. jul. 2012.

⁶ Aqui se fez a escolha pelo uso do termo direitos humanos e não fundamentais para demonstrar a faceta mais universal desses direitos. Direitos aprendidos historicamente pela humanidade os quais não são mais revogáveis.

O que se coloca bastante evidente nos dias atuais é que as acepções mais clássicas do que vem a ser um direito humano (liberdade, igualdade, fraternidade), podem ser tranquilamente repensadas quando postas em contato com outras culturas. Liberdade não é mais um direito negativo contra o Estado, mas sim um direito de ter condições de desenvolver-se como ser humano, de acordo com sua cultura e a ordem jurídica e política deve estabelecer padrões para isso. Essa “nova conceitualização” tem ocorrido com toda gama de direitos fundamentais e ficou claro que tais direitos, para cumprir sua função, precisam ser capazes de inserir-se nos mais diferentes contextos, pois quando isso não é possível, podem tornar-se muito mais o algoz do que o defensor de determinadas causas.

Isso se deve ao fato de que os direitos fundamentais, dado a sua complexidade, precisam ter um núcleo duro, inflexível, mas sua moldura precisa ser permeável de maneira a albergar as diferentes possibilidades oferecidas pela realidade de modo que se o direito fundamental não socorre realidades distintas, ele torna-se inócuo e causador de injustiças, eminentemente contra minorias.

Assim, o pós-modernismo foi determinante para que os padrões valorativos de justiça pudessem ser diversificados. Já que não há uma verdade última e absoluta, o que resta ao pesquisador é abraçar as possibilidades inseridas dentro de determinado contexto para que realisticamente e pontualmente se possa preencher os conteúdos de um conceito de justiça que funciona apenas em um momento específico.

Desta maneira, fica claro que a tarefa do cientista após o advento do pensamento pós-moderno torna-se um fazer cercado de incertezas.

Isso ocorre porque a onda pós-modernista inaugurou uma nova forma de estabelecer os conceitos jurídicos. Aliás, a palavra estabelecer pode dar uma ideia errônea de, uma vez concebido, o conceito fixa-se como verdade e refere-se a tudo que a ele disser respeito. Quando se fala em estabelecer conceitos, é importante ter-se em mente que, no pós-modernismo, os conceitos, quando existem, são maleáveis e abrangentes, de forma que possam abarcar uma gama de culturas e, mesmo assim, caso sua abrangência não seja suficiente para que o conceito se coloque para determinada questão, ele não necessariamente será utilizado.

Assim, o que se pode verificar analisando o modo de pensar o Direito na atualidade, por mais que não possa ser considerado pós-modernista, sofreu uma influência grande do movimento, dada a maneira com que os novos teóricos do direito estão comprometidos a não

afirmar padrões incontestáveis de justiça, uma vez que o contato com as diferentes culturas do mundo globalizado fez perceber que há muito o que se conhecer antes de definir como justo o que o mundo ocidental julgou com seus padrões morais.

Não fica difícil perceber então que, mais que um movimento filosófico bem definido, com seguidores e críticos, o que o pós-modernismo coloca é que as teorias não mais serão formuladas em estruturas engessadas, imutáveis. Além disso, a maioria das teorias jurídicas contemporâneas tenta ser, ou pelo menos têm a pretensão, de ter traços pluralistas.

O pensamento pós-moderno trouxe para o Direito a possibilidade do diálogo entre diversas teorias, culturas e valores. A principal questão da justiça não é mais a busca por instituições justas, mas como a justiça poderia ser promovida nas instituições que estão postas. Isso quer dizer que os pensadores contemporâneos colocam o problema da justiça num viés realista, onde o justo ou o injusto será verificado pela comparação do que se adéqua aquela determinada sociedade.

O diálogo entre culturas mostra que as acepções sobre justiça não devem mais ser uma representação do pensamento racionalista ocidental, mas que sejam influenciadas por diferentes teorias das mais diversas áreas do conhecimento. A prática social⁷, o contato de ideias, essa dinâmica do conhecimento, pode levar à criação tanto de estruturas epistemológicas novas como a sujeitos cognoscentes totalmente repaginados.

O que parece é que os teóricos do Direito perceberam que é difícil encontrar uma única alternativa para que se alcance uma sociedade justa e as noções trazidas com o pós-modernismo permitiram aos estudiosos elaborar teorias que pudessem englobar essa acepção plural da noção de justiça.

As linhas que se seguem demonstram como o pós-modernismo e seus traços mais evidentes influenciaram os pensadores do Direito atuais. Repise-se que os teóricos abaixo citados como exemplo não são considerados pós-modernistas, entretanto, o objetivo do trabalho que ora se coloca é demonstrar como os estudiosos do Direito revisaram as teorias antecedentes e perceberam que para que se possa acessar pragmaticamente algum nível do que se pode julgar justo, é necessário que se enfrente o problema em toda sua complexidade.

⁷ Sobre as mudanças que as práticas sociais podem causar nos domínios do conhecimento, ler: FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

2.1 Amartya Sen e sua ideia de justiça

Amartya Sen inicia sua obra “A ideia de justiça” fazendo uma análise da teoria de Rawls sobre justiça como equidade⁸. Observando a obra de Rawls, o autor percebe que há um problema de cunho pragmático em entender que a justiça encontra-se numa esfera transcendental.

É importante ressaltar que Sen acha problemáticas as construções teóricas que entendem que haja uma solução única e universal para que se possa criar uma sociedade justa. A observação desse problema é o traço mais pós-modernista que se pode ressaltar da obra que ora se analisa, pois é essa faceta do pós-modernismo que promove a virada epistemológica observada nas novas teorias da justiça.

Diante disso, o autor trabalha no campo da possibilidade. Quais são os requisitos necessários para a razão humana possa identificar uma situação como justa ou injusta?

O teórico entende que a redução arbitrária de vários princípios em um, para que se possa encontrar uma solução justa universal é potencialmente perigoso, pois as divergências entre os princípios podem dar uma solução bem mais satisfatória e realista.

Para expressar seu ponto de vista, Sen se afilia a uma abordagem da justiça que intitula comparação focada em realizações (SEN, 2011, p. 38.), posicionamento que se opõe ao que ele chama de institucionalismo transcendental, que tem como representantes, John Rawls, Robert Nozick, Ronald Dworkin, entre outros.

Para melhor entender a abordagem a que Sen se vincula, cabe explorar um pouco o que vem a ser o institucionalismo transcendental, pois, aparentemente, a comparação focada em realizações é uma resposta estruturada nos pontos fracos do primeiro posicionamento.

As teorias da justiça como concebidas de acordo com o institucionalismo transcendental são teorias que buscam fornecer um ideal de instituições justas. Essas acepções entendem que uma sociedade justa só existirá se as instituições pudessem realizar os ideais de justiça.

⁸ Sen dedica sua obra à memória de John Rawls. O autor, mesmo desconstruindo boa parte da teoria rawlsiana de justiça, demonstra uma reverência ao teórico por entender que a sua obra foi de imensa valia para que se pudesse chegar às suas próprias noções de justiça. É inegável a contribuição de Rawls para o conhecimento da justiça, mas os pontos fracos de sua teoria fizeram com que Amartya Sen pudesse construir uma noção de justiça mais aproximada com a realidade.

Diferem-se umas das outras por colocar diferentes padrões ou princípios aos quais as instituições deverão obedecer, mas, no geral, são parecidas no que diz respeito a serem focadas em estabelecer quais arranjos de comportamento e de instituições são necessários para que haja uma organização social correta.

Parece claro que esse tipo de abordagem da justiça trabalha o ideal colocado por meio de comparações. A sociedade tem determinados traços considerados ruins e, idealmente, cria-se uma alternativa de sociedade que esteja livre dessas más constituições. A sociedade justa seria uma alternativa para o caos colocado pela sociedade doente que ora se apresenta.

Então, não se pode negar que as teorias institucionalistas foram de grande valia para a evolução das teorias acerca da justiça, pois foram capazes de tecer análises muito profundas sobre as normas de comportamento. Foi a partir delas que os teóricos puderam ver o que seria um arranjo social e político compatível com o certo, com o justo.

Entretanto, essa aceção é problemática, pois afasta a análise da justiça do que é real, possível. Ao criar uma instituição idealmente justa, os teóricos estão mais preocupados com a construção teórica de uma sociedade hipotética justa e esquecem-se de voltar os olhos para a realidade posta, para as instituições existentes e os comportamentos comuns e é justamente aí que as teorias institucionalistas dão margem a críticas.

Assim, Amartya Sen defende que uma concepção da justiça mais realista deve ser focada em realizações. Nesses termos, o que se busca construir não é um aparato de modelos ideais os quais nunca serão realizados, mas sim se procura verificar o que é possível ser feito, o que realmente é dado pelas organizações da sociedade para que se possa trabalhar uma noção de justiça.

Realisticamente, entende-se que não se pode falar da existência de um arranjo social justo, no qual residiria um princípio solucionador das questões difíceis e protegeria os indivíduos das injustiças. Todos os padrões já teorizados⁹ são a prova de que, por mais que se tente perquirir princípios últimos não há garantia nenhuma de que na situação da posição original (de acordo com a teoria do véu da ignorância de Rawls) os homens escolheriam um princípio em detrimento de outro por estarem na condição da imparcialidade.

⁹ Aqui cabe a colocação de que as teorias institucionais sempre apontaram pra uma resposta única e aparentemente imparcial nos casos difíceis, mas a verdade é que não há imparcialidade alguma em ser partidário de uma determinada teoria. Em outras palavras, ao se colocar a favor do utilitarismo, do igualitarismo ou de qualquer coisa parecida, para resolver determinada questão, o indivíduo assume uma posição e a existência de várias delas só demonstra como não podemos ter a certeza de que encontraremos uma solução única e universal garantidora da justiça.

Assim, a relevância dos princípios não pode ser determinada pela mente de um teórico coerente. A realidade é que existem diversos princípios concorrentes que em uma mesma situação podem demonstrar relevância. Escolher um em detrimento de outro para a solução da questão não é nada mais, nada menos que um ato de vontade, subjetivo e parcial.

Diante disso, o autor entende que é necessário que se ache uma abordagem diferente para a questão da escolha justa. Em última instância, fazer o justo é escolher diferente do injusto e a abordagem comparativa demonstra que a idealização da justiça em um princípio não ajuda a realizá-la.

O autor coloca um exemplo bastante elucidativo (SEN, 2011, p. 46.). Digamos que um indivíduo deverá escolher entre dois quadros, um Dalí e um Picasso. O padrão ideal de quadro, nessa situação seria a Mona Lisa. Diante disso, o padrão ideal não ofereceria a menor ajuda quando da escolha do quadro, porque, o que de fato se coloca é a preferência pelo Dali ou pelo Picasso e a Mona Lisa não dá dados necessários práticos para que o problema possa ser solucionado.

O exemplo é ilustrativo do que seria uma escolha no mundo pragmático. É difícil conceber um princípio orientador ideal e último que seja adequado às situações práticas. A abordagem comparativa oferece um caminho possível para a verificação da justiça nas escolhas que se colocam na vida que as pessoas realmente podem levar.

Como o objetivo deste trabalho não é aprofundar-se em nenhuma teoria específica, mas tentar identificar como o pós-modernismo influenciou as novas teorias da justiça, cumpre ressaltar os traços identificadores do viés pós-modernista na teoria de Amartya Sen.

Ao perceber a necessidade de enfrentar o problema da justiça no campo do possível, Amartya Sen abre um leque de possibilidades de escolhas. Nesse sentido, a complexidade das estruturas organizacionais da sociedade deverá ser considerada em todos os seus aspectos. Termos como liberdade, igualdade e equidade não estão mais estabelecidos em conceitos fechados e sua concretização, ou não, é verificada nos termos que uma dada sociedade, em um determinado período de tempo, com as instituições políticas que ela possui.

Assim, a justiça deixa de ser um ideal para ser possível, enquanto houver predisposição para a sua realização. A realidade oferece os dados para que se possa construir uma escolha mais justa. Nesse caso, é importante que todas as variáveis sejam verificadas, que teorias dialoguem e que as peculiaridades de cada cultura possam ser respeitadas.

O traço pós-modernista identificado na teoria de Amartya Sen é a abertura ao pluralismo que sua teoria promove e isso pode ser percebido em vários outros de seus escritos. Em outra obra¹⁰ o autor analisa o princípio da Liberdade sob um novo ângulo. Demonstra que o conceito de Liberdade não pode ser fechado e tampouco deverá ser a representação do que uma determinada sociedade entende sobre o que é ser livre.

Ao entender que a liberdade se dá pelo desenvolvimento, o autor não fecha o conceito do termo em padrões rígidos. Se a liberdade só poderá ser alcançada por meio do desenvolvimento e o próprio conceito de desenvolvimento deverá ser contextualizado, levando-se em consideração as peculiaridades de cada cultura e cada povo, pode-se entender que o conceito de liberdade nunca será fechado e tão pouco perpétuo, mudando de acordo com a realidade posta.

Assim, percebe-se que o teórico, numa característica pós-modernista, não afasta o problema da complexibilidade, mas o enfrenta de maneira a abarcar as diferentes estruturas sociais.

A dificuldade de se construir uma teoria da Justiça racional na pós-modernidade é algo que salta aos olhos. Entretanto, parece muito mais sério e comprometido que, a despeito da dificuldade, o problema seja enfrentado. Não parece mais aceitável que em nome de um conhecimento científico puro abandonem-se as questões cruciais que surgem desse enfrentamento.

2.2 Michael Sandel e as questões acerca da justiça.

A pergunta que se encontra na capa da versão brasileira do livro de Michael J. Sandel é provavelmente a pergunta que assombra e assombrou os juristas por toda história do Direito. “O que é fazer a coisa certa?”

Numa época em que os conceitos de certo e errado são imprecisos em razão da onda pós-modernista, empreender uma busca pelo certo parece ser uma guerra homérica.

¹⁰ Sobre a noção de liberdade do autor, ler: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Sandel e sua abordagem acerca da justiça, como a de Amartya Sen, propõe uma visão plural dos princípios formadores do bem comum. Repise-se, um bem comum contextualizado.

O filósofo de Havard, olhando para o passado e para as teorias acerca da justiça que o antecederam empreende uma desconstrução crítica a fim de demonstrar que as teorias pretéritas não resolveram o problema da justiça, mas apenas percorreram um caminho coerente e de maneira nenhum neutro para que se pudesse identificar os princípios universais que constituiriam uma sociedade justa.

Sandel ataca, a toda hora, a pretensão de neutralidade das teorias de justiça e principalmente, ataca o posicionamento liberal que se auto intitula progressista e imparcial.

Analisando as principais questões controversas dos dias atuais, tais como o casamento entre homossexuais, a legalização do aborto, a utilização de células-tronco em pesquisas científicas, o autor demonstra que a liberdade de escolha (o argumento liberal por excelência) não está livre de apreciações morais, como os liberais proclamam, mas é apenas um disfarce para opiniões que carregam uma carga de valores tão ou mais forte que posicionamentos declaradamente tidos como morais, tais como os religiosos¹¹.

É justamente aí que sua teoria demonstra traços pós-modernistas. Sandel não merece completamente o epíteto de pós-modernista. O relativismo é uma característica a qual ele não admite que sua obra carrega, entretanto, por ser um pensador atual, pode-se dizer que sua busca demonstra a seriedade de alguém que não mais procura uma verdade universal sobre a justiça.

A proposta de Sandel é enfrentar as questões como elas realmente se apresentam. O posicionamento moral disfarçado de neutralidade que os liberais adotam não passaria de uma forma menos realista de enfrentar as problemáticas em relação à questão da justiça.

Um exemplo colocado no livro abaixo referenciado é bastante ilustrativo da falta de neutralidade de pensamentos ditos liberais. Na questão do direito ao aborto, os liberais defendem que entender ou não que um embrião em estágio gestacional já constitui um ser com aptidão à vida é uma questão religiosa e o estado não poderia escolher uma fundamentação religiosa em detrimento da liberdade da mulher em escolher.

¹¹ “O atrativo de uma estrutura neutra está exatamente na recusa a determinar qualquer preferência em relação à melhor maneira de viver ou à concepção do bem” (SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 268)

Entretanto, Sandel defende que o argumento pró-escolha não é neutro, mas carrega em seu bojo questões morais, pois, em última instância, a escolha é admitir que a crença da igreja católica em que já há vida desde a concepção é falsa¹².

Então, não há neutralidade moral, mas um posicionamento valorativo como qualquer argumento religioso. Sandel não defende em nenhum momento um posicionamento nem outro, mas propõe que a questão seja enfrentada como ela realmente se apresenta. Se os dois lados da moeda há argumentações com o mesmo peso, elas devem ser tratadas como tal.

Como se vê, o autor tem uma compreensão mais realista do seriam as reais contribuições das teorias da justiça que o antecederam e isso demonstra amadurecimento epistemológico.

Enfrentar o problema em sua complexidade é um traço marcante do que se pode chamar de racionalismo pós-moderno. Os pensadores do direito não buscam mais os valores da justiça em um nível transcendental, procuram em todos os dados que a realidade coloca à mostra uma maneira de entender como se dará a distinção entre o justo e o injusto.

O que o pós-modernismo¹³ trouxe para influenciar os pensadores da justiça é a noção de que a justiça não repousa nem somente na lei, nem numa ideia transcendental do que é certo, mas que é algo construído criticamente para solucionar as questões tidas como injustas.

Sandel, com sua metodologia crítica, desconstruindo teorias antigas e colocando sob questionamento os problemas mais complicados os dias atuais promove um enfrentamento mais completo das questões de justiça, levando em consideração tudo que parece importante para o conhecimento daquele determinado problema.

Lei, padrões de moralidade, deveres de lealdade e tudo que puder contribuir para uma concepção realista é levado em conta a fim de que se possa desvendar os caminhos da justiça em cada situação específica

¹² Assim coloca SANDEL: [...] o argumento “pró-escolha” no caso do aborto não é realmente neutro quanto à questão moral e teleológica implícita; ele assume implicitamente que os ensinamentos da Igreja Católica sobre o *status* moral do feto – que ele é um indivíduo desde o momento da concepção – são falsos. (SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 312.)

¹³ Postmodernity brings to an end the exalted to ground moral action exclusively upon cognition, reason, or the law and marks the beginnings of a new ethical awareness (DOUZINAS, Costas. Law and justice in postmodernism. In: CONNOR, Steven (ed.). **The Cambridge companion to postmodernism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 2011.)

Assim, como muitos autores mais atuais, é possível dizer que por conta do pós-modernismo, Sandel abandona abordagens mais ingênuas do Direito e não abre mão de colocar o problema sem falsos paradigmas e pretensões de soluções universais. Isso é um traço marcante que se observa na maioria dos pensadores atuais, os ditos pós-modernos ou não, pois o pós-modernismo é uma forma de pensamento que inegavelmente influencia em maior e menor grau todos os ramos do conhecimento.

2.3 Habermas e o agir comunicativo

Conquanto seja um sociólogo, Jürgen Habermas, prestou grandes contribuições para as teorias jurídicas ao tratar a democracia e o direito como sistemas que dialogam entre si, negando, portanto, a noção de que o direito possa ser um sistema auto referencial que não sofre influências externas.

A grande contribuição de Habermas foi colocar a importância dos atores sociais para a efetividade do direito. A forma de agir democrática dos cidadãos, que antes era considerada uma problemática da ciência política, agora demonstra que deve ser também considerada pelos cientistas jurídicos como um dos dados da realidade sensível que pode afetar a pesquisa jurídica.

O que parece ser mais importante na contribuição de Habermas, para o artigo que ora se apresenta é a noção de que o preenchimento dos conteúdos do Direito, eminentemente dos direitos fundamentais, deve se dar de maneira democrática, ou seja os indivíduos, em sua singularidade, mas agindo coletivamente, contribuem para influenciar o direito.

Isso em, outras palavras, quer dizer que o conteúdo do direito não é determinado somente pelo que está descrito na norma, mas que é influenciado diretamente pela opinião das pessoas que por ele são afetadas. O agir comunicativo faz com que o direito seja reflexo dos valores inseridos dentro de um determinado contexto histórico e cultural de modo que a noção de justiça última e universal parece ficar sem sentido.

Aliás, para Habermas a legitimidade surge da legalidade (HABERMAS, 2010, p. 154), ou seja, é o próprio direito que autoriza o preenchimento de seus conteúdos pelo agir comunicativo. Sendo assim, não se pode falar de uma teoria jurídica que passe ao largo da

análise sociológica do comportamento dos atores do agir democrático. Os dois sistemas, o direito e a democracia, estão intimamente ligados e reciprocamente influenciados.

O caráter complexo de sua teoria está eminentemente na noção de que o direito pode ser influenciado pelas mais diversas fontes. Ora, os atores democráticos contribuem na esfera pública de discussão com um subjetivismo que não pode expressamente ser determinado.

Frente à esse subjetivismo, mas levando em consideração de que a participação dos atores na esfera pública de discussão é necessária, pois é uma exigência legal, o cientista jurídico precisa ter em mente que lidará com influências das mais diversas vertentes. Nesse contexto, questões como a psique individual, a sociedade como superego, influências históricas e culturais, realidade econômica de um povo, dentre outros, serão fatores que determinarão os caminhos da análise, pois influenciam o ator democrático.

Tendo isso em vista, fica claro que os conceitos de justo ou injusto serão diretamente afetados por problemáticas sociológicas e individuais. Por mais que na esfera pública de discussão haja uma espécie de filtro capaz de modular a uniformidade do resultado da discussão das informações inseridas nessa esfera, não se pode dizer que esse filtro vá agir no decurso do tempo e frente à diferentes realidades da mesma forma.

Então, a complexidade está presente nas contribuições das teorias de Habermas para o direito, um traço pós-modernista. Conquanto seja provável que o cientista jurídico não seja capaz de alcançar toda essa complexidade em sua análise, ele não pode mais negá-la de modo a estabelecer um método mais controlável, o que seria evidentemente menos realista.

Entretanto, a teoria de Habermas não parece colocar para o cientista jurídico uma dificuldade na apreensão de dados que torna inviável a pesquisa. O que aparece muito mais como resultado de sua contribuição é o fato do autor ter colocado a democracia numa posição de destaque para o cientista jurídico nunca antes experimentada.

Agora a democracia e toda a complexidade que dela advém são dados tão importantes ao cientista jurídico quanto a norma e é na consideração dos limites impostos por ambos que haverá a possibilidade de se estabelecer um método capaz de viabilizar a pesquisa jurídica.

Em outras palavras, não se pode exercer democracia sem o direito, e nem existe direito sem que seja legitimado democraticamente, portanto, ambos os sistemas referenciam-se mutuamente, com toda sua complexidade e, por mais que o agir democrático torne a pesquisa jurídica demasiadamente mais complicada, ele não a inviabiliza, pelo contrário,

torna-a mais necessária a fim de que se possa responder as questões acerca da justiça de maneira mais pragmática.

CONCLUSÃO

Como se pôde observar nas linhas anteriores o pós-modernismo inaugurou uma nova maneira de raciocinar os problemas nas mais diversas áreas do conhecimento.

O Direito, como qualquer outro ramo do conhecimento, foi abalado em suas estruturas por essa nova maneira de compreender as questões do mundo sensível.

A primeira revolução que se deu em direção ao caminho do pensamento pós-moderno foi a reação ao positivismo e a crítica ao império da lei. Os filósofos compreenderam que o sistema de normas não era algo hermeticamente fechado, livre de valorações de cunho moral ou de qualquer espécie. A moral voltava a encontrar-se com o Direito e colocar em cheque as leis consideradas injustas de acordo com padrões de justiça universais e transcendentais.

Num segundo momento, também influenciados pelo movimento crítico que se formava, os pensadores das questões acerca da justiça perceberam que ideais transcendentais do que é ou não uma sociedade justa, afastavam as teorias do que pode vir a ser possível construir e compreenderam que os problemas que se colocavam à frente de seus olhos precisavam de soluções críticas localizadas e contextualizadas. Os ideais universais não serviam mais à urgência de resposta para os casos práticos.

Como se vê o pensamento jurídico sempre oscila entre teorias que colocam a lei em primeiro plano e teorias que colocam valores universais últimos como a solução para as questões da justiça. O pensamento pós-moderno trouxe para o Direito a possibilidade de diálogo entre as diversas teorias por entender que a questão da justiça, como as mais diversas questões do conhecimento, é um conjunto de estruturas complexas que não se resolve com um padrão único de solução.

Assim, a pós-modernidade representou para o Direito uma forma mais realista do pensamento crítico em relação ao que vem a ser a justiça e qual o papel da lei para a construção de um mundo onde se possa eliminar o injusto no caso concreto.

O que o pensamento pós-moderno trouxe de contribuição para a análise da justiça foi a noção de que a resposta de uma questão complexa nunca poderia resumir-se a um padrão único de princípios norteadores das ações. O enfrentamento dos problemas do que vem a ser o justo e o injusto, agora, compreende uma estruturação de questionamentos das mais diversas ordens (moral, subjetiva, política, histórica,...) e nada pode mais ser desprezado sob o pretexto de se fazer um conhecimento científico livre de subjetivismos.

Os pensadores mais atuais, independente de serem considerados pós-modernos ou não, sofreram influência dessa nova forma de se pensar. O que se observa nas teorias mais recentes é que, por mais que o pensamento pós-moderno não seja a tônica de determinada teoria, é inegável que trouxe contribuições substanciais para o enfrentamento dos problemas em termos mais condizentes com a realidade que se apresenta.

Os teóricos do Direito, agora, criticam as teorias antecedentes, apreendem suas contribuições, fazem dialogar teorias que antes eram consideradas incompatíveis e contextualizam as estruturas epistemológicas disponíveis para que se possa produzir um conhecimento capaz colocar a questão da justiça num viés realista.

REFERÊNCIAS

DOUZINAS, Costas. Law and justice in postmodernism. In: CONNOR, Steven (ed.). **The Cambridge companion to postmodernism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3.ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sete-Câmara. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.
MORIN, Edgar. **Introduccion al pensamiento complejo**. Disponível em: <http://www.pensamientocomplejo.com.ar/docs/files/MorinEdgar_Introduccion-al-pensamiento-complejo_Part1.pdf> Acesso em: 01. jul. 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Donienelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.