Legitimidade do Discurso Jurídico na Pós-Modernidade: o Caso Brasileiro**Legitimate Legal Speech In Post-Modern Time: The Brazilian Case****Cristiano Aparecido Quinaia.****José Cláudio Domingues Moreira.**

Resumo: A pós-modernidade rompeu com os paradigmas do presencialismo, solidariedade e o tempo, os quais foram relativizados em uma realidade biomecânica que divide o espaço com o mundo real. A tecnologia possibilita a comunicação entre os ausentes alterando a noção de contato pessoal e mecanizando com signos e símbolos a conversação entre as pessoas. Muitos autores dedicaram-se ao estudo da modernidade e pós-modernidade e a influência da evolução digital na organização social da vida humana. Como no resto do mundo, no Brasil não foi diferente. O Estado Democrático ainda não amadurecido na vigência da nova Constituição também sofre com os problemas da comunicação social e sua interferência na realização da democracia. Associa-se, assim, a forma como as pessoas se comunicam, sobre o que se comunicam e o debate político. Muita informação é despejada diariamente na mídia escrita eletrônica, com isso formando opinião. O risco que se apresenta é justamente no tendencialismo e na ineficiência da representatividade da democracia, com a propalação de posições sem a mínima concentração crítica acerca das proposições. O presente trabalho analisará a legitimidade do direito produzido na sociedade pós-moderna, com o enfoque peculiar sobre a geração dos direitos e o enquadramento da democracia como direito fundamental no contexto constitucional.

Palavras-chave: Direito, política, democracia, legitimidade.

Abstract: Post modernity broke with the paradigms of presence, solidarity and the time, which have been relativized into a reality Biomechanics that divides the space with the real world. The technology allows communication between the absent changing the notion of personal contact and mechanizing with signs and symbols the conversation between people. Many authors dedicated without the study of modernity and post-modernity and the influence of digital developments in the social organization of human life. As in the rest of the world, Brazil was no different. The democratic State has not yet matured under the new Constitution

also suffers from the problems of the media and its interference with the carrying out of democracy. Associates-the way people communicate, what they communicate and the political debate. Too much information is dumped daily in electronic written media, thus forming opinion. The risk that presents itself is on the tendency and the inefficiency of the representativeness of democracy, with the career traction units of positions without the slightest critical concentration about the propositions. This paper will examine the legitimacy of law produced in postmodern society, with the peculiar focus on the generation of rights and the framework for democracy as a fundamental right in the constitutional context.

Keywords: Right, policy, democracy, legitimacy.

1 . NOTAS INTRODUTÓRIAS

Cientificamente, afirma-se que há décadas o Direito e seu discurso regulador-transformador da realidade social intersubjetiva encontra-se em crise, incapaz de se encontrar diante dos saltos evolutivos estabelecidos pela evolução e revolução tecnológica.

De Masi (1990, p.47) exorta que “a estrutura de nossas personalidades, assim como a das nossas comunidades nacionais e internacionais, é expressão de um mundo tecnologicamente primitivo em relação ao atual, e espelha o seu atraso”.

No Brasil, o ordenamento não se afilia a um ou outro viés político, sendo que o conjunto de suas normas é uma soma de dispositivos emanados de diferentes regimes políticos, tentando transitar entre governos, e os Tribunais caminhando de acordo com a necessidade econômica.

Desenrola-se um arquétipo de Estado Intervencionista conjurado sob a balança desequilibrada da materialização da igualdade e a reserva do possível, com a ineficiência cada vez mais profana dos diversos setores executivos e a banalização de direitos fundamentais e sociais essenciais, tais como a saúde e o meio-ambiente equilibrado.

O desequilíbrio de que se fala não é abstrato, mas, sim de origem normativa, pois, a Constituição Federal já se encontra emendada por noventa vezes durante menos de trinta anos de vigência, sendo que os alvos de modificação focam-se na administração pública, ordem social e econômica e tributação. Estamos a falar da força normativa de um texto que se pretende supremo.

A mudança na organização da sociedade foi tal forma intensa na virada do último

século que Bauman identificou o estágio atual como pós-modernidade líquida, pois, hodiernamente nada temos determinado tudo parece relativizado, sendo improvável e inseguro tecer uma comparação entre o presente e o passado, conforme colhemos de sua monumental obra:

La extraordinaria movilidad de los fluidos es lo que los asocia la idea de 'levedad'. Hay líquidos que en pulgadas cúbicos son más pesados que muchos sólidos, pero de todos modos tendemos a visualizar-los como más livianos, menos 'pesados' que cualquier sólido. Asociamos levedad o liviandad con movilidad e inconstancia: lá práctica nos demuestra que cuanto menos cargados nos desplazemos, tanto más rápido será nuestro avance. Estas razones justifican que consideremos que la fluidez o la liquidez son metáforas adecuadas para apreender la naturaleza de la fase actual – em muchos sentidos nueva – de la historia de la modernidade .(BAUMAN, p.08, 2002a).

A ostensividade do Estado Interventor sob as bases de uma Constituição garantidora de rico catálogo de direitos e garantias sociais ,as terceira e quarta dimensões) gera um colapso no sistema econômico que ao mesmo tempo deve ser abrangente a todos os cidadãos e, incontinente, fica preso à vontade da classe dominante no tocante ao direcionamento de investimentos públicos e necessidades imperiosas de infraestrutura sociais.

A força produtiva ciência, gerada cegamente pelo próprio capitalismo, criou assim no nível substancial e material potências que já não são compatíveis com as formas básicas de reprodução capitalista, continuando-se não obstante a encaixá-las forçosamente nestas formas (KURZ, 1993, p.227).

Ao longo da história da civilização humana o Direito serviu aos fins do lugar e da época em que estabelecida sua sociedade produtora, e assim o foi desde as XII Tábuas, o Código de Khammu-rabi, e, em mais recentes movimentos mundiais, sua manipulação pelo fascismo e pelo nazismo por meio do *Machstaat* e *Rechstaat*.

O direito à legalidade nascido outrora sob o manto da *Charta Magna Libertatum* adquire nova conotação a partir de sua manipulação pelo detentor do poder, utilizando-se deste princípio para o referendo de barbáries e a manipulação do senso de respeito à dignidade humana, conforme anota Dimoulis (2010, p.86):

O Estado submetido ao próprio direito foi denominado *Rechsstaat* [Estado de Direito], segundo o termo cunhado na Alemanha a finais do séc. XVIII. O termo indica a oposição entre o Estado submetido ao direito positivo, no intuito de garantir aos indivíduos seus direitos e o Estado autoritário e opressor, que atua de forma arbitrária, sendo um 'Estado de polícia' [*Polizeistaat*] ou 'Estado autoritário' [*Machstaat*].

A compreensão da temática exige o regresso *ad nutum*, onde se possa enxergar o soerguimento do Estado em torno da *pólis* e depois o denominado Estado Democrático e as diferentes acepções que a locução produz.

Imperioso destacar que a sociedade, como a conhecemos, surgiu da emancipação dos grupos familiares reunidos em *gens* que se expandiu com a união de diversas castas sociais. A família é o núcleo celular da sociedade. A união entre os homens de diferentes origens, riquezas e crenças surgiu como forma de controlar a guerra e organizar o trabalho, sendo imperioso destacar que a política é um fato humano, pois:

A política baseia-se na pluralidade dos homens. Deus criou o homem, os homens são um produto mundano, e produto da natureza humana. A política trata da convivência entre diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças. (ARENDR, 1993a, p.21).

O homem enquanto sujeito isolado não faz o exercício da política – leia-se regulação do poder e liberdade - pois só e isolado o homem não tem limite, sua vontade não encontra obstáculo, sua liberdade é exercida em plenitude.

A regulação política é a condição que possibilita a convivência mútua da competitividade, permitindo aos homens buscarem a conquista por seus interesses sem a destruição da vida alheia. Na ausência de controle o caos e a guerra permitiria aos homens sua própria destruição. Não precisamos regredir a muito para detectar episódio odioso na civilização moderna no tocante a capacidade autodestrutiva do homem no holocausto nazista.

A solução não é aceitável, contrariando a racionalidade e a evolução dos direitos do homem, uma vez que a sociedade surgida sob o crivo da teoria contratualista encontra na união a solução para a convivência harmoniosa:

Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não têm meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças que possa sobrepujar a resistência, aplicando-as a um só móvel e fazendo-as agir em comum acordo (ROUSSEAU, 2006, p.20).

O Direito surge como produto do homem político, dentro da *pólis* grega na regulamentação da liberdade entre os iguais. A igualdade é política, estabelecida entre os pares vocacionados ao exercício da *politéia*, que puderam dispor de seu trabalho e vivem apenas com o único fim do discurso social da discussão da coisa pública (o ócio).

Conforme adverte Hannah Arendt (1993) não se confunda aqui os conceitos de igualdade e de justiça, pois a igualdade surge a partir do ideal de não subordinação, e não de

distribuição de igual oportunidade a todos. O sentido da liberdade como surgida da *pólis* não carregava o cerne da não discriminação, mas, apenas da não-dominação e não ser dominado, conforme adverte a filósofa:

Isso é difícil nós compreendermos porque vinculamos à igualdade o conceito de justiça e não o de liberdade e, desse modo, compreendemos mal a expressão grega para uma constituição livre, a isonomia [*isonomie*], em nosso sentido de uma igualdade perante a lei. Porém, isonomia não significa que todos são iguais perante a lei nem que a lei seja igual para todos, mas sim que todos têm o mesmo direito à atividade política; e essa atividade na *polis* era de preferência uma atividade da conversa mútua (ARENDRT, 1993b, p.49).

O que sustenta o Direito é sua legitimação social, sua aceitabilidade e a reconhecida fonte de produção intersubjetiva; o Direito surge da comunicação social, enquanto produto da cultura humana, não é um fenômeno, mas, uma necessidade do homem.

Na obra de Ferdinand Lassalle (2001, p.17) buscamos o primeiro conceito sociológico da Constituição de uma sociedade politicamente organizada, para quem “essa é em síntese, em essência, a Constituição de um País: a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação”.

O Direito Constitucional Positivo esgota e estanca os compartimentos do exercício do poder, o poder social que emana do povo. A partir daí o conceito de representatividade política evoluiu ao que hoje conhecemos por democracia direta e democracia meramente representativa.

Mas, esse dado é apenas incidental ao caminhar da presente investigação.

O Direito a que nos referimos envolve todo o corpo objetivo de regras formais editados pelo Poder Legislativo, e por todo o complexo emaranhado de normas que, ao fim e ao cabo derivam do exercício do poder regulador da relação social.

Adotamos para tal compreensão a terminologia empregada por Eros Roberto Grau (2010), no sentido de que existe um direito faticamente produzido e outro estatalmente imposto; assim diferenciamos o direito que os fatores sociais produzem a partir de uma necessidade política, cultural e econômica, e a partir disso a transição para o direito positivado:

O que importa neste passo é a verificação de que o direito é, sempre, um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica mas, também interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia (GRAU, 2010, p.59).

A conclusão conferida pelo jurista é plenamente observada no constitucionalismo que convive com o capitalismo, por exemplo, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 regula [e limita] a atuação do Estado no domínio econômico.

De modo geral, as leis de proteção ambiental e do consumidor possuem cunho restritivo do poder dominador econômico e, sob esse aspecto, surge a necessidade de se analisar a coesão do Direito na sociedade denominada pós-moderna.

2 . MODERNIDADE E LIQUIDEZ DE CONCEITOS

Diante da imperiosa necessidade de manejo da realidade política, apesar das comparações, deter-se-á ao estudo específico da legitimação do direito brasileiro, à luz de todo o progresso (no sentido evolutivo, e não qualitativo) de sua democracia.

A partir da dialética paradoxal torna-se possível analisar a conjectura consistente na travessia da modernidade para o pós-moderno, tal como foi estatudado por diversos sociólogos, entre os quais se pode destacar Zygmunt Bauman, cuja produção bibliográfica é interssetorial com profundas discussões enraizadas no Direito, Economia e Filosofia, construída dentro da dicotomia sólido/líquido para designar modernidade e pós-modernidade, respectivamente.

A teoria baumaniana adota a metáfora do movimento dos fluídos para designar o momento de transição da organização social moderna para a fluidez pós-moderna e sua capacidade de adotar qualquer forma que exerça força sobre a realidade.

As águas correntes nunca cessam na constante correnteza dos rios e mares, assim como o mundo pós-moderno não define dogmas de sua constituição que estão sempre se modificando e substituindo-se, conforme adverte o sociólogo polonês:

Estas razones justifican que consideremos que la 'fluidez' o la liquidez son metáforas adecuadas para aprehender la naturaleza de la fase actual – en muchos entidos nueva – de la historia de la modernidad. Acepto que esta proposición pueda hacer vacilar a cualquiera que esté familiarizado con e discurso de la modernidade y con el vocabulario empleado habitualmente para narrar la historia moderna (BAUMAN, 2002b, p.8).

Se no passado o homem buscava estabelecer conceitos e dogmas para assegurar sua caminhada através do tempo, na atualidade o que importa não é solidificar o conhecimento, mas, insistentemente investigar, discutir e modificar.

A tecnologia transformou o relacionamento interssubjetivo em um tanto quanto volátil,

aproximando os distantes e distanciando os presentes gerando uma crise da comunicação.

Os mecanismos de comunicação são sobejamente alvejados pela linha do discurso das elites políticas e econômicas dominantes, seja no que diz respeito ao mercado capitalista, seja na direção das leis que regem e deveriam conduzir o relacionamento interpessoal.

Podemos dizer que a existência é moderna na medida em que é produzida e sustentada pelo projeto, manipulação, administração, planejamento. A existência é moderna na medida em que é administrada por agentes capazes e soberanos. Os agentes são soberanos na medida em que reivindicam e defendem com sucesso o direito de gerenciar e administrar a existência: o direito de definir a ordem e, por conseguinte, pôr de lado o caos como refugio que escapa à definição (BAUMAN, 1999, p.15).

Impossível dissociar a falência do conhecimento filosófico e sua abrangência social, com a derrocada da solidariedade e da crítica à política, ao papel de deslegitimação ou desfiguração da lei e normas produzidas. Há grande crença por aquilo que é divulgado e pouca investigação sobre a veracidade do que é veiculado, conforme desvela Lyotard (1993, p.28):

O si mesmo é pouco mas não está isolado; é tomado numa textura de relações mais complexa e mais móvel do que nunca. Está sempre, seja jovem ou velho, homem ou mulher, rico ou pobre, colocado sobre os ‘nós’ dos circuitos de comunicação, por ínfimos que sejam. É preferível dizer: colocado nas posições pelas quais passam mensagens de natureza diversa.

Nesse contexto, o sujeito “eu” aqui empregado como súdito político de um Estado, é alvo de uma determinada corrente de tecno-informação, associada a determinada posição econômico-cultural dominante, que o torna autossuficiente, independente politicamente da decisão do “outro”.

O processo de expansionismo do capital rompeu as redes então traçadas pelo discurso do *Welfare State*, calcado na imposição de freios ao intervencionismo econômico para possibilitar a solidariedade interpessoal. Caminhamos para uma sociedade em que cada vez mais se exaspera a diferença entre os estratos sociais.

O capitalismo é inflamado pela globalização tecnológica, sem fronteiras, pelo *click* do computador e o monopólio econômico das grandes corporações que regulam o cotidiano da vida pós-moderna. O Estado, nesse contexto, é sufragado pela ordem ditada pelo mercado, de acordo com a investigação especializada,

A desregulamentação universal – a inquestionável e irrestrita prioridade outorgada à irracionalidade e à cegueira moral da competição de mercado -, a desatada liberdade concedida ao capital e às finanças à custa de todas as outras liberdades, o despedaçamento das redes de segurança socialmente tecidas e societária antes sustentadas, e o repúdio a todas as razões de polarização, outrora detido (apenas temporariamente, como agora se percebe) pelas estruturas legais do estado do bem-estar, dos direitos de negociação dos sindicatos, da legislação do trabalho e – numa escala global (embora, neste caso, de modo muito menos convincente) – pelos primeiros efeitos dos órgãos internacionais encarregados da redistribuição do capital. (BAUMAN, 2003a, p.34).

Se os estandartes ideológicos do moderno Estado do Bem-Estar constituíam-se pela bandeira da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – é possível afirmar-se a revisitação de seu conteúdo após a revolução tecnocrática da guinada do século XXI.

A igualdade na antiga locução aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades constitui hoje o objetivo principal do papel das Cortes Constitucionais de Justiça na busca pela proteção dos direitos das minorias para que não sejam espicaçados ou desapareçam simplesmente.

A fraternidade repousa como o símbolo mais prejudicado na revolução pós-moderna diante da fragilidade cada vez mais sensível da solidariedade entre os homens, o respeito mútuo e a compreensão da convivência harmoniosa e o debate político plurívoco.

Incapaz de assegurar a liberdade e igualdade, o Estado pós-moderno atua com a concessão de benefícios a todos os setores sociais, fomenta o acesso aos bens de produção, mas, em verdade com isso revela a marginalização e o descontrole na manipulação do capitalismo. Em outra obra sobre a pós-modernidade, Zygmunt Bauman dedica-se igualmente ao tema da solidariedade,

A política pós-moderna, voltada para a criação de uma comunidade política viável, precisa ser guiada pelo tríplice princípio de Liberdade, Diferença e Solidariedade, sendo a solidariedade a condição necessária e a contribuição coletiva essencial para o bem-estar da liberdade e diferença. No mundo pós-moderno, os primeiros dois elementos da fórmula tríplice têm muitos aliados abertos ou encobertos, quando nada nas pressões de 'desregulamentação' e 'privatização' dos crescentes mercados globalizados. Uma coisa que é improvável a condição pós-moderna produzir sob sua responsabilidade – isto é, não sem uma intervenção política – é a solidariedade. Mas sem solidariedade, como mostramos acima, nenhuma liberdade é segura, enquanto as diferenças, e o tipo de 'política de identidade' que elas tendem a estimular, como David Harvey ressaltou, de um modo geral terminam na internacionalização da opressão (BAUMAN, 2003b, p.256).

No Brasil, impõe-se ressaltar que os princípios destacados pelo sociólogo encontram-se erigidos na Constituição Federal, que consagra expressamente a liberdade e solidariedade como objetivos e a igualdade como direito fundamental, nos artigos 3º e 5º de seu texto,

respectivamente. Sem o risco de adentrar a questão acerca da normatividade dos princípios, é seguro afirmar que sua observância depende mais de políticas públicas em vez de previsão legal.

A concentração do poder e da economia em pequenos grupos torna inviável a discussão acerca da solidariedade, quando esta pressupõe o respeito a todos (maiorias e minorias). Observa-se em diversos setores (saúde e educação, sobretudo) o acesso de qualidade à pequenos grupos elitizados, enquanto grande massa da população sofre com a administração negligenciada das políticas públicas.

Elite é um conceito econômico e político manifestamente antidemocrático, que pode ser entendido como um grupo que detém a maior parcela do poder e da economia de uma determinada sociedade. Significa dizer, a concentração do poder de influir na esfera da vida dos demais, conforme anota Vogel (1996, p.317),

Mas, no contexto do tema que me foi proposto, compreendo por elite apenas a respectiva soma dos que podem impor ou impedir decisões decisivas para uma sociedade ou influem de outra maneira nas normas sociais e na preservação ou transformação da estrutura social em um Estado.

Não se trata de mero discurso filosófico, mas, da constatação da realidade brasileira que convive na conflitualidade dos seus poderes, no qual o Judiciário tem sido cada vez mais chamado a juridicizar a política que, desenfreadamente, tem tolhido a eficácia irradiante dos princípios erigidos para a vida com dignidade.

3. LEGITIMIDADE DO CONTEÚDO NORMATIVO À LUZ DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Por legitimidade não nos referimos ao mero aspecto formal de o Direito (leia-se: ordenamento jurídico) haver sido produzido de acordo com os procedimentos legislativos previamente estabelecidos.

A legitimidade a que nos referimos fundamenta-se na promoção social da solidariedade, igualdade e liberdade, a partir de uma efetiva pesquisa sociológica e política, importa dizer, na promoção dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. O Direito é um processo de transformação da sociedade resultado de sua cultura que se revela e fixa a direção para onde seguir pautada pelas diretrizes constitucionais. Não é algo desvinculado da sociedade pobre ou rica que o produz, das especificidades do processo de

produção, da tecnologia que banaliza o contato com o próximo, que distancia e que incita a intolerância.

Nos tempos atuais, a inflação legislativa é problema que afeta o cenário jurídico nacional, com um sem-número de diplomas editados, promulgados e aprovados diariamente, com a baixa eficácia social do texto, e, conseqüentemente, ineficácia do sistema regulador da conduta intersubjetiva, com o cisma entre a sociedade e o Direito, conforme diagnóstico da sociologia jurídica,

Temos um poder legítimo se a população reconhece que as ordens emanadas das autoridades são justas e que existe obrigação de cumpri-las [dever de obediência]. Neste caso, a ordem política encontra um amplo reconhecimento e consegue facilmente aplicar o direito (SABADELL, 2002, p.110).

Se o Brasil adota o sistema de *civil law*, ou seja, do direito escrito, legislado, e esse direito sofre constante mutação, conclusão lógica é a inexistência de comando social da produção legislativa e da direção administrativa adotada pelo chefe do poder.

É preciso que o discurso do direito encontre eco na população, seja produto de sua necessidade, não fruto de uma democracia abstrata e ilusória, que pretende impor verdadeira ditadura normativa (transformar com imposição, e não impor com a transformação).

De um lado o capitalismo exige a constante produção e lança ao mercado a oferta e demanda; de outro o governo dribla (ou reinventa) a inflação: a lei aparece no meio da esgrima para proteger o consumidor e trabalhador.

Rememoremos a situação do Rei John, que viu seus poderes limitados pelos barões cansados com a expansão do monarca e abusos fiscais, obrigado que se viu a assinar e reconhecer a *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*.

Com a busca do expansionismo do comércio de pequenos burgos nas capitais estaduais, e o crescente êxodo rural, em 1850 foi aprovado o Código Comercial focado na figura do comerciante.

No período rural do Brasil, do auge da produção cafeeira, foram produzidos importantes diplomas legislativos, desde a Lei Áurea – Lei Imperial n. 3.353 – cujo objetivo era a extinção gradual do serviço escravo, posteriormente, a Consolidação das Leis do Trabalho.

Na década de 40, do século XX, foram editados importantes diplomas, como o Código Penal e o Código de Processo Penal, essenciais diplomas que preservam a segurança dos

povos.

Quase oitocentos anos após a outorga da Magna Charta de direitos da nobreza inglesa constatamos a revolta e os constantes protestos da população brasileira face às decisões políticas comprometedoras do futuro da nação.

O fim do mundo como conhecemos foi o grande medo da virada do século XX para XXI, com diversas profecias e previsões de extinção da vida humana terrestre. De fato, o mundo físico permaneceu preservado, mas, não a vida e a regulação de sua relação comunicativa.

Informação e cultura hoje se misturam em uma mídia emaranhada que torna a comunicação intersubjetiva cada vez mais orgânica e não desejada. Pairamos aqui no conceito de Èmile Dukheim, que trabalhou a dinâmica da mecânica da união natural e artificial dos homens e a desunião devido ao problema da comunicação na pós-modernidade:

A solidariedade que deriva das semelhanças se encontra em seu apogeu quando a consciência coletiva recobre exatamente nossa consciência total e coincide em todos os pontos com ela. Mas, nesse momento, nossa individualidade é nula. Ela só pode nascer se a comunidade ocupar menos lugar em nós (DURKHEIM, 1999, p.107).

A virada do século marcou o avanço tecnológico definitivo com a globalização da *World Wide Web*, as tradicionais consoantes que se digita para acessar a internet. O conceito (e noção) de tempo definitivamente foi relativizado à maneira de Einstein, sendo absolutamente correto afirmar hoje que a noção de lugar e espaço depende apenas do recurso tecnológico de que se dispõe.

A tecnologia e a manipulação do tempo custou ao homem o descontrole ou pelo menos uma briga interminável com o relógio que hoje é a maior riqueza do moderno *homo economicus*.

O conhecimento é superficial e midiático, criando paradigmas e facilitando o acesso a tendenciosos posicionamentos elitizados. A rotina de trabalho na sociedade capitalista pós-moderna dificulta o acesso do homem à cultura e à discussão política, em um círculo vicioso de crença da realidade moldada pela grande massa de manipulação da opinião, na esteira da advertência de Dallari (2007, p.71),

Uma das marcas mais significativas dessa nova atitude é a elaboração de uma técnica do poder, que pretende possibilitar o domínio de indivíduos ou de grupos mediante a utilização dirigida, a criação de mitos, tudo graças à aplicação dos mais avançados recursos da técnica.

Nesse contexto o homem não participa das decisões políticas ou do processo de

tomada de decisão pelos representantes do Congresso Nacional. O cidadão moderno não está engajado ao que acontece diariamente na pauta de deliberação do Senado e Câmara, sendo parca a fiscalização da atividade legislativa.

Desde os tempos gregos a compreensão de participação política se disseminou e hoje contaminada pela ideia de justiça e ampla participação, mas, resume-se ao escrutínio que no Brasil é obrigatório, não se vinculando à discussão do conteúdo normativo legislado.

A inflação legislativa é resultante desse processo de enfraquecimento da democracia ao estilo grego, pois cada lei reflete não a necessidade social, mas a menor ou maior intensidade de cada partido político e dos *lobbys* existentes e atuantes nos diversos escalões de discussão legislativa, resultante de diplomas legislativos que atendem interesses específicos, fugindo do escopo da lei que deve ser genérica, abstrata e heterogênea.

No passado, o homem trabalhou a Ciência para obter conceitos, fixar dogmas, prever o futuro, conhecer o universo, interagir e conhecer aquilo que o rodeia, o objetivo era solidificar o conhecimento sobre as coisas.

O Direito não ficou imune diante da mudança de paradigma solidificar/fluidificar e a realidade modernidade/pós-modernidade. O sistema judiciário foi desenhado para trazer segurança, daí o seu grande aspecto formalista e burocrático, exigindo o cumprimento exacerbado de ritos e figuras para a entrega da tutela jurisdicional.

Os códigos – grandes diplomas legislados e ordenados de determinado ramo do Direito – eram aprovados com o propósito de viger durante décadas como padrão de regulação social.

Observa-se de duas décadas para o dia atual uma guinada na nova discussão dos conceitos e dogmas até então solidificados, sendo revisitados e modificados em ritmo acelerado.

O conceito de propriedade, por exemplo, na década de 80 tinha uma conotação; na década de 90 com a Lei n. 8.009/90 – Bem de Família – possuiu outro significado; primeira década do século XXI com o Estatuto das Cidades novamente a ideia de propriedade foi mitigada. Atualmente diante dos contornos do Direito Ambiental e proteção do meio-ambiente saudável a propriedade novamente passa por uma reformulação.

A vida, então objeto de proteção religiosa, sacramentada, inviolável, viu-se mitigada com a possibilidade de interrupção de feto anencefálico e gravidez proveniente de estupro. Os dogmas religiosos e os conhecimentos científicos foram emaranhados numa discussão interativa em busca de respostas ao enigma da vida humana.

A família – unidade inicial de formação do Estado – também possui enésima compreensão, desde a concepção clássica do par andrógono caminhamos para reconhecimento legal da união homoafetiva ou pluriafetiva.

Resultante disto é a cobrança cada vez mais intensa pela atuação eficiente e ativista dos Tribunais, como última instância democrática para concretização dos comandos do contrato social, conforme ressalta Ulrich (2002, p.10),

É, pois, uma tarefa de grande importância dos Tribunais (constitucionais) determinar até que ponto as atribuições sociais do Estado de Direito, seu instrumental, se adaptam ao Estado Social. Isso vale, por exemplo, para as reservas da lei e para a conformação do direito de subvenções.

O objetivo atual é a constante vontade de conhecer, de discutir de buscar outra resposta, outro caminho. O homem pós-moderno não quer solidificar, quer liquidificar e colocar o conteúdo dentro do recipiente que melhor lhe afigure em determinada época, local e tempo.

Nesse cenário o Direito passa a ser estudado e investigado não apenas como conjunto de normas, mas como Ciência, e como tal se sujeita também à inconstância da pós-modernidade, buscando amparo que direcione sua produção no atual estágio do Estado globalizado.

Proteger o território nacional em face do expansionismo internacional de tratados e acordos que acabam por invadir a esfera de soberania interna; regular a relação econômica diante do intervencionismo desenfreado do capitalismo; proteger o consumidor no mercado cada vez mais oscilante sem prejudicar a produção e o consumo; defender o direito de propriedade quando a função social é o principal objetivo de uma sociedade com tanta desigualdade entre os estratos da população.

O viés ora engendrado longe de se apegar ao apelo econômico do Direito, preocupa-se com a legitimidade desse Direito (econômico ou não) diante da massa cultural emanada da sociedade. Dito de outra forma, se o Direito (pressuposto) descerra uma fundamentação econômica, esta deve legitimar o Direito (posto).

A problemática exsurge quando são várias e diversas as ordens políticas e econômicas que convivem mutuamente na sociedade, em diversos discursos e, muitas vezes, sem identidade.

No caso brasileiro, a Constituição da República de 1988 concerta um Estado Democrático, com um processo de produção legislativa concentrada, mas não privativa, no

Poder Legislativo, podendo definir-se o procedimento legislativo de acordo com Bobbio (1986, p.327)

Estabelecem como se deve chegar à decisão política e não o que decidir. Do ponto de vista do que decidir, o conjunto de regras do regime democrático não estabelece nada, salvo a exclusão das decisões que de qualquer modo contribuíssem para tornar vãs uma ou mais regras.

O conteúdo que chega à decisão política de sua produção e como esse processo é conduzido são visões diversas. O grau de comunicação do direito pressuposto (forças sociais) e o grau de fidelidade do que é posto (lei) são noções sensivelmente diversas.

Ao lado da deficiência da representatividade democrática eletiva, que incide na produção de textos legislativos desgarrados das necessidades de efetiva mudança social geral, coincidindo com a vontade da maioria dominante, similar fenômeno se identifica diante da liquidez dos objetivos e políticas conviventes na sociedade.

Não há uma maioria, não há direção. A informação permeia todo o cenário digital e tecnológico, ora manipulando ora dirimindo os conflitos. A economia opera sob o pálio da iniciativa privada, mas, o Estado intervém na concessão de benefícios sociais transfigurados de medidas manifestamente socialistas de distribuição de riqueza.

O homem passou os últimos séculos buscando o progresso, agora, está assustado com o resultado de informações e modificações que tem causado avalanche sobre o determinismo, cartesianismo e narcisismo, obtemperando Bauman (2003c, p.19):

De agora em diante, toda homogeneidade deve ser ‘pinçada’ de uma massa confusa e variada por via de seleção, separação e exclusão; toda unidade precisa ser construída; o acordo ‘artificialmente produzido’ é a única forma disponível de unidade. O entendimento comum só pode ser uma realização, alcançada (se for) ao fim de longa e tortuosa argumentação e persuasão, e em competição com um número indefinido de outras potencialidades – todas atraindo a atenção e cada uma delas prometendo uma variedade melhor (mais correta, mais eficaz ou mais agradável) de tarefas e soluções para os problemas da vida. E, se alcançado, o acordo comum nunca estará livre da memória dessas lutas passadas e das escolhas feitas no curso delas.

A convivência nem sempre harmoniosa entre as diversas direções políticas enclausuradas pela dominação econômica das elites canaliza a tomada de posições a partir da superação da consulta de mercados inferiores e a imposição da opção divulgada na mídia de comunicação.

A produção do discurso legislativo pela maioria elitizada não confere legitimidade social ao conjunto produzido, sendo produto de uma maioria que detém o controle dos meios

de comunicação em massa e dominação econômica.

Nesse contexto, sem efetivo controle social da economia não se pode falar em solidariedade, quando os cidadãos estão sujeitos ao desenfreio alavancar da economia sem rumo e sem direção, na qual a evidente e inócua atuação governamental sublinha sua incompetência no controle da tecnologia e indústria.

“Um direito que não consegue regulamentar as relações sociais de forma que corresponda aos anseios da população não encontra aceitação e perde sua legitimidade” (DIMOULIS, 2010, p.255).

A inclusão social é a ordem em todos os discursos de produção legislativa, nos variados segmentos de estatutos, revelando com isso que o paradoxo excluídos/despossuídos só tende a aumentar, afinal, se não existisse não se faria necessária sua constante propagação.

O movimento constitucionalista que se seguiu após a Revolução Francesa com a Carta de Weimar, Constituição Mexicana, e o discurso de Karel Vazak, focam na igualdade e na liberdade direitos constituídos de terceira geração, e, agora, são revestidos de cotas concedidas pelo Estado do Bem Estar.

Não somos únicos em afirmar que a democracia direta será a conquista a ser concretizada pelo povo na pós-modernidade, como barreira de resistência à opressão do capitalismo e expansionismo da tecnologia.

Paulo Bonavides alça uma nova geração dimensão da evolução dos direitos fundamentais, e coloca a democracia como norte na busca pela legitimidade social do poder no novo século que se desvela, senão vejamos:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] Os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia (BONAVIDES, 2006, p.571).

A conquista da solidariedade exige a sobreposição de limites ao capital e a fixação da liberdade como corolário lógico ao limite da pujança legislativa, com controle efetivo e transparente da distribuição do controle da riqueza do Estado.

Os órgãos existentes encontram-se em domínio da massa dominante revelando com parcialidade a situação em sua realidade, sendo que sem a efetiva participação e controle por

parte da população a democracia representativa se encontra em crise.

Essa ruptura não é algo novo, mas, tem se revelado após décadas sem controle e, especialmente no caso do Brasil, deve-se ao resultado do período pós-ditatorial com a abertura do pluralismo político e da divulgação das ideologias que agora se encontram em choque e sem rumo. Na era do constitucionalismo que encaminha, Fernando de Brito Alves destaca que a democracia constitui-se em si um direito fundamental, projetado a partir do contrato social:

Dito isso, é possível considerar a democracia como direito fundamental de um povo específico, como um aspecto interno do direito a autodeterminação, em vista que nos sistemas democráticos, a vontade do povo é o elemento central da autoridade do poder público, e tem inegável caráter de fundamentalidade (ALVES, 2012, p.115).

Para nós a tese vai de encontro ao quanto pontuado no sentido que a democracia direta, na pós-modernidade, é condicionante para a efetividade de todos os demais direitos fundamentais.

Ela constitui-se, por assim dizer, em um *super direito fundamental* pressuposto lógico da conquista de todos os demais e da legitimidade do direito produzido a partir daí.

Não há igualdade onde igualmente não se participe do processo político que fica arraigado às mãos dos poucos que podem manter *lobbys* no processo legislativo e engendrar um discurso econômico de dominação do mercado.

4. CONCLUSÃO

Depois de tudo que foi dito resta evidente que em tempos de constante mutação constitucional pela Suprema Corte aliado à incansável reformulação do texto da Constituição Federal reflete uma situação de desencontro.

O desencontro entre os interesses da população e dos seus indiretos representantes que deveriam dar cumprimento ao pacto social com a promoção de atividades necessárias à superação das desigualdades e intolerâncias e a consecução de políticas públicas de evolução das pessoas.

O que se vê é o fenômeno constante de segregação da política e democracia, com a notícia cada vez em maior quantidade de corrupção e a falência de diversos setor da prestação

de serviços públicos.

Embora convivamos com um leque sem fim de leis, decretos e medidas provisórias editados diariamente, não é menos verdade que todos somados nunca alcançam o sucesso de transformar para melhor a realidade dos cidadãos brasileiros.

Aliado a isto temos a dificuldade que é enfrentada para a concretização da democracia, no que diz respeito à dominação dos mecanismos de comunicação em massa, a constante manipulação da informação e a ausência de qualquer tipo de avaliação do que é divulgado nos mecanismos virtuais.

O cenário é de judicialização da política e politização da justiça no sentido de que cada vez os órgãos do Poder Judiciário são chamados a colmatar lacunas legislativas, contudo, em um processo de instabilidade haja vista que a jurisdição atua pelo conceito contramajoritário.

Logo, o que se defende deva haver é a reestruturação do debate político, com a utilização de referendos e a exigência pelo povo de criação de organismos governamentais de absorção da opinião pública acerca de projetos de lei e reforma constitucional.

O conceito de democracia, inclusive como direito fundamental, não admite retrocesso para que o poder seja mitigado das mãos do povo e transmitido o conteúdo decisório plenamente aos representantes. É momento de fixar a competência transformação da democracia e a supremacia do poder do povo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando Brito. **A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico político da democracia como direito fundamental**. 2012. 370 f. Tese (Doutorado em Direito) - Centro Universitário de Bauru. Bauru, 2012.

ARENDT, Hannah. **O que é política?** Rio de Janeiro: Bertrand, 1993.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidad líquida**. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2002.

_____. Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa. **Diário Oficial**, Brasília, 05 out. 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22.02.2016.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: UnB, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e direito pressuposto**. Malheiros: São Paulo, 2010.

LASSALLE, Ferdinand. **Essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MASI, Domenico. **Em busca do ócio**. Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1990.

LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

KASPEN, Ulrich. **Democracia e estado de Direito**. São Paulo: Konrad, 2002.

KURZ, Robert. **O colapso da modernização**. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: Princípios do Direito Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VOGEL, Hans-Jochen. **Democracia e elite: o papel da elite na sociedade pluralista**. Porto Alegre: Ensaio FEE, 1996.