

Francisco Pizzette Nunes

**AS RELAÇÕES JURÍDICAS NA PÓS-MODERNIDADE:
FUNDAMENTOS PARA UMA PRÁXIS COMPLEXA NO
EXERCÍCIO E TUTELA DO DIREITO**

Tese submetida ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina para a
obtenção do Grau de Doutor em
Direito
Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati

Florianópolis
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Nunes, Francisco Pizzette

As relações jurídicas na pós-modernidade :
fundamentos para uma práxis jurídica complexa no
exercício e tutela do direito / Francisco Pizzette
Nunes ; orientador, José Isaac Pilati, 2018.
397 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Relações Jurídicas.. 3.
Modernidade.. 4. Pós-Modernidade.. 5. Complexidade..
I. Pilati, José Isaac. II. Universidade Federal de
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

Francisco Pizzette Nunes

**AS RELAÇÕES JURÍDICAS NA PÓS-MODERNIDADE:
FUNDAMENTOS PARA UMA PRÁXIS JURÍDICA COMPLEXA
NO EXERCÍCIO E TUTELA DO DIREITO**

Esta Tese foi julgada adequada para obtenção do Título de “Doutor” e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis, 27 de abril de 2018.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. José Isaac Pilati, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. José Rubens Morato Leite, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Profa. Maria de Fátima Schumacher Wolkmer, Dra.
Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC

Prof. Reginaldo de Souza Vieira, Dr.
Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC

Prof. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, Dr.
Universidade de Caxias do Sul - UCS

Para Alice, minha filha amada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Criador pela determinação, perseverança e força de vontade nos momentos mais árduos.

Agradeço a todos os funcionários e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC.

Agradeço ao Prof. Dr. José Isaac Pilati, orientador deste trabalho, por toda sua disposição, paciência e compreensão para com este orientando, bem como por sua prontidão e brilhantismo ao guiar as linhas-mestras desta tese. Muito obrigado professor, por ter com muita bondade e carinho acreditado em meu potencial desde o ingresso no curso de mestrado.

Agradeço ao Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira, membro desta banca e amigo de longa data, por ter me iniciado na vida acadêmica e me acompanhado e auxiliado desde as primeiras fases da graduação até o final do doutoramento. Saiba que, junto ao Dr. José Isaac Pilati, és um dos principais responsáveis pelo trabalho que tens em mãos e pelo profissional que me tornei.

Agradeço aos demais componentes da banca, Prof. Dr. José Rubens Morato Leite, Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, e Profa. Dra. Maria de Fátima Wolkmer, por gentilmente aceitarem o convite e contribuírem com seu conhecimento e experiência para o aperfeiçoamento deste trabalho.

Agradeço minha esposa, Gabriela Rejane Vilaça, pelo companheirismo, confiança e apoio a mim dedicados. E peço desculpas pelo turbilhão que foi minha vida nestes últimos anos de doutoramento. Prometo me tornar uma pessoa melhor nos anos vindouros.

Agradeço minha filha, Alice Vilaça Nunes, pelo seu carinho incondicional, por todos os sorrisos, beijos e abraços que me fizeram seguir adiante nesta grande jornada acadêmica que é o doutoramento, e por transformar o meu mundo em algo mais complexo, colorido e rodeado de amor.

Agradeço aos meus pais, Odilon Nunes e Eliane Pizzette Nunes, bem como aos meus demais familiares, pela atenção e educação dedicadas à minha pessoa e por sempre acreditarem em minhas metas e potenciais. Em especial, agradeço ao meu avô, José Aidir Margotti (*in memoriam*), pelo incentivo à leitura e por ter introduzido em minha vida todo um universo lúdico que influenciou minha formação.

Agradeço ao meu panteão de amigos pela amizade e confiança as quais sempre buscarei corresponder à altura. Em especial, agradeço aos

amigos Franklin Panatto Back, Guilherme Mattos Nascimento, Jeanderson Domingos Minotto Bombazar, e Marco Antônio Benedet Périco, pelas muitas vezes em que me acolherem e socorreram.

Agradeço aos colegas do *Ius Dicere* por todos os conhecimentos e experiências compartilhadas, as quais foram fundamentais para a conclusão deste trabalho, especialmente ao Prof. MSc. Maurício da Cunha Savino Filó, meu companheiro e confidente nesta jornada.

Agradeço ao Diretor da Faculdades ESUCRI, Prof. Everaldo José Tiscoski, por confiar a coordenação do Curso de Bacharelado em Direito nas mãos de um então jovem e inexperiente professor, e por continuar acreditando em seu trabalho. Estendo meus agradecimentos, também, a todos os meus colegas professores e coordenadores, bem como ao corpo de funcionários da faculdades ESUCRI, pelo companheirismo e pela confiança em mim depositada.

A todas estas pessoas e entidades, bem como aquelas que por ventura tenha esquecido, mas que fizeram parte de minha trajetória pessoal e acadêmica, dedico minha sincera gratidão.

“Esperança não significa uma promessa. Esperança significa um caminho, uma possibilidade, um perigo”. Edgar Morin

RESUMO

Esta pesquisa buscou identificar os fundamentos necessários a uma práxis pós-moderna que comporte a complexidade nas relações jurídicas em geral. Ela parte da hipótese primária de que vivenciamos uma etapa de transição paradigmática, de caráter pós-moderno, a qual é caracterizada complexidade que exige a admissão de elementos de incerteza e de desordem na configuração das relações jurídicas, o que demanda uma revisão na composição dos sujeitos, bens e procedimentos dedicados a tutela jurídica. Do ponto de vista metodológico, trata-se de uma pesquisa de natureza explicativa, que faz uso de um método de abordagem dedutivo do tipo qualitativo, tendo empregado as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, valendo-se de um procedimento monográfico de cunho paradigmático. A pesquisa faz uso da noção de paradigma delineada por Thomas Kuhn para identificar o conjunto de crenças, valores e técnicas comungadas pelos membros da comunidade científica jurídica, bem como o campo cognitivo, intelectual e cultural onde estas nasceram, buscando observar a variação e oscilação destes conceitos entre períodos históricos distintos. O estudo faz uso de uma leitura de contraponto de instituições jurídicas do passado a fim de identificar sua contribuição para a compreensão e solução dos problemas decorrentes das relações jurídicas contemporâneas. A tese é desenvolvida em quatro capítulos que versam sobre paradigmas distintos, do período clássico à Pós-Modernidade. O estudo finaliza com uma discussão a respeito do advento, ou não, de um novo paradigma, de matriz pós-moderna, o qual comporta em sua dinâmica um elemento de complexidade não observado pelas instituições contemporâneas, fundadas sob o manto das racionalizações da Modernidade. Conclui-se que, além de vislumbrar a complexidade como elemento-chave de um novo paradigma jurídico, os fundamentos necessários para uma práxis jurídica pós-moderna exigem a admissão de elementos de incerteza e de desordem, bem como o reconhecimento de relações complexas associadas a bens coletivos de natureza igualmente complexa que demandam o resgate do pluralismo, da fraternidade, e da Sociedade enquanto sujeito de direito, assim como o desenvolvimento de uma práxis que intercale dinâmicas participativas e representativas na administração e deliberação dos interesses de matriz complexa.

Palavras-chave: Relações Jurídicas. Paradigma. Modernidade. Pós-Modernidade. Complexidade.

ABSTRACT

This research sought to identify the necessary grounds for a postmodern praxis that contains complexity in legal relationships in general. It initiates on the primary hypothesis of experiencing a postmodern paradigmatic transition stage, which entails a complexity that requires the admission of the elements of uncertainty and disorder in the configuration of legal relationships, which demands a revision on the composition of individuals, goods and procedures devoted to legal protection. From the methodological point of view, this is a research of an explanatory nature, which uses a qualitative type of the deductive approach method, applying the techniques of bibliographic and documentary research, availing a monographic procedure of paradigmatic nature. The research makes use of the notion of paradigm delineated by Thomas Kuhn to identify the conjoint of beliefs, values and techniques communed by the members of the legal scientific community, as well as the cognitive, intellectual and cultural field where they were arise, seeking to observe the variation and oscillation of these concepts between different historical periods. The study makes use of a counterpoint reading of legal institutions of the past in order to identify their contribution to the understanding and solution of the problems arising from contemporary juridical relations. The thesis is developed in four chapters dealing with distinct paradigms, from the classic period to the postmodern period. The study is finalized with a discussion on the advent, or not, of a new paradigm, from a postmodern matrix, which comports, in its dynamics, an element of complexity not observed by contemporary institutions, founded under the mantle of the rationalization of Modernity. It is concluded that, in addition to perceiving complexity as a key element of a new legal paradigm, the necessary grounds for a postmodern legal praxis requires the admission of the elements of uncertainty and disorder, as well as the recognition of the complex relationships associated with common goods of an equally complex nature that demands the rescue of pluralism, fraternity, and society as subjects of law, as well as the development of a praxis that integrates participatory and representative dynamics in the administration and deliberation of the interests of a complex matrix.

Key Words: Legal Relations. Paradigm. Modernity. Postmodernity. Complexity.

RESUMEN

Esta investigación buscó identificar los fundamentos necesarios a una praxis posmoderna que comporte complejidad en las relaciones jurídicas en general. La hipótesis primaria es la de que vivimos una etapa de transición paradigmática, de carácter posmoderno, la cual comporta una complejidad que exige la admisión de elementos de incertidumbre y de desorden en la configuración de las relaciones jurídicas, lo que demanda una revisión en la composición de los sujetos, bienes y procedimientos dedicados a la tutela jurídica. Desde el punto de vista metodológico, se trata de una investigación de naturaleza explicativa, que hace uso de un método de abordaje deductivo del tipo cualitativo, habiendo empleado las técnicas de investigación bibliográfica y documental, valiéndose de un procedimiento monográfico de cuño paradigmático. La investigación hace uso de la noción de paradigma delineada por Thomas Kuhn para identificar el conjunto de creencias, valores y técnicas comunes por los miembros de la comunidad científica jurídica, así como el campo cognitivo, intelectual y cultural donde nacieron, buscando observar la variación y oscilación de estos conceptos entre períodos históricos distintos. El estudio hace uso de una lectura de contrapunto de instituciones jurídicas del pasado a fin de identificar su contribución a la comprensión y solución de los problemas derivados de las relaciones jurídicas contemporáneas. La tesis se desarrolla en cuatro capítulos que versan sobre paradigmas distintos, del período clásico a la postmodernidad. El estudio finaliza con una discusión acerca del advenimiento, o no, de un nuevo paradigma, de matriz posmoderna, el cual comporta en su dinámica un elemento de complejidad no observado por las instituciones contemporáneas, fundadas bajo el manto de las racionalizaciones de la Modernidad. Se concluye que, además de vislumbrar la complejidad como elemento clave de un nuevo paradigma jurídico, los fundamentos necesarios para una praxis jurídica posmoderna exigen la admisión de elementos de incertidumbre y de desorden, así como el reconocimiento de relaciones complejas asociadas a los bienes colectivos de naturaleza igualmente compleja que demandan el rescate del pluralismo, de la fraternidad, y de la Sociedad como sujeto de derecho, así como el desarrollo de una praxis que intercore dinámicas participativas y representativas en la administración y deliberación de los intereses de matriz compleja.

Palabras clave: Relaciones Jurídicas. Paradigma. Modernidad. Posmodernidad. Complejidad.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Distinção entre o paradigma moderno e o paradigma da complexidade	321
Figura 2 – Circuito Tetralógico	323
Figura 3 – O Conceito Trinitário.....	324
Figura 4 – Tetragrama das Relações Jurídicas Complexas	342

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ONU – Organização das Nações Unidas

PPGD/UFSC – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina

SUS – Sistema Único de Saúde

UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	23
2	OS MARCOS CIVILIZATÓRIOS CLÁSSICOS E SUA INFLUÊNCIA NA FORMAÇÃO DE UM PARADIGMA JURÍDICO HEGEMÔNICO E DE SUAS RELAÇÕES JURÍDICAS	31
2.1	O PERÍODO ARCAICO.....	32
2.2	A CIVILIZAÇÃO GREGA	36
2.3	O LEGADO JURÍDICO ROMANO.....	56
3	A EXPERIÊNCIA JURÍDICA PÓS-CLÁSSICA E O PROCESSO DE TRANSIÇÃO PARA A MODERNIDADE	99
3.1	O DIREITO ROMANO PÓS-CLÁSSICO E A RECONFIGURAÇÃO DE SUAS RELAÇÕES JURÍDICAS.....	100
3.2	A AUTENTICIDADE E A INFLUÊNCIA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS MEDIEVAIS	126
3.3	A TRANSIÇÃO PARA A MODERNIDADE.....	151
4	O PARADIGMA MODERNO: DE SEUS FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS E POLÍTICOS, À CONFIGURAÇÃO DE SUAS RELAÇÕES JURÍDICAS	179
4.1	OS SENTIDOS DA MODERNIDADE E SUA CONSTITUIÇÃO EPISTEMOLÓGICA.....	180
4.2	O ADVENTO DO ESTADO MODERNO.....	195
4.3	AS RELAÇÕES JURÍDICAS NA MODERNIDADE	237
5	PARA ALÉM DO CARRO DE JAGRENÁ: A CRISE DA MODERNIDADE E A TRANSIÇÃO PARA UM PARADIGMA PÓS-MODERNO DE COMPLEXIDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS.....	267
5.1	SOBRE A CRISE DA MODERNIDADE E O ADVENTO DA PÓS-MODERNIDADE	269
5.2	A COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PÓS-MODERNAS	310
6	CONCLUSÃO	351
	REFERÊNCIAS.....	373
	APÊNDICE A – GLOSSÁRIO	393

1 INTRODUÇÃO

A Sociedade contemporânea passou por diversas transformações nas últimas décadas. O avanço das tecnologias da informação afetou nossas habilidades de comunicação e nossa compreensão a respeito do mundo. As distâncias foram encurtadas assim como a noção de tempo foi acelerada, o que levou o ser humano a uma nova reflexão sobre a complexidade de suas relações cotidianas e institucionais, na mesma medida em que também fez com que este se questionasse a respeito do anacronismo de algumas das instituições tradicionais modernas, dentre elas o Estado e o direito.

O direito moderno foi erigido a partir de uma série de simplificações do fenômeno jurídico que levaram a uma perspectiva monista em que o Estado é concebido como o único produtor de normatividade. A Modernidade confiou aos representantes estatais a tutela das relações jurídicas modernas, o que o fez através de uma série de procedimentos burocrático-representativos que excluem de sua égide toda uma dimensão social e de participação. O cidadão moderno se viu em um dilema que oscilava entre o conforto e o conformismo proveniente de um Estado paternalista que o infantiliza enquanto sujeito de direito, e o desconforto e indignação decorrentes desta mesma condição, que na prática reduz a cidadania ao exercício singular do voto de dois em dois anos.

Porém, o desequilíbrio entre as instituições modernas é cotidianamente noticiado em veículos de comunicação que hoje alçaram dimensão macro em proporções micro, estando ao alcance de cada cidadão, em seu bolso, no aparelho celular. Este mesmo cidadão agora é capaz de instantaneamente expressar sua opinião a respeito das instituições modernas em um ambiente virtual que atinge uma escala de alcance global. Seu entendimento, ou o entendimento alheio, pode ser compartilhado por milhares de pessoas, podendo formar a opinião pública, senão uma vontade geral a ser imposta severamente no meio social. Um princípio de incerteza e de desordem foi inserido em um universo moderno onde antes reinava a ordem, a segurança e a certeza. E dentro deste universo moderno se situam relações jurídicas que, tendo sido lapidadas dentro da abóbada de vidro de um reducionismo abstrato, sofrem dia após dia com o peso de uma dimensão de complexidade que ameaça ruir toda a estrutura caso se mantenha do lado de fora.

Já podemos observar as primeiras rachaduras, os primeiros sinais de uma estrutura que ameaça ruir caso não seja reformada. E essa incerteza sobre a solidez das instituições modernas nos leva a questionar

a respeito da emergência de um novo paradigma o qual, no âmbito das relações jurídicas, se propõe a reformá-las de modo que estas contemplem em seu arranjo a complexidade pós-moderna.

Nesse sentido, o problema a ser analisado consiste na seguinte indagação: *quais são os fundamentos necessários para uma práxis jurídica complexa no exercício e tutela das relações jurídicas pós-modernas?*

A hipótese primária é a de que vivenciamos uma etapa de transição paradigmática, de caráter pós-moderno, a qual é caracterizada por uma complexidade que exige a admissão de elementos de incerteza e de desordem na configuração das relações jurídicas, o que demanda revisão na conformação atual dos sujeitos, dos bens e dos procedimentos pertinentes à tutela jurídica.

O objetivo geral desta pesquisa consiste, portanto, em *identificar os fundamentos necessários para uma práxis jurídica complexa no exercício e tutela das relações jurídicas pós-modernas*. Por sua vez, os objetivos específicos importam em: a) analisar a influência dos marcos civilizatórios clássicos na formação de um paradigma hegemônico e em suas relações jurídicas; b) estudar a experiência jurídica pós-clássica e o processo de transição para a Modernidade; c) verificar os fundamentos epistemológicos, políticos e jurídicos do paradigma moderno; d) discutir sobre a crise da Modernidade e a transição para um paradigma pós-moderno de complexidade nas relações jurídicas.

O que se propõe, portanto, trata-se de um diagnóstico a respeito da Pós-Modernidade, contemplando esta enquanto uma etapa de transição paradigmática já em evidência. Por outro lado, a pesquisa também se vale de um prognóstico a respeito das relações jurídicas na Pós-Modernidade, buscando identificar os fundamentos necessários para uma práxis jurídica que atenda a sua complexidade.

Do ponto de vista metodológico, trata-se de uma pesquisa de natureza explicativa, pois busca analisar e correlacionar fenômenos jurídicos, a fim de estruturar um novo modelo teórico para absorção da complexidade pós-moderna. Quanto à abordagem, é uma pesquisa que faz uso do método dedutivo, partindo de uma premissa geral, que consiste na teoria da complexidade desenvolvida por Edgar Morin, buscando aplicá-la no plano das relações contemporâneas, as quais identificamos como situadas em uma etapa de transição paradigmática de teor pós-moderno. O tipo de abordagem é qualitativo, uma vez que faz uso de informações de teor subjetivo, levando em consideração as particularidades de seu objeto de estudo em uma análise ampla, porém, não quantificável ou mensurável. As técnicas de pesquisa empregadas foram do tipo

bibliográfico e documental, tendo-se recorrido a fontes primárias e secundárias. Por fim, o método de procedimento empregado é monográfico, e se vale de um viés que José Isaac Pilati (2017a) identifica como “paradigmático”, pois se propõe a confrontar universos distintos e concorrentes, embora complementares num processo de transformação.

De modo geral, esta pesquisa gira em torno de cinco noções distintas e inter-relacionadas: Paradigma, Relações Jurídicas, Modernidade, Pós-Modernidade e Complexidade.

Conceito central neste trabalho, compreendemos como “relações jurídicas” aquelas de caráter intersubjetivo em que diferentes sujeitos de direito se inter-relacionam tendo em vista interesses de natureza jurídica diversa, de modo a produzir a normatividade e a juridicidade. Por sua vez, a configuração das relações jurídicas varia conforme o conjunto de crenças, valores e técnicas partilhados pelos membros da comunidade científica responsável por lhes constituir.

Para fundamentar esta perspectiva mutável conforme o contexto histórico e filosófico, utilizamos o termo “paradigma”, que faz referência ao conjunto de crenças, valores e técnicas partilhadas pelos membros de uma comunidade específica, sendo a comunidade científica um grupo de pessoas que compartilha paradigmas. Uma comunidade científica é formada por praticantes de uma mesma linha de produção, submetidos a uma iniciação acadêmica e profissional similar, compartilhando leituras e conceitos afins; acabam por delinear as próprias fronteiras, com exclusão de outras possibilidades.

Os paradigmas comportam uma série de postulados ou pressupostos ocultos que organizam as teorias científicas, de modo que as principais transformações na história podem ser consideradas revoluções paradigmáticas. O paradigma controla não apenas as teorias, mas todo o campo cognitivo, intelectual e cultural em que estas nascem, bem como determina a prática decorrente destas teorias. Ele designa as categorias de inteligibilidade e controla o seu emprego.

Partimos da noção de paradigma para identificar o conjunto de crenças, valores e técnicas comungadas pelos membros da comunidade científica jurídica, bem como o campo cognitivo, intelectual e cultural onde estas nasceram, buscando observar a variação e oscilação destes conceitos entre períodos históricos distintos. Nesse sentido, entendemos que paradigmas diferentes compartilham conceitos que, em maior ou menor medida, estão inter-relacionados e sujeitos a uma lógica recursiva e inter-retroativa que lhes permitem deslocar-se entre um paradigma e outro, reinventando-se e renovando-se, sendo gerados e regenerados

conforme os postulados ocultos na dinâmica dos tempos e da cultura humana.

Por este motivo, acreditamos na possibilidade de uma leitura de contraponto das instituições jurídicas do passado que possa contribuir com a compreensão e solução dos problemas decorrentes das relações jurídicas contemporâneas. Nesse sentido, dedicamos os dois primeiros capítulos desta pesquisa ao estudo das instituições pré-modernas que fomentaram o paradigma em que estão situadas as relações jurídicas modernas. Em um segundo momento, a pesquisa se concentra na Modernidade, buscando identificar os pressupostos epistemológicos, assim como aqueles de natureza socioeconômica e política, que fomentaram o paradigma moderno ocidental e que deram forma às relações jurídicas modernas, encerrando com uma análise a respeito da composição destas e dos modelos processuais empregados em sua tutela. Por fim, a tese finaliza com uma discussão a respeito do advento, ou não, de um novo paradigma, de matriz pós-moderna, o qual comporta em sua dinâmica um elemento de complexidade não observado pelas instituições contemporâneas, fundadas sob o manto das racionalizações da Modernidade.

O primeiro capítulo inicia destacando que toda cultura possui um aspecto normativo a ser observado, mesmo aquelas provenientes de um período arcaico, sem escrita. As sociedades arcaicas desenvolveram uma normatividade coerente para com o grau de complexidade de suas relações sociais, imbuídas de uma forte carga religiosa e norteadas por vínculos consanguíneos. Nestas culturas o direito surge inicialmente como um modo de garantir a perpetuação do culto e da família, bem como de preservar um modo de produção de caráter tributário, caracterizado pela coexistência de comunidades distintas e que encontram na finitude da existência humana o impulso inicial para o traslado do mundo físico para o mundo das ideias, fazendo da morte a primeira grande abstração da humanidade. Em seguida, passou-se a analisar a civilização helênica, sendo ressaltada a democracia ateniense, a qual promoveu uma descentralização do poder e atribuiu à administração da cidade e da Justiça um senso de responsabilidade coletiva e uma dimensão política que fizeram das magistraturas uma atividade de caráter democrático e participativo. Não obstante estes avanços no campo do direito e da ciência política, observou-se que a metafísica proveniente dos grandes clássicos do pensamento grego contribuiu decisivamente para que o indivíduo se lançasse pela primeira vez diante do cosmos, passando este a se ver como medida de todas as coisas, bem como a classificar e escalonar os saberes conforme sua pureza e verificabilidade, dando margem a um primeiro

primado de racionalidade. Enfim, o primeiro capítulo encerra com uma análise do período clássico do Direito Romano, que teve seu auge com a República dos Romanos. A pesquisa preocupou-se em expor a complexidade das relações jurídicas do período republicano de Roma, as quais constituíram sua juridicidade a partir do conflito, em tempo real e com um caráter eminentemente participativo, sem com isso deixar de lado sua articulação com a autoridade representativa, primando por um direito que, além de racional, fosse útil à Sociedade.

O segundo capítulo aborda inicialmente o anacronismo evidenciado com a expansão do território romano, cujo sistema político já não atendia mais aos moldes de uma cidade-estado, o que deu margem a uma crise social a que pôs fim à República dos Romanos, dando início a um período conhecido como pós-clássico. A partir de então, por mais que os imperadores preservassem as instituições clássicas a fim de manter uma aparência republicana, a jurisdição se tornou monopólio do governo, o que caracterizou uma primeira grande virada paradigmática nos sistemas de justiça: o caráter pragmático, pluralista, e participativo do Direito Romano clássico deu lugar a um novo modelo de jurisdição, de cunho autocrático, monista e representativo. Mais adiante, observou-se que a doutrina cristã incorporada pelo Império Romano possibilitou a distinção entre a autoridade religiosa e a autoridade secular, entre Deus e o Estado, o que levou a um ciclo de legitimação em que a dimensão religiosa servia de fundamento à dimensão social, e vice-versa. A hegemonia do cristianismo levaria não só a uma nova percepção do tempo e da história, como também implicou em um redimensionamento das relações jurídicas medievais. Nesse sentido, analisou-se o pluralismo jurídico atinente à Idade Média, o qual consistia em um amálgama de normas jurídicas e jurisdições, que encontraram no direito comum e no processo romano-canônico um elemento de coordenação entre ordenamentos de natureza distinta, porém interligados. O capítulo finaliza destacando o advento de novas teorias que buscaram promover a laicidade dos governos e uma transição nos pressupostos de poder, dentre elas sobrelevando-se uma teoria da soberania que teve Jean Bodin como um de seus principais expoentes. Tais teorias foram impulsionadas por uma série de renascimentos que não só superaram a dogmática católica no plano intelectual, como também enfraqueceram a autoridade da Igreja no plano político, fator que foi crucial para o advento da Modernidade.

O terceiro capítulo versa, portanto, sobre a construção do paradigma moderno e a configuração de suas relações jurídicas, ponto crucial para o desenvolvimento de qualquer alternativa de caráter pós-moderno. Num primeiro momento, o terceiro capítulo se dedica a

identificar a Modernidade em uma perspectiva histórica e conceitual, fazendo distinção em relação a termos congêneres, como modernização e modernismo. A pesquisa passa então a abordar a Modernidade sob um viés epistemológico, destacando o advento de uma nova ciência e o seu impacto na formação de uma filosofia moderna dotada de um método cartesiano que prima por um processo de racionalização e de simplificação dos fenômenos naturais e sociais. Observou-se, então, que o projeto de Modernidade entrou em foco no século XVIII com o movimento Iluminista encabeçado pela burguesia, o qual encontrou no conhecimento científico uma forma de se emancipar em relação ao Antigo Regime e de legitimar suas premissas. Em seguida, o estudo dedicou-se a analisar o processo de constituição do Estado moderno, tanto sob uma perspectiva teórica – através da contribuição de teóricos contratualistas e do Iluminismo –, como sob o contexto histórico, através da derrocada do Estado Absoluto por uma burguesia iluminista que, mediante a hipérbole e adulteração de algumas das premissas da filosofia moderna, projetou sua moral privada como opinião pública e vontade geral. O capítulo encerra com uma abordagem a respeito das relações jurídicas na Modernidade, discutindo seu caráter monista, burocrático, e representativo, fundamentado em uma lógica jurídico-racional de cunho eminentemente formal e autocrática, a qual atribui às autoridades estatais um papel de protagonismo na interface dos sistemas jurídicos, esvaziando a juridicidade da esfera coletiva e desenvolvendo modelos processuais que visam se adequar às necessidades do mercado.

O quarto e último capítulo da pesquisa apresenta a tese do autor, que assenta seu ineditismo no desenvolvimento de uma teoria de absorção da complexidade pós-moderna, redirecionando as formas jurídicas da Modernidade para uma Sociedade mais justa e participativa no âmbito jurídico. Nesse sentido, o capítulo inicia com uma discussão a respeito da crise da Modernidade e do advento, ou não, de um paradigma de teor pós-moderno, expondo a concepção deste estudo a respeito da Pós-Modernidade e dialogando com a perspectiva de outros teóricos a respeito de uma possível transição paradigmática, ou da perpetuação e readequação das premissas modernas. A segunda parte do último capítulo consiste em uma análise da teoria da complexidade desenvolvida por Edgar Morin, identificando a complexidade como um dos fundamentos da Pós-Modernidade e a contrapondo ao reducionismo e às simplificações promovidas pelas racionalizações modernas. A tese finaliza com a proposta de relações jurídicas complexas, identificando os fundamentos necessários para uma práxis jurídica complexa no exercício e tutela do direito.

Como advertência ao leitor, salientamos que esta pesquisa parte de uma perspectiva ocidental, de matriz eurocêntrica, porém, não se lança como uma solução final para as relações jurídicas contemporâneas como um todo, pois tem consciência de sua incompletude, o que demanda o diálogo futuro com outros *locus* de enunciação. Trata-se de um esforço teórico que busca ilustrar aquilo que comumente é rejeitado ou negligenciado pelo paradigma jurídico moderno, provocando o debate acerca de um novo fazer jurídico que comporte a complexidade em suas relações jurídicas. É, portanto, uma pesquisa que se desenvolve em uma perspectiva multidisciplinar e interdisciplinar, aliando conhecimentos provenientes do direito, das ciências humanas e sociais, e das ciências naturais, a fim de contribuir para um saber transdisciplinar de matriz dialógica e fraterna que se estenda ao universo jurídico.

Por fim, resta destacar que a tese em evidência não se trata de um esforço isolado, mas se soma à contribuição de outros pesquisadores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC. Soma-se especialmente aos trabalhos desenvolvidos pelo “Grupo de Estudos em Latim e Fontes de Direito Romano: *Ius Dicere*”, sob a coordenação do professor Dr. José Isaac Pilati, o qual tem se dedicado à elaboração de uma Teoria Pós-Moderna do Direito, de teor complexo e com base em uma leitura de contraponto de instituições jurídicas do passado, perspectiva da qual esta pesquisa compartilha.

2 OS MARCOS CIVILIZATÓRIOS CLÁSSICOS E SUA INFLUÊNCIA NA FORMAÇÃO DE UM PARADIGMA JURÍDICO HEGEMÔNICO E DE SUAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Como destacado, a presente pesquisa parte de uma leitura de contraponto das instituições jurídicas do passado, buscando identificar os aspectos de seu paradigma que influenciaram as relações jurídicas modernas, bem como aqueles que denotam uma complexidade a ser resgatada em uma dimensão pós-moderna do direito.

Discorrer sobre o paradigma moderno e sua influência na práxis processual importa antes de qualquer coisa numa análise das sociedades antigas; sua estrutura, modos de produção, regimes de governo, juridicidade, e legado intelectual; fatores estes que desencadearam os pressupostos basilares que dariam forma e sustentação à modernidade enquanto paradigma hegemônico.

Nesse sentido, analisar-se-á as culturas arcaicas, antigas e medievais, dando-se ênfase à passagem da antiguidade para o feudalismo no que diz respeito à virada paradigmática que daria margem à consolidação de conceitos como soberania e segurança jurídica, os quais se perpetuaram na praxe jurídica e encontraram na dogmática processual uma dinâmica apta a perpetuá-los.

Neste primeiro capítulo a pesquisa concentrará seus esforços no período clássico. Porém, antes de discutir as instituições clássicas, o estudo se dedicará a observar a época arcaica, onde se formaram algumas das primeiras abstrações que fomentariam a juridicidade, as quais foram influenciadas pelo culto aos mortos e a necessidade de preservar a linhagem. Em seguida, observar-se-á a civilização grega, analisando-se a influência de seu pensamento filosófico no desenvolvimento de algumas das principais premissas do modernas. Também se estudará o processo de organização de Atenas, uma de suas principais cidades, que de uma aristocracia se instituiria em uma democracia, regime de governo este que se faz vigente em muitos dos países da Modernidade, tendo interferência direta em muitas de suas instituições, dentre elas o direito.

O capítulo finda com um estudo a respeito do legado jurídico romano, focando o período clássico de Roma, o qual se estende até o fim da República dos Romanos. Parte de uma narrativa a respeito das origens míticas da cidade de Roma, discorrendo sobre o período da Realeza e sobre a passagem para a República. Neste interim, trata do modelo de jurisdição romano, o qual foi dotado de modelos processuais distintos, porém dotados de um nível de sofisticação avançado para época, tendo muitos de seus princípios se estendido até a Modernidade. Enfim, destaca-

se a complexidade das relações jurídicas tuteladas pelo Direito Romano clássico, a qual provém de um arquétipo jurisdicional de natureza participativa, casuísta e pragmática, aspectos estes que, como se verá, não foram absorvidos pela Modernidade jurídica.

2.1 O PERÍODO ARCAICO

Por mais que se mostre uma tarefa deveras complexa identificar um conjunto de ideias que fossem compartilhadas pelas sociedades primitivas a ponto de formarem um paradigma dominante, é possível afirmar que toda cultura possui um aspecto normativo a ser observado. Toda organização social tende a se esmerar para assegurar determinado controle social, dispondo, para tanto, de um sistema jurídico atinente ao seu grau de complexidade. Dessa forma, apesar de inexisterem afirmações conclusivas a respeito da origem de muitas instituições jurídicas primitivas, o que poderia se chamar de “direito arcaico” deve ser analisado a partir do tipo de Sociedade que o gerou (WOLKMER, 2008).

Apesar dos poucos registros; consequência de práticas que eram comumente transmitidas apenas de forma oral; é possível afirmar que essas sociedades primitivas se baseavam, sobretudo, nos laços de parentesco, razão pela qual a juridicidade estava atrelada ao convívio familiar e às crenças e tradições dele decorrentes (WOLKMER, 2008).

Dentre as maiores contribuições a respeito das crenças e costumes compartilhados pelas sociedades primitivas, destaca-se a obra de Fustel de Coulanges “A Cidade Antiga”. De acordo com Fustel de Coulanges (2007), o primeiro conjunto de crenças compartilhadas pelos povos antigos estaria associado àquilo que o autor denomina de “culto aos mortos”. Tal culto advém da crença comungada entre os habitantes das margens do mediterrâneo e da península indiana de que a existência humana não findava com a morte, sendo esta apenas uma espécie de passagem para uma segunda vida subterrânea, a qual estaria atrelada ao túmulo do falecido (COULANGES, 2007).

Na medida em que os povos antigos atribuíam aos seus antepassados o status de deuses sôfregos, cabia aos familiares do falecido perpetuar a memória e as necessidades deste, prestando-lhe as devidas homenagens e saciando suas necessidades materiais (através de oferendas e sacrifícios). Tal dever perpetuava-se de geração em geração através dos filhos homens, afetando diversas instituições, como a propriedade e o casamento (COULANGES, 2007).

No que diz respeito à propriedade, como o deus da religião doméstica exigia moradia fixa, cada família construía seu altar e túmulo

com a esperança destes ficarem sempre no mesmo local, vindo a sepultura a estabelecer um vínculo indissolúvel da família com a terra, daí surgindo a ideia de propriedade privada e domicílio, da estreita relação entre o solo, a família e seus deuses domésticos. Assim, de acordo com Fustel de Coulanges (2007), no princípio não foram as leis que garantiram o direito de propriedade, mas uma religião doméstica vinculada ao culto aos mortos, o que fez da propriedade o principal direito das sociedades antigas.

No que tange ao casamento, este não tinha por fim o afeto ou prazer, mas a continuidade do culto, sendo que os filhos havidos fora do casamento não prestavam para continuar o culto, pois, além do laço de sangue fazia-se necessário o do culto, o qual era efetuado pelo casamento. Assim, o nascimento de uma mulher não satisfazia o fim do casamento, pois esta, ao casar-se, abandonaria a família e o culto do pai, motivo pelo qual a religião só teria continuidade por meio de filhos homens. Nesse sentido, as leis zelavam para que as famílias não se extinguissem, e, concomitantemente, o culto que lhe dava fundamento, vindo o celibato a ser visto como uma desgraça e maldição, quando não previsto como crime em lei ou condenado pelos costumes (COULANGES, 2007).

Nota-se, portanto, que o direito arcaico era imbuído de uma forte matriz religiosa, o que permite afirmar que os antigos sacerdotes foram os primeiros grandes interpretes e executores das leis, vindo o direito a se manifestar pelas repetições de fórmulas, atos simbólicos, palavras sagradas e gestos solenes, possuindo um caráter ritualístico que se preserva até hoje na dogmática processual (WOLKMER, 2008).

Pode se afirmar que a morte foi a primeira grande abstração a fomentar um conjunto de crenças compartilhadas por povos diferentes situados num mesmo contexto histórico, afetando seus modos de vida, e, conseqüentemente, suas relações jurídicas. É o que se extrai do pensamento de Fustel de Coulanges (2007, p. 26) ao discorrer sobre o papel que a morte representou para a elevação do pensamento nas sociedades arcaicas:

Foi talvez diante da morte que o homem, pela primeira vez, teve a ideia do sobrenatural e quis abarcar mais do que seus olhos humanos poderiam lhe mostrar. A morte foi pois o seu primeiro mistério, colocando-o no caminho de outros mistérios. Elevou o seu pensamento do visível para o invisível, do transitório para o eterno, do humano para o divino (COULANGES, 2007, p. 26).

Assim, aquele que seria o mais antigo dos medos; ou seja, a finitude da existência humana; impulsionou a criatividade de tais povos a superar a barreira daquilo que seria fisicamente palpável e crível para se aventurar pela primeira vez no mundo das ideias, das abstrações, num território que estaria além e acima das convenções humanas, servindo de parâmetro para instruir a vida social e a legalidade¹.

Além de profundamente afetado pela prática religiosa, o direito arcaico não era legislado, conservava-se pela tradição, sendo os costumes a fonte de direito mais importante desta época, ao passo que o temor de ameaças sobrenaturais; como uma segunda vida isenta dos devidos tributos e homenagens; garantiu o rígido cumprimento de tais costumes. O direito não era visto como uma instituição a parte das demais, estava integrado à estrutura de costumes norteados pela religião, de modo que os povos arcaicos não faziam distinção entre fatos jurídicos e fatos comuns, uma vez que o direito era mais um aspecto da vida tribal do que um sistema independente (WOLKMER, 2008).

Ruan Jamón Capella (2002) afirma que o nascimento daquilo que pode ser chamado propriamente de “direito” está ligado a formas de organização mais complexas que as comunidades primitivas. Seriam formas de organização a qual o autor denomina de “sociedades tributárias”, as quais seriam caracterizadas pela prática da agricultura e pela coexistência de comunidades distintas: de cunho “subalterno” - responsável predominantemente pelo labor físico - ou “eminente” - responsável predominantemente por atividades de natureza intelectual.

Essas sociedades tributárias também eram caracterizadas por um conflito social interno, uma vez que a população pertencente às comunidades subalternas não trabalhava apenas para a sua própria manutenção (como ocorria nas sociedades primitivas), mas também era responsável pelo sustento dos membros das comunidades eminentes e de todos aqueles que estavam a seu serviço. Porém, tanto a moralidade como o uso da violência não eram suficientes para assegurar a continuidade do modo de produção tributário, fazendo-se necessário uma estratégia de interiorização das relações sociopolíticas (CAPELLA, 2002).

¹ No entanto, como se verá mais adiante, com transcorrer da história a morte daria lugar a outras abstrações que fomentariam o paradigma de novos períodos históricos, como o ideal de cidadania, a legalidade, a fé cristã, e o império da razão. Esses novos pressupostos serão analisados pelo autor do estudo no momento oportuno.

O problema pode descrever-se como segue: a partir de condicionantes econômicas, que supõem a exploração de umas pessoas por outras, surgiu um mecanismo coesivo necessário, o poder político-jurídico, que assegura a reprodução social nessas condições. Este fenômeno se produziu independentemente em distintos lugares e momentos da história geral (pode-se dizer assim) da espécie humana. Mas se adverte em seguida que o mecanismo coesivo é a capacidade de violência de uma *minoria social*, o que resulta insustentável por longo tempo se a força é o único fator em jogo. [...] para que a violência estrutural das relações produtivas suscite um poder político *permanente*, precisa certo grau de *interiorização* de sua existência no conjunto social (CAPELLA, 2002, p. 44-45).

O direito foi a estratégia de interiorização utilizada pelo poder político da comunidade eminente para conter a ameaça constante de dissolução do modo de produção tributário e manter a reprodução do sistema sem a necessidade do uso constante de sua capacidade de violência. Esse conjunto de normas coercitivamente impostas pelo poder político (sendo o último, portanto, pressuposto do primeiro) foi capaz de sobrepor-se à moralidade positiva e firmar-se como uma verdadeira ideologia de aceitação social a partir da submissão à norma jurídica (CAPELLA, 2002).

No entanto, convém destacar que as principais contribuições realizadas à cultura jurídica pré-moderna provêm da Antiguidade greco-romana, em especial da atividade dos juriconsultos Romanos. Uma série de circunstâncias afetas ao modo de produção, localização geográfica, urbanização, e cultura destas sociedades, foram fundamentais para o seu progresso nas artes, na ciência e no comércio, e, não seria diferente, na formação de um ideário jurídico complexo.

A começar pelo caráter costeiro destas civilizações, a estrutura da Antiguidade greco-romana foi quintessencialmente mediterrânea. O Mediterrâneo é o único grande mar cercado por terra em toda a sua circunferência, de modo que o comércio interlocal fazia uso constante do transporte marítimo, assim como a troca de mercadorias de longas distâncias também se valia de tal recurso. Tais elementos faziam da água um meio de comunicação insubstituível que possibilitou o crescimento

urbano para um nível de sofisticação que ia muito além do interior rural destas sociedades (ANDERSON, 2016).

Apesar de toda e qualquer formação social fazer uso de um amálgama de modos de produção, o modo de produção predominante na Sociedade greco-romana foi o escravista, tendo papel fundamental na ascensão e queda de ambas as civilizações. A principal fonte do trabalho escravo eram os prisioneiros de guerra, os quais eram alocados nas lavouras para possibilitar e sustentar exércitos formados por pessoas que possuíam o status de cidadãos. Em verdade, a escravidão foi a estratégia econômica utilizada pelas sociedades greco-romanas para articular o campo e a cidade, viabilizando aos proprietários urbanos da Antiguidade clássica a riqueza e o conforto necessários para uma vida dedicada à polis (ANDERSON, 2016).

Como vimos, a civilização da Antiguidade clássica representou a anômala supremacia da cidade sobre o campo dentro de uma economia esmagadoramente rural: antítese do mundo feudal que viria a sucedê-la. Na ausência de indústria municipal, a condição de possibilidade dessa grandiosidade metropolitana foi a existência do trabalho escravo no interior, pois somente ele pôde libertar tão radicalmente a classe dos donos de terras de suas raízes rurais, a ponto de transformá-los em cidadãos essencialmente urbanos, que, ainda assim, tiravam do solo sua riqueza fundamental (ANDERSON, 2016, p. 27).

No entanto, em que pese tais elementos comuns às civilizações Grega e Romana – e determinantes em suas relações socioeconômicas –, convém destacar as peculiaridades de suas contribuições para um ainda distante paradigma moderno.

2.2 A CIVILIZAÇÃO GREGA

Como Bertrand Russell (2015) destaca, é uma árdua tarefa explicar o surgimento repentino da civilização grega, sendo que muito do que a constituiu é proveniente do Egito e da Mesopotâmia. A destacar os cultos dedicados à fertilidade, que prestavam homenagem à Grande Mãe, a qual era venerada com diferentes nomes, como o de Ishtar na Babilônia, cujo

culto foi adotado pelos gregos, que a nomearam Ártemis². Essa incorporação do culto à fertilidade pelos povos helênicos possibilitou a associação entre governo, religião e moralidade, vindo as primeiras codificações a serem identificadas como graças divinas, a exemplo do código de Hamurabi, o que também impulsionou toda uma casta sacerdotal, como bem explana Bertrand Russell (2015, p. 27):

Uma vez que a religião esteve associada ao governo do império, razões políticas em muito contribuíram para transformar seus traços primitivos. Um deus ou uma deusa se tornava vinculado ao Estado e precisava garantir não apenas uma colheita abundante, mas também vitória nas guerras. Uma casta sacerdotal abastada desenvolvia o ritual e a teologia, unindo num só panteão as diversas divindades das partes que compunham o império. Associando-se ao governo, os deuses também se associavam à moralidade. Os legisladores recebiam seus códigos de um deus; por conseguinte, violar a lei se tornava ato de impiedade. O código legal mais antigo a chegar até nós é aquele de Hamurabi, rei da Babilônia (2067-2025 a.C); dizia o Monarca que as leis lhe foram entregues por Marduque. O vínculo entre religião e moralidade se estreitou continuamente ao longo dos tempos antigos.

Muito da cultura grega do período arcaico é proveniente da civilização minoica, a qual desenvolveu a escrita linear e se espalhou à região continental da Grécia por volta de 1600 a.C, moldando uma civilização denominada como micênica. Os micênicos foram conquistados por invasores vindos do norte. Eram os jônicos, aqueus e dóricos, que levaram consigo a língua grega e incorporaram aspectos religiosos das culturas minoica, micênica e indo-europeia. Ao final da era micênica, parte dos invasores se fixaram no território conquistado e desenvolveram a agricultura, ao passo que outros continuaram viajando e fundaram cidades costeiras voltadas ao comércio marítimo. Foram essas cidades que proporcionaram as principais contribuições à civilização

² Séculos mais tarde o cristianismo restauraria o culto à fertilidade através da figura da Virgem Maria, a qual foi legitimada com o título de “Mãe de Deus” por um concílio realizado em Éfeso (RUSSELL, 2015).

grega e mais tarde deram forma às principais cidades-estados gregas, como Atenas (RUSSELL, 2015).

Por outro lado, Raquel de Souza (2008) destaca que a colonização foi uma das práticas mais importantes da época arcaica, se estendendo até o período helenístico, e responsável pela projeção dos gregos pelo Mediterrâneo. Segundo a autora, o processo de colonização grega teria sido proveniente da dificuldade em alimentar a população, o que obrigava a *polis* a enviar parte de sua comunidade para outras regiões, colocando os gregos em contato com outros povos e impulsionando inovações como a moeda e o alfabeto (SOUZA, 2008).

São poucas as informações a respeito das constituições políticas das cidades gregas no período arcaico, pois elas não se estenderam à época clássica, mas é possível afirmar que elas se firmaram a partir dos privilégios de uma casta nobre sobre o restante da população, sendo o poder político exercido por um governo aristocrático (ANDERSON, 2016).

É da poesia do período arcaico que surge aquela que seria talvez a primeira definição de justiça, e severa crítica a juízos singulares e corruptíveis. Os gregos tinham como prática a personificação de abstrações, como a ideia de justiça, a qual Hesíodo, em sua obra “Os Trabalhos e os Dias” (800 a.C), realiza uma grande alegoria aos deuses, personificando esta como uma divindade a fim de representar sua pureza e ressaltar as consequências de sua violação pelos homens (PULQUÉRIO, 1961).

Justiça é virgem nascida de Zeus,
nobre e venerável para os deuses que habitam o Olimpo;
e toda vez que alguém a fere, acusando tortamente,
imediatamente ela senta-se ao lado de Zeus pai,
filho de Crono,
e canta os intentos injustos dos homens, para que pague
o povo pela arrogância dos reis que, tramando ruínas,
desviam a justiça de seu caminho, a falar tortamente
(HESÍODO, 2012, p. 89).

Hesíodo aborda a justiça como uma virtude necessária ao progresso. No entanto, tal virtude restaria prejudicada pelo juízo singular

de homens corruptíveis, cabendo aos deuses anular tais injustiças através de punições que recairiam sobre toda a cidade.

Ouve-se o clamor da Justiça arrastada por onde a
 conduzem os homens
 devoradores de presentes, e julgam com sentenças
 distorcidas.
 Ela os acompanha deplorando a cidade e os
 costumes do povo,
 vestida de bruma, levando o mal aos humanos
 que a repelem e não a distribuem retamente
 (HESÍODO, 2012, p. 85).

A crítica de Hesíodo parte da disputa judicial que este travou com seu irmão, Perses, pela herança paterna, e de sua insatisfação com as sentenças proferidas por aqueles a quem chamava de reis-juizes. Os reis juizes eram aristocratas responsáveis pela administração da justiça, cujos juízos, proferidos mediante inspiração divina, em verdade eram passíveis de desvios por parte dos homens (PULQUÉRIO, 1961).

Entretanto, os aristocratas perderam o poderio econômico e o monopólio da justiça na medida em que o uso da moeda possibilitou a acumulação de riquezas e a ascensão de uma plutocracia, e que a escrita permitiu a codificação de leis e sua divulgação nos muros da cidade (SOUZA, 2008).

A emergência de uma plutocracia formada por donos de terras mais novos e de maior riqueza, somado ao descontentamento das classes mais baixas, deu margem ao advento de “tiranos” (entre 650-510 a.C) que romperam com o domínio ancestral dos aristocratas e puseram termo ao período arcaico, possibilitando a transição para a época clássica, como bem destaca Perry Anderson (2016, p. 37):

A pressão combinada do descontentamento rural, vindo de baixo, e das fortunas recentes, vindas de cima, forçou a quebra do círculo fechado do mando aristocrático sobre as cidades. O desfecho característico das sublevações políticas resultantes desse processo foi a emergência de tiranos transitórios na passagem do século VII para o século VI a.C. Normalmente os tiranos eram arrivistas sociais bastante competitivos e de riqueza considerável, cujo poder pessoal simbolizava o acesso do grupo social de onde provinham aos postos e honrarias da cidade. No entanto, sua

vitória geralmente só era possível graças ao modo como utilizavam as queixas radicais dos pobres, e seu feito mais duradouro foram as reformas econômicas de interesse das classes populares que eles tiveram de conceder ou tolerar para garantir seu poder.

Em sua origem, “tirania” não significava um governo necessariamente ruim, mas tão somente o governo de alguém que assumiu o poder por razões não hereditárias (RUSSELL, 2015). Nesse viés, Sólon foi um dos responsáveis pelo processo de democratização ateniense, instaurando uma aristocracia moderada na medida em que dividiu a população de Atenas em quatro classes de renda, dando às duas mais altas o direito às magistraturas superiores, à terceira a possibilidade de exercer funções administrativas inferiores, e à quarta o voto na Assembleia de cidadãos, a qual se tornou a partir de então uma instituição regular da *polis* (ANDERSON, 2016). Ademais, limitou os poderes do Areópago, convertendo este em uma instituição cujo acesso aos cargos, mesmo que exclusivamente destinados a aristocratas, se dava através de eleições, instituindo, também, um Conselho de 400 membros, estes sim, não necessariamente aristocratas, e com funções políticas. Foi em seu governo, também, que a Assembleia do Povo e o Tribunal do Povo ganharam influência, sendo acessíveis a qualquer cidadão (CAPELLA, 2002).

Segundo Manuel de Oliveira Pulquério (1961), ao descentralizar a administração da Justiça, Sólon cumpriu o desígnio de Hesíodo em torná-la uma práxis individual e coletiva. Mais do que isso, ao aliar os ideais de justiça e cidadania, Sólon atribuí à justiça uma dimensão política antes não experimentada, projetando a responsabilidade para com a *polis* para além da esfera do indivíduo (PULQUÉRIO, 1961).

Deste modo, a ideia de justiça em Sólon radica num vivo anseio de paz colectiva, incorporando na sua realidade uma nova dimensão espiritual: a dimensão política. É na polis que a justiça ganha o seu significado pleno, porque, segundo o poeta, ela constitui o fundamento sagrado da vida social. A divina personagem de Hesíodo, filha de Zeus, converte-se, no pensamento de Sólon, em princípio imanente, alma da polis. Esta presença moral no mais íntimo da sociedade exprime, em nossa opinião, o sentido criador da actividade política de

Sólon, que incentiva um processo de espiritualização da comunidade social. Da maneira mais enérgica e peremptória põe Sólon à consciência do cidadão (dir-se-ia que para Sólon a realidade do cidadão é superior à do homem, ser individual) o problema da sua responsabilidade neste processo evolutivo (PULQUÉRIO, 1961, p. 310-311).

As reformas promovidas por Sólon representaram uma grande virada paradigmática no que diz respeito ao exercício do poder político e da jurisdição. Por mais que a noção de cidadania em Grécia fosse limitada, não se estendendo às mulheres e escravos, e que as reformas de Sólon tivessem um cunho censitário, não alcançando todos os cidadãos, estas retiraram da nobreza o monopólio dos cargos políticos e das magistraturas. Sólon promoveu uma verdadeira descentralização do poder, implementando uma aristocracia moderada e um modelo de jurisdição compartilhada. A propriedade suplantou a linhagem enquanto critério de legitimação no poder, estendendo a participação política a uma gama maior de legitimados, fato que seria revertido novamente com o avanço das eras, em especialmente quando da ascensão dos monarcas absolutistas. Acima de tudo, as inovações propostas por Sólon estenderam o compromisso com a *polis* para além da esfera do indivíduo, atribuindo à justiça um senso de responsabilidade coletiva e uma dimensão política que viriam a ser negligenciados pela Modernidade.

Todavia, as reformas de Sólon não foram obstáculo para o domínio ocasional de novos tiranos, que buscaram o apoio das camadas populares para conter os excessos da aristocracia, fazendo uso de estratégias populistas – como a distribuição de terras e celebração de festas – como uma forma de compensar eventuais injustiças sofridas pela grande massa (CAPELLA, 2002). A experiência histórica demonstra que na realidade as tiranias tratar-se-iam de governos nos quais a lei cede espaço à arbitrariedade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas (ABBAGNANO, 2015). Assim, da passagem da monarquia para a aristocracia, seguiu-se uma alternância entre democracia e tirania na Grécia (RUSSELL, 2015).

Platão (2003, p. 268), severo crítico do regime democrático e simpatizante da aristocracia, já afirmava que a democracia proporcionava uma liberdade excessiva que cederia espaço às tiranias:

O tirano é, ao que dizes, um parricida, e um acrimonioso sustentáculo da velhice; e, segundo

parece, chegamos já àquilo que se concorda em chamar de tirania; conforme o provérbio³, o povo, ao tentar escapar ao fumo da escravatura de homens livres, há de cair no fogo do domínio dos escravos, revestindo, em vez daquela liberdade ampla e despropositada, a farda mais insuportável e mais amarga, a da escravatura de escravos.

Ao criar uma distinção entre formas puras de governo e formas impuras de governo, Aristóteles (2004) aponta que a tirania seria um desvio da realeza, consistindo na pior forma de governo, aquela que estaria mais distante da república. Em realidade, tratar-se-ia de uma mescla entre oligarquia e democracia, reunindo os vícios de ambos estes governos considerados impuros pelo filósofo⁴. O tirano, portanto, seria um demagogo que comumente atrai a confiança do povo com a promessa de realizar oposição aos poderosos, mas que, ao invés do bem comum, tem por finalidade senão realizar seus próprios prazeres e interesses. Para tanto, faria uso de uma máscara de virtudes e costumes a fim de aparentar ser um bom administrador e um governante que vela pela moderação e coíbe os excessos, quando em verdade tem como objetivos disseminar a desconfiança entre os cidadãos, a impossibilidade de ação e a vileza dos sentimentos inflamados.

Todavia, como Aristóteles (2004) bem frisa, trata-se de uma forma de governo que pode ser destituída diante da influência de Estados vizinhos que sigam um princípio contrário, razão pela qual a democracia é a inimiga natural da tirania. Tal fato, aliado a falta de união entre aqueles que avocam o poder para si, e ao sentimento de ódio e desprezo comumente nutridos contra estes governos, motivaram conspirações que culminaram numa constante sucessão de governantes (ARISTÓTELES, 2004).

Foram as reformas de Clístenes (501 a.C) que puseram termo ao governo dos tiranos e deram continuidade ao processo de democratização que havia sido inaugurado por Sólon. Clístenes não restaurou a aristocracia moderada de Sólon, mas firmou um pacto interclassista que objetivou um novo equilíbrio político entre as classes, dividindo a população em 10 tribos – cada qual com direito a cinquenta membros no

³ O provérbio era “ao fugir do fumo, foi cair no fogo” (ARISTÓTELES, 2003, p. 268).

⁴ Segundo Aristóteles (2003), os vícios da oligarquia consistiriam na riqueza e a desconfiança contra o povo, ao passo que o grande vício da democracia incorporado pelas tiranias consistiria na oposição incessante aos ricos.

Conselho dos 500 – e estendo à Assembleia de Cidadãos um poder político decisivo, passando os cidadãos a elegerem e removerem seus governantes através do voto, o qual deixou de ser um privilégio decorrente da renda do cidadão – embora a cidadania fosse limitada aos homens maiores de 18 anos e filhos de pai e mãe atenienses (CAPELLA, 2002).

O Conselho era composto por 500 cidadãos maiores de 30 anos e escolhidos por sorteio com base numa candidatura prévia, sendo renovado anualmente. A atividade dos conselheiros era remunerada e exigia dedicação exclusiva, auxiliando a Assembleia na elaboração dos projetos que lhe seriam submetidos, entre outras atribuições. A direção do Conselho era realizada pelos *prítanes*, sendo cada um dos 10 grupos (50 para cada tribo) que compunham o Conselho exercia a pritania por um décimo de ano. Tratava-se, portanto, de um órgão responsável por preparar e diluir as demandas que seriam submetidas à Assembleia, concentrando as funções públicas que exigiam dedicação exclusiva, visto que, embora renovado anualmente, os membros do Conselho eram remunerados – ainda que a remuneração não fosse suficiente para um cidadão de baixa renda se dedicar à atividade sem maiores contratempos (SOUZA, 2008).

Na época de Péricles (443 a.C) a Assembleia de Cidadãos já havia alçado ao status de órgão decisivo básico da polis. Em geral, os cargos públicos eram sorteados e tidos como delegações da Assembleia de Cidadãos, o que não permitia uma profissionalização da vida política (diferente do que acontece hodiernamente), de modo que todos os cidadãos deveriam atender aos seus interesses particulares e igualmente se dedicarem ao autogoverno da cidade-estado, do contrário, seriam malquistos pelos seus semelhantes (CAPELLA, 2002). A Assembleia de Cidadãos possuía atribuições legislativas, executivas e judiciárias, consistindo no órgão de maior autoridade da *polis* (SOUZA, 2008).

As magistraturas também partilhavam deste caráter democrático e participativo, sendo eleitas pela Assembleia de Cidadãos para um único mandato de um ano e possuindo caráter coletivo (CAPELLA, 2002). Eram diversas e quase sempre agrupadas em forma de colegiado (cerca de dez magistrados por categoria), sendo responsáveis por instruírem os processos e exercerem funções municipais. Os arcontes formavam o principal grupo de magistrados, sendo em número de nove e acompanhados de um secretário, dentre estes o arconte tesmótetas, que presidiam os tribunais e revisavam as leis (SOUZA, 2008).

De modo geral, o Conselho dos 500 propunha decisões públicas a serem debatidas e votadas pela Assembleia dos Cidadãos, ao passo que

os magistrados administravam a *polis* e os *estrategos* assumiam os postos militares e de policiamento, sendo que a composição de tais órgãos acabava definindo o grau de democracia ou de oligarquia de cada cidade-estado (ANDERSON, 2016).

Contudo, na prática, o regime de democracia direta adotado por Atenas acabou se diluindo no domínio informal de políticos profissionais provenientes de famílias ricas e tradicionais, sendo que o mesmo só foi possível devido ao excedente de produção proporcionado pelo modo de produção escravagista, situação deveras contraditória, na qual a liberdade de um terço da população era assegurada pela escravidão dos dois terços restantes (ANDERSON, 2016). Como bem salienta Perry Anderson (2016, p. 43) “a *polis* clássica se baseou na nova descoberta conceitual da liberdade, acarretada pela sistemática instituição da escravidão: agora o cidadão livre se erguia em completa liberação, contra um pano de fundo de trabalhadores escravizados”.

Embora somente possível em virtude de seu modo de produção escravagista e a uma visão restrita de cidadania, os atenienses possuíam uma perspectiva democrática e consciência de incompletude que ultrapassa em diversos aspectos o individualismo firmado pelo paradigma moderno. Esse viés coletivo-participativo que se sobrepôs a regimes unipessoais possibilitou, inclusive, a percepção a respeito da fragilidade moral da lei positiva, como bem enfatiza Juan Ramón Capella (2002, p. 56):

Atendo-nos, pois, ao âmbito dialógico da tomada de decisões sobre as leis, os atenienses superaram o que poderíamos chamar a tentação do tirano benévolo. Reconheceram que uma decisão unipessoal e limitada, inclusive de uma pessoa bondosa, implica a possibilidade de injustiças irremediáveis. E como não é possível limitar a uma pessoa mais que por outras, não colegiaram a tirania, senão que democratizaram o ditado da lei. Mas ao fazê-lo ficou claro que como legisladores eles mesmos podiam ser tanto justos como injustos. Perceberam a fragilidade moral da lei positiva.

Nesse sentido, não apenas o legislativo, mas o sistema judicial de Atenas também possuía um caráter eminentemente participativo, sendo composto por jurados escolhidos por sorteio entre os cidadãos, os quais eram remunerados, para que a jurisdição também fosse um múnus exercido por aqueles pertencentes às camadas sociais mais pobres

(ANDERSON, 2016). A *Heliiaia* era o tribunal popular responsável por julgar tanto causas públicas como privadas, sendo composto por um total de seis mil *heliastas*, cujo número de *dikastas* – denominação dada às pessoas que compunham os júris - que atuavam em um mesmo processo atingia algumas centenas, de modo que suas decisões, que se davam através de votações secretas, deveriam refletir a vontade da maioria (SOUZA, 2008).

O número total de *dikastas* por sessão de julgamento era sempre ímpar para evitar empates, e estas eram presididas por um magistrado que apenas presidia o julgamento, não interferindo no processo. O julgamento consistia numa dinâmica de retórica e persuasão, cabendo ao litigante convencer a maior parte dos jurados, sendo comumente auxiliado por escritores profissionais de discursos forenses conhecidos como logógrafos⁵ (SOUZA, 2008).

Como alternativa ao processo judicial ordinário, os gregos instituíram um sistema de arbitragem. A arbitragem privada era mais simples e organizada pelas partes interessadas fora do tribunal, vindo ambas a elegerem um terceiro de confiança que, sem emitir um julgamento, tinha como objetivo obter um acordo entre as partes, pautando-se pela equidade ao invés das leis codificadas, figura que hoje se assemelharia ao mediador. Por outro lado, a arbitragem pública tinha como função diluir a carga de trabalho dos *dikastas*, sendo o árbitro a ser designado pelo magistrado para que emitisse um julgamento nos estágios preliminares do processo, figura que se aproximaria mais da arbitragem hodierna (SOUZA, 2008).

Uma vez que direito e escrita estão relacionados, e que a escrita grega alcançou sua maturidade apenas no limiar dessa civilização – fato que se deve ao fato dos gregos preferirem falar a escrever – o direito grego foi, essencialmente, um direito retórico. Ademais, os gregos não se dedicavam a elaborar tratados com comentários sobre o direito, concentrando seus esforços na criação de leis e na resolução de conflitos, fato que indica a preocupação precípua dos gregos com a parte processual do direito, ficando seu elemento substantivo em segundo plano. Não obstante, diferente da filosofia, da história e das artes, muito do direito grego se perdeu, não havendo compilações, cópias ou comentários às leis gregas, somente algumas citações (SOUZA, 2008).

⁵ Os logógrafos mais famosos foram denominados como os “dez oradores áticos”, são eles: Antífonas (440-380 a.C), Lísius (450-380 a.C), Isaues (420-353 a.C), Isócrates (436-338 a.C), Demóstenes (384-323 a.C), Ésquino (390-330 a.C), Licurgo (a.C), Hipérides (389-322 a.C) e Dinarco (360 a.C) (SOUZA, 2008).

É possível afirmar que, com exceção de sua preocupação com o formalismo processual, as instituições jurídicas da civilização grega pouco contribuíram para a formação do paradigma jurídico moderno. Isso não importa em dizer que eram ultrapassadas e antiquadas, mas que atendiam a um modelo de democracia eminentemente participativo e a um senso de responsabilidade coletiva que seria diluído pela Modernidade num aparato representativo inspirado em ideais individualistas.

A influência de Grécia na formação do pensamento jurídico moderno advém, sobretudo, de outras áreas do saber que não a jurídica, e, em especial, do ideal de racionalidade proposto por muitos de seus principais filósofos, sobretudo de sua perspectiva humanista individualista e de seu intento de geometrização do mundo e da vida.

Através da contemplação da natureza, os primeiros filósofos se preocuparam com o estudo do cosmos, buscando identificar leis universais, absolutas e intransponíveis, que favoreceriam o desenvolvimento de uma racionalidade ordenadora capaz de explicar o mundo físico sob uma perspectiva lógica. No Entanto, filósofos jônicos como Anaximandro (610-547 a.C), Pitágoras (570-495 a.C), e Heráclito (535-475 a.C), se dedicaram a realizar analogias entre o mundo material e o moral, propondo explicações de leis sociais a partir de leis naturais, como se as primeiras fossem um reflexo das segundas, buscando na harmonia do cosmos o princípio ordenador da justiça, e ressaltando o valor do indivíduo enquanto uma unidade pertencente ao cosmos, cujo comportamento seria passível de explicações matemáticas – uma vez que o número, além de compor o universo físico, também estaria gravado na alma dos homens (BRANDÃO, 2003).

Por meio de seus pensadores naturalistas, a escola jônica reconheceu no indivíduo uma parcela deste cosmos dotado de verdades universais e incontestáveis, atribuindo a este mesmo indivíduo – enquanto unidade pertencente ao cosmos – o encargo de interpretar suas leis e replicá-las. Essa compreensão acerca do homem e de seu papel no cosmos deu margem à formação de um pensamento individualista e racionalista que, mais adiante, serviria de alicerce para o paradigma moderno.

A resolução e a independência destas críticas à concepção do mundo dominante são perfeitamente paralelas à ousadia dos poetas jônicos em proclamarem livremente os seus sentimentos e as suas ideias sobre a vida humana e o seu ambiente. São frutos do desenvolvimento crescente da

individualidade. O pensamento racional atua como material explosivo já neste primeiro estágio. Só é verdade o que “eu” posso explicar por razões concludentes, aquilo que o “meu” pensamento consegue justificar perante si próprio [...] No entanto, realiza-se com o aparecimento do *eu* racional a superação do individualismo mais rica de consequências: surge o conceito de verdade, o novo conceito de uma validade universal no fluir dos fenômenos, perante a qual se tem de curvar todo arbitrário (JAEGER, 1994, p. 195-196).

Igualmente, a identificação no cosmos de um princípio de justiça a ser replicado na *polis*, junto à busca por leis universais que explicassem a natureza da *physis*, repercutiriam no campo social através do desenvolvimento de uma perspectiva jurídica de caráter abstrato, pautada por um ideal de legalidade firmado sob o império da razão, suplantando antigas convicções, agora consideradas irracionais, e legitimando novas autoridades.

A *polis* converte-se em um cosmos legal, e o império da lei firma uma nova razão abstrata que vincularia toda ação política e individual, condenando a arbitrariedade e fixando uma moral normativa. Nas palavras de Werner Jaeger (1994, p. 142):

O homem forja-se com a lei uma corrente nova e apertada que mantém unidas as forças e os impulsos divergentes, e os centraliza como a antiga ordem social jamais teria podido fazer. O Estado expressa-se objetivamente na lei, a lei converte-se em rei, como os Gregos disseram posteriormente, e este senhor invisível não só se subjuga os transgressores do direito e impede as usurpações dos mais fortes, como introduz as suas normas em todos os capítulos da vida anteriormente reservados ao arbítrio de cada um. Até nos assuntos mais íntimos da vida privada e da conduta moral dos cidadãos traça limites e caminhos. Deste modo, o desenvolvimento do Estado leva, através da luta pela lei, à criação de normas de vida novas e diferenciadas.

Foi Atenas quem acolheu os filósofos jônicos após a invasão de Mileto pelo Império Persa. Os filósofos atenienses fizeram uso da

cosmologia e do naturalismo provenientes da escola jônica como alegorias para explicar o homem e a vida política, sendo que seus grandes expoentes buscaram sistematizar o conhecimento racional (BRANDÃO, 2003).

Contudo, a projeção política e econômica de Atenas atraiu a atenção dos sofistas, que migraram de diversas cidades para a grande *polis* grega. Os sofistas não formavam uma escola filosófica distinta, eram intelectuais especializados no domínio da retórica e da cultura, dotados de uma perspectiva muito mais pragmática que os naturalistas, e cujos esforços se concentravam na perspectiva do ser humano (ABBAGNANO, 2015). Ganhavam a vida ensinando aos jovens os conhecimentos que julgavam ser úteis para a vida prática, em especial a retórica, arte que era crucial num período em que as partes componentes dos processos judiciais não eram representadas por advogados e dependiam exclusivamente de seus talentos oratórios para triunfar (RUSSELL, 2015).

É interessante a observação realizada por Bertrand Russell (2015) acerca da crítica de Platão ao modo de vida dos sofistas. Platão criticava os sofistas por cobrarem de seus alunos por sua instrução. Porém, Platão era descendente de uma antiga linhagem ateniense e possuía recursos privados suficientes para suprir suas necessidades, fato que talvez tenha lhe impossibilitado de compreender as necessidades daqueles que não gozavam da mesma sorte. Ademais, o autor supracitado ressalta ser estranho observar professores modernos reproduzindo as mesmas críticas feitas por Platão aos sofistas, quando tais docentes não recusam seus próprios salários.

Do ponto de vista epistemológico, a grande contribuição dos sofistas foi a crítica realizada à filosofia naturalista, que observava na ordem social um reflexo da ordem natural. Os sofistas promoveram uma relativização do conhecimento na medida em que não identificavam as leis sociais como um substrato do cosmos, das leis naturais, mas compreendiam estas enquanto um produto das convenções humanas e sociais, razão pela qual não eram imutáveis ou universalmente válidas (BRANDÃO, 2003).

Através dos sofistas, o *locus* de enunciação do discurso racional migra do cosmos para a perspectiva do indivíduo. As leis deixam de ser interpretadas apenas como o produto de uma racionalidade abstrata que encontra seu fundamento nas leis naturais e passam a serem dotadas de uma carga de subjetividade decorrente da perspectiva de seus interpretes. O indivíduo, enquanto unidade pertencente ao cosmos, passa a auto impor-se diante do todo. O individualismo humanista e racional alcança

novos patamares que se estendem à compreensão do direito. Em suma, conforme Werner Jaeger (1994, p. 347) frisa, “os sofistas são, com efeito, as individualidades mais representativas de uma época que na sua totalidade tende para o individualismo”.

Dentre os principais preceptores desta perspectiva pragmática, destaca-se Protágoras, segundo o qual, “o homem é a medida de todas as coisas”. Essa famosa frase condensa toda a perspectiva individualista promovida pela sofística, a qual transferiu do cosmos para o indivíduo a responsabilidade por interpretar e preencher o sentido das leis sociais. Mais do que isso, Bertrand Russell (2015, p. 110) destaca que “tal declaração é interpretada como se afirmasse que cada homem é a medida de todas as coisas e que, quando os homens diferem, não há verdade objetiva que determine quem está certo e quem está errado”. É, portanto, uma doutrina cética que não admite juízos verdadeiros, senão, opiniões que podem ser umas melhores que as outras conforme o caso concreto.

Foi justamente este o ponto da educação sofística que foi atacado severamente por Platão e Aristóteles. Na medida em que os sofistas concentravam seus esforços em opiniões a respeito da moral e do Estado, estavam sujeitos a incidir em juízos parciais, afastando-se da verdade por si mesma (JAEGER, 1994). Ao vislumbrar o homem como a medida de todas as coisas, os sofistas sujeitaram a *polis* a uma carga valorativa moral e imparcial, a um individualismo capaz de comprometer os fundamentos da vida política através da exaltação do indivíduo frente ao todo, cuja vontade e pureza estariam representadas pela lei.

Em outras palavras, além de afrontar a racionalidade oriunda das leis naturais, o individualismo consubstanciado na perspectiva do homem como a medida de todas as coisas também representaria um risco à legalidade, uma vez que sua falta de compromisso com a busca da verdade sujeitaria a *polis* a juízos arbitrários.

Platão vai além em sua crítica à racionalidade individual humanista promovida pelos sofistas. Segundo o filósofo, nenhum conhecimento pode advir dos sentidos, uma vez que estes não podem compreender por si sós a dimensão e profundidade das coisas. Tanto os gregos como os romanos compartilhavam de um paradigma dotado de um caráter antimaterialista o qual condicionou tais civilizações em diversas áreas, inclusive a jurídica. Sob este viés, “escapava ao pensamento antigo a possibilidade de reconhecer o mundo sensível como território da razão, a ser dominado e controlado por meio da verificação experimental, sem deixar que se perdesse na transcendência da metafísica” (SCHIAVONE, 2005, p. 219).

Portanto, para os povos clássicos o conhecimento real seria aquele proveniente de conceitos, o qual decorre da reflexão, e não das impressões, razão pela qual a lógica e a matemática seriam um tipo formal de conhecimento, pois seu significado não depende de um contexto, mas apenas da compreensão dos símbolos que os representam (RUSSELL, 2015).

Para Platão, as matemáticas seriam um saber do qual os demais saberes recorrem em maior ou menor grau, servindo de ponte entre o mundo sensível e o conceitual, responsáveis por despertar o pensamento do homem. A matemática teria um papel fundamental inclusive na instrução de governantes, tratando-se de um saber que facilitaria a compreensão dos demais campos da ciência (JAEGER, 1994).

Sob a perspectiva de Platão, a matemática seria uma ciência proveniente da razão e da lei natural, capaz de interpretar todas as coisas que existentes, uma espécie de chave-mestra para a ordenação do conhecimento e da verdade, um saber acima dos demais saberes. Tal perspectiva pode ser observada no seguinte diálogo de “A República” (527a – e):

– É fácil concordar – respondeu ele –, uma vez que a geometria é o conhecimento do que existe sempre.

– Portanto, meu caro, serviria para atrair a alma para a verdade e produzir o pensamento filosófico, que leva a começar a voltar o espírito para as alturas e não para baixo, como agora fazemos, sem dever.

– É muito capaz de o fazer.

– Portanto, prescreveremos afincadamente aos habitantes do nosso belo Estado que não deixem, de modo algum, a geometria. Além disso, os seus efeitos acessórios não são pequenos.

– Quais, perguntou ele.

– Aqueles que tu disseste: os que dizem respeito à guerra, e, em especial, todas as ciências, de modo que se apreendem melhor. De qualquer modo, sabemos que aquele que estudou geometria difere totalmente de quem não estudou (PLATÃO, 2003, p. 224).

Bertrand Russell (2015, p. 205) observa que “Platão, sob a influência dos pitagóricos, aproximou em demasia os outros

conhecimentos da matemática”. Tal erro seria partilhado por outros teóricos, de modo que, este campo da ciência que a princípio deveria servir como uma matriz para a compreensão de outros saberes, tornou a dominar o paradigma moderno no que se refere a proposta da formulação de conhecimentos ordenados por um primado de racionalidade abstrata que encontra na simplicidade, formalidade, e pureza dos números, seu padrão mais perfeito.

Essa “matematização” do mundo da vida alcançou os filósofos racionalistas do Século XVII e repercutiria na área jurídica através de propostas que recomendariam um afastamento da realidade social e da análise dos casos concretos por conta da extrema complexidade das mesmas, visto que ser impossível sistematizá-las e subordiná-las a regras gerais (SILVA, 2006).

A casuística; que, como se verá mais adiante, foi amplamente implementada pelos juristas romanos; viria a ceder espaço para a aplicação de regras gerais compiladas em codificações pertinentes às diversas áreas do saber jurídico. Essa racionalidade abstrata quando aplicada ao contexto jurídico deu margem à propagação de um ideal de legalidade dotado de contornos geométricos; pois busca encaixar cada situação concreta num conjunto de conceitos e regras previamente definidos e ordenados, reduzindo a complexidade dos casos concretos à simplicidade dos códigos.

Isso não se trata de uma crítica à legalidade enquanto princípio fundamental de justiça que veda decisões arbitrárias, mas sim de uma crítica ao racionalismo abstrato que se apropriou do discurso jurídico e ignorou a existência de relações jurídicas complexas, e cuja aplicação de dinâmicas simples de subsunção da lei ao caso concreto não atende a complexidade das demandas, muito menos tende a resolvê-las de modo efetivo.

Realizado este parêntese, importa frisar uma das principais abstrações criadas pelos filósofos clássicos, qual seja, a separação entre *physis* e *logos*, entre o mundo físico e o mundo das ideias. Em outro dos diálogos presentes em “A República”, Platão (517a – e) explana de forma metafórica a distinção entre esses dois planos de realidade através do famoso Mito da Caverna:

- Meu caro Glauco, este quadro – continuei – deve agora aplicar-se a tudo quanto dissemos anteriormente, comparando o mundo visível através dos olhos à caverna da prisão, e a luz da fogueira que lá existia à força do Sol. Quanto à

subida ao mundo superior e à visão do que lá se encontra, se a tomares como a ascensão da alma ao mundo inteligível, não iludirás a minha expectativa, já que é teu desejo conhecê-la. O Deus sabe se ela é verdadeira. Pois, segundo entendo, no limite do cognoscível é que se avista, a custo, a ideia do Bem; e, uma vez avistada, compreende-se que ela é para todos a causa de quanto há de justo e belo; que, no mundo visível, foi ela que criou a luz, da qual é senhora; e que, no mundo inteligível, é ela a senhora da verdade e da inteligência, e que é preciso vê-la para se ser sensato na vida particular e pública (PLATÃO, 2003, p. 212-213).

Platão utiliza a metáfora da caverna e de suas sombras para representar o mundo em que vivemos e as coisas que percebemos através dos sentidos. Por sua vez, o mundo exterior à caverna e a luz que emana deste representariam o mundo das ideias e a verdade, a qual somente pode ser alcançada neste plano, o qual o filósofo considera como a verdadeira realidade, cabendo à filosofia a tarefa de realizar a ponte entre os dois mundos: *physis* e *logos*.

Ao separar o mundo sensível do mundo das ideias e atribuir de maior carga valorativa o último, Platão legou ao pensamento ocidental moderno uma perspectiva que resultaria na elevação de determinados conhecimentos – como a matemática, a física, a química, e a biologia – acima de outros saberes que foram colocados em segundo plano ou até mesmos ignorados – como a religião, os costumes e as crenças populares. Tal distinção em muito decorre da verificabilidade ou não destes saberes, cujo primeiro grupo é passível de verificação e experimentação, ao passo que o segundo se limita às experiências sensoriais do ser humano, não gozando do mesmo status de racionalidade do primeiro.

Michel Foucault (2002) afirma que o logocentrismo que caracterizou a filosofia ocidental remonta antes a Platão do que a Descartes. Trata-se de uma perspectiva que fomentou um paradigma que tem como uma de suas preocupações centrais dissociar aquilo que é racional, imparcial, e puro, daquilo que foge à razão, que é parcial e impuro, pois sua única fundamentação provém do que é perceptível aos sentidos, de saberes que estão isentos da luz emanada pela razão proveniente do mundo dos conceitos e das ideias. Perspectiva esta que resultou num viés tecnocrático que influenciou severamente a experiência jurídica, esvaindo a legalidade dos costumes e reduzindo um pluralismo de fontes ao monismo estatal, a partir do qual somente seria dotado de

validade aquilo que é proveniente da legalidade fixada pela racionalidade abstrata do Estado.

Nesse sentido, Friedrich Wilhelm Nietzsche (2001, p. 97-98), ferrenho crítico de Platão, acusa o pensamento do filósofo grego de ser imbuído de um moralismo e idealismo que seriam legados ao cristianismo, revelando sua preferência por um dos pais da ciência histórica, Tucídides, o qual não negou a realidade de seu tempo nem buscou refúgio no mundo das ideias:

Minha desconfiança em relação a Platão robusteceu-se cada vez mais. Parece-me que ele se desviou de todos os instintos fundamentais dos gregos; encontro-o tão impregnado de moral, tão cristão antes do cristianismo já apresentou a idéia do bem como idéia superior que me sinto tentado a empregar, antes de qualquer outro qualificativo que abranja todo o fenômeno o seguinte epíteto: Platão, ou a mais elevada farsa, ou melhor ainda: Platão, ou o idealismo [...] Na grande fatalidade do cristianismo, Platão representa essa fascinação do duplo sentido chamada ideal, que enganou os tipos elevados da antigüidade e os fez atravessar a ponte que conduz à cruz. Quantos vestígios de Platão existem na formação, no sistema e nas práticas da Igreja! Meu descanso, minha preferência, foi sempre Tucídides. Tucídides e talvez O Príncipe de Maquiavel estão estreitamente ligados a mim por sua vontade incondicional de não enganarem a si mesmos, e ver a razão na realidade e não na razão, e muito menos na moral. [...] A cultura dos solistas, isto é, a cultura dos realistas, alcança nele a expressão mais acabada e representa um movimento inapreciável em meio à charlatanice moral e ideal da escola socrática, que se desencadeou então por todas as partes. A filosofia grega é a decadência do instinto grego. Tucídides é a grande soma, a última revelação desse espírito das realidades, forte, severo e duro que os antigos helenos possuíam em seu instinto. A coragem diante da realidade é o que distingue Tucídides de Platão. Platão é covarde diante da realidade e por isso se refugia no ideal; Tucídides é senhor de si e portanto senhor das coisas.

Por outro lado, Aristóteles partiu de uma premissa mais próxima do senso comum, porém, não afetou o paradigma moderno tão incisivamente quanto Platão, ao menos no que diz respeito à formulação de um ideário dotado de uma racionalidade abstrata com contornos geométricos, simplificadores dos padrões de validade do mundo da vida, e alheios à realidade social. Nas palavras de Bertrand Russell (2015, p. 210): “da metafísica de Aristóteles pode-se dizer, grosso modo, que é Platão diluído em senso comum”.

No entanto, algumas de suas lições lograram êxito no paradigma moderno, como a distinção metafísica entre matéria e forma, a qual foi fortemente absorvida pelo discurso jurídico.

É em virtude da forma que a matéria é uma coisa definida, sendo a matéria, portanto, a substância que compõe alguma coisa, ao passo que a forma é o que desenha seus contornos e lhe atribui determinada definição. A alma seria o que daria forma ao ser humano, sendo instruída por dois princípios: um racional e outro privado de razão. Por sua vez, o aspecto racional da alma seria dotado de duas partes: uma destinada a contemplar as coisas cujas causas são invariáveis, e outra destinada à compreensão daquilo que é passível de variação, sendo que a função de ambas as partes intelectuais da alma seria a busca pela verdade (ARISTÓTELES, 2005).

No discurso jurídico moderno, a matéria consistiria no conteúdo do direito, ao passo que a forma apontaria para as suas condições de exercício. A princípio, tais perspectivas caminhariam juntas e seriam condicionantes uma da outra. Porém, é possível observar no paradigma jurídico moderno uma propensão ao formalismo, deixando em segundo plano a preocupação com o substrato material do direito e privilegiando sua perspectiva formal, o que resultaria numa dogmática processual abstrata que não corresponde à complexidade da substância jurídica a qual pretende dar forma.

Seriam cinco as virtudes a partir das quais a alma alcançaria a verdade: a arte, o conhecimento científico, a sabedoria prática, a sabedoria filosófica, e a razão intuitiva. Apesar de ambos constituírem virtudes que compõem parte da alma que dá forma ao ser humano e lhe direciona em busca da verdade, sabedoria e o conhecimento científico possuem premissas distintas, em que pese estejam articulados. O conhecimento científico faz uso de uma lógica analítica e se dedica a demonstrar e compreender as coisas universais e necessárias. Já a sabedoria seria uma forma de conhecimento mais perfeita, sendo formada por duas perspectivas diferentes: sabedoria prática e sabedoria filosófica. A sabedoria prática diz respeito à ação e se dedica aos fatos particulares e imediatos, consistindo na capacidade de deliberar sobre aquilo que é

bom e conveniente para o homem, sendo a inteligência e o bom discernimento decorrente da capacidade de julgar as coisas a que se destina a sabedoria prática. Por outro lado, a sabedoria filosófica seria superior à sabedoria prática, consistindo no conhecimento científico combinado com a razão intuitiva, responsável por produzir a felicidade e compreender as coisas que seriam mais elevadas por natureza (ARISTÓTELES, 2005).

Ao passo que o conhecimento filosófico se aproxima do saber filosófico, não é possível dizer o mesmo quanto ao saber prático, o qual seria oriundo da simples percepção sensorial acerca de fatos particulares.

Evidentemente, a sabedoria prática não se identifica com o conhecimento científico, pois ela se relaciona, como dissemos, com o fato particular imediato, já que a ação a ser praticada é dessa natureza. Ela é diferente da razão intuitiva, pois esta apreende as premissas ou definições das quais não se pode dar a razão, enquanto a sabedoria prática se relaciona com o fato particular imediato, que é objeto não de conhecimento científico mas de percepção, e não da percepção de qualidades concernentes a um determinado sentido, mas da percepção semelhante àquela pela qual sabemos que a figura particular que temos à nossa frente é um triângulo, pois tanto nessa direção como na da premissa maior há um limite (ARISTÓTELES, 2005, p. 137).

A supremacia do saber filosófico e científico acima do prático; este último decorrente da experiência, do juízo, e das sensações humanas; foi absorvida pelo paradigma moderno, que se dedicaria à compreensão de ditas questões de natureza elevada, colocando premissas particulares sob o jugo de leis universais e abstratas. Tal perspectiva foi reproduzida pelo discurso jurídico moderno, sobretudo a partir das codificações e do desenvolvimento de um “paleopositivismo”, sujeitando o saber e deliberação práticos ao império de um saber filosófico quantificado num conjunto de regras e princípios afastados da imediaticidade e das particularidades do mundo da vida, e cujo juízo compete a representantes oficiais legitimados por essa mesma lógica analítica relativamente alheia à riqueza e complexidade da vida terrena.

Em que pese a florescência do saber filosófico durante o período clássico da civilização Grega, a expansão territorial promovida durante o

período helenístico abrandou o velho espírito cívico das cidades antigas. O medo tomou o lugar da esperança, e preocupação em escapar dos infortúnios da vida ocupou um espaço antes dedicado à filosofia (RUSSELL, 2015).

O expansionismo ateniense encontrou dificuldades por conta da existência de contradições em sua própria estrutura e também em razão da resistência de cidades que possuíam um caráter mais oligárquico que se opunha ao regime democrático de Atenas. Lideradas por Esparta, tais oligarquias puseram termo a expansão externa de Atenas com a Guerra do Peloponeso, a qual combinou o ataque de seus adversários com a revolta interna de seus súditos, o que, concomitantemente, também anulou as chances das cidades-estado criarem um Estado imperial unificado desde seu centro (ANDERSON, 2016).

O Império Macedônio não esteve sujeito aos mesmos impasses das cidades-estado gregas. Sua base territorial e política, junto às relações sociais preservadas da Grécia pós-micênica, permitiram uma aliança com a civilização grega que, somado a habilidade dos comandantes e soldados macedônios, possibilitou uma expansão internacional integrada que se estenderia Ásia adentro (ANDERSON, 2016).

Todavia, por serem muito diferentes, as tradições econômicas e sociais do Oriente resistiram aos padrões da cultura grega, o que também impediu que o modo de produção escravista; que possibilitava as formações sociais gregas; se espalhasse pelo território oriental (ANDERSON, 2016).

Os Estados helênicos possuíam um caráter híbrido. Era um misto de tradições helênicas e asiáticas no qual o legado dessas últimas mostrou-se predominante. Estes compostos de formas gregas e asiáticas foram responsáveis por estender a civilização urbana da Antiguidade na mesma medida em que diluíram sua substância, e, por este mesmo motivo, foram incapazes que superar seus marcos civilizatórios originais, dando margem para que o Império Romano avançasse contra tais impérios e consolidasse o seu domínio já em meados do Século II a.C. (ANDERSON, 2016).

2.3 O LEGADO JURÍDICO ROMANO

Os relatos tradicionais a respeito das origens de Roma tendem a confundir elementos históricos com aspectos míticos que envolvem sua fundação e que a ciência moderna ainda se ocupa em confirmar (PIETRO; ELLI, 2010).

Um dos registros mais antigos e detalhados sobre as origens da civilização romana é o realizado pelo historiador romano Tito Lívio, nascido em Pádua no ano de 59 a.C e falecido no ano 12 d.C., tendo redigido sua celebre obra *Ab Urb Condita Libri* (Desde a Fundação da Cidade) entre os anos 27 e 25 a.C. (LÍVIO, 2008). Ao narrar a origem de Roma, Tito Lívio (2008) admite que esta seja ornada de elementos poéticos e não se baseia em fontes fidedignas, sendo uma quimera de ações humanas e divinas que visam resplandecer as origens da cidade e permitir que seu povo a venere. Trata-se de uma tradição preservada e repassada pelo historiador, a fim de enaltecer a grandiosidade e nobreza da cidade, que, sob seu viés, vivenciava uma crise moral.

Tito Lívio (2008) vincula as origens de Roma ao término da Guerra de Troia. Segundo o historiador, assim como Antenor, Enéias foi poupado pelos gregos por ter sido sempre favorável à restituição de Helena a seu marido, sendo-lhe aplicada a pena de banimento ao invés dos maus tratos a que se sujeitaram os seus semelhantes. Entre suas migrações, Enéias foi levado à Sicília, e de lá partiu para o território laurentino, onde fundou uma comunidade também denominada como Troia. Latino; o rei dos nativos que habitavam a região; resistiu à invasão dos troianos, mas acabou por se aliar a Enéias e reforçou esta aliança através dos laços do parentesco, tendo oferecido a mão de sua filha, Lavínia, em casamento.

Troianos e nativos tornaram a fundar uma nova cidade, a qual Enéias deu o nome de Lavino. Porém, a expansão de Lavino levou a um novo confronto com os etruscos, que viam com maus olhos a nova cidade, o que levou à queda de Enéias. Seu filho Ascânio deixou para Lavínia a cidade de Lavino e tratou de fundar uma colônia ao pé do monte Albano, a qual foi nomeada como Alba Longa. Sílvio, filho de Ascânio, deu origem a dinastia Sílvia, tendo seu neto, Latino Sílvio, fundado outras muitas colônias (LÍVIO, 2008).

A dinastia Sílvia prosperou, até que Amúlio, filho de Proca, expulsa seu irmão e legítimo herdeiro, Numitor, e assassina seus filhos homens, tendo preservado apenas sua sobrinha, Réia Sílvia, a qual foi designada a servir aos deuses, sendo-lhe proibida a maternidade. No entanto, Réia Sílvia deu luz a gêmeos, tendo alegado que o deus Marte seria o responsável por esta maternidade improvável (provavelmente decorrente de uma violência). Ciente do ocorrido, Amúlio aprisionou a sobrinha e ordenou que os filhos desta fossem lançados nas correntezas do rio Tibre (LÍVIO, 2008).

Por obra do destino, os gêmeos sobreviveram as correntezas do rio Tibre e foram acolhidos por uma loba até serem encontrados e criados por um casal de pastores, Faústulo e Larência. Os irmãos, Rômulo e Remo,

criaram com vigor e se envolveram em diversas aventuras, até que Remo foi capturado e entregue a Numitor sob as acusações de ter pilhado seus campos. Após se impressionar com o caráter pouco servil do jovem, Numitor investigou suas origens e identificou nele e em seu irmão os netos que haviam sido abandonados ao acaso. Com o apoio do avô e de outros pastores, Rômulo e Remo assassinaram Amúlio, restabelecendo o reinado de Numitor em Alba (LÍVIO, 2008).

Com a derrota de Amúlio e suas origens nobres reveladas pelo avô, Rômulo e Remo trataram de fundar uma cidade na localidade onde antes haviam sido abandonados. Mas, como eram gêmeos e o direito da idade não lhes era aplicável, os irmãos passaram a ser rivais no que se refere ao domínio da nova cidade, fato que culminou na morte de Remo e na fundação de Roma, nome dado em homenagem ao gêmeo remanescente, Rômulo (LÍVIO, 2008).

A tradição mais difundida é que Remo, para zombar de Rômulo, teria transposto com um salto as novas muralhas; por isso teria sido morto pelo irmão enfurecido que, ameaçador, ainda acrescentou: “assim morrerá de agora em diante qualquer outro que ultrapassar minhas muralhas”. Dessa maneira, Rômulo sozinho se apoderou do poder; a cidade fundada foi chamada a partir do nome do fundador (LÍVIO, 2008).

Seguido a fundação de Roma, vários foram os feitos de Rômulo narrados por Tito Lívio, o que inclui a criação de um Senado (chamados de *patres* e cujos filhos eram chamados de patrícios), o episódio conhecido como “o rapto das sabinas”, a guerra que lhe seguiu, e o tratado de paz que resultou na incorporação do território dos sabinos por Roma. Quando de seu desaparecimento misterioso após numa tempestade ocorrida durante uma assembleia nos campos, Rômulo foi divinizado, como se tivesse ascendido aos céus; embora existissem relatos pouco populares que em realidade este havia sido assassinado por senadores que lhe eram desafetos (LÍVIO, 2008).

Após o período de comoção social que seguiu ao desaparecimento do rei, os senadores dividiram o poder entre si. Porém, diante das críticas da plebe, os senadores buscaram confiar ao povo a escolha do novo rei, mediante a sanção do Senado, confiança esta que, segundo Tito Lívio (2008), inspirou a plebe a se igualar aos senadores e a legarem a estes a escolha do novo rei, sendo escolhido Numa Pompílio, que buscou aplacar

o ímpeto belicoso do povo romano, reestruturando a cidade com base nas leis e nos costumes.

Embora ainda seja deveras nebulosa a verdade por trás dos mitos narrados por Tito Lívio, Alexandre Grandazzi (2010) ressalta que estes tiveram um papel crucial na expansão da cidade, servindo como um instrumento ideológico capaz de identificar a história de um povo com um suposto destino providencial, circunstância que tornaria a se repetir quando da passagem da Monarquia para a República no episódio da defesa da honra de Lucrecia. Ademais, o processo de historicização dos mitos romanos revela sua vocação realística, de modo que o legado mitológico romano constitui uma criação religiosa capaz de explicar fenômenos tanto religiosos, como sociais e jurídicos da civilização romana (SICILIANI, 2014).

Não obstante os relatos míticos a respeito das origens de Roma, Ricardo D. Rabinovich Berkman (2001) alega ser mais apropriado se falar em uma “cronologia” da Roma antiga em vez de uma “história”. Segundo o autor supracitado, tal entendimento se justificaria uma vez que a história do direito goza de tamanha autonomia científica e metodológica que seria incompatível reduzi-la a parte introdutória ou complementar de um trabalho científico. Perspectiva esta que a presente tese de doutoramento compartilha, visto que o que se seguirá em suma trata-se de uma breve análise das instituições que contribuíram para o desenvolvimento da cultura jurídica romana e que serviriam de base para todo o arcabouço jurídico moderno.

Cronologicamente, a historiografia jurídica de Roma comporta quatro períodos assim delimitados: 1) Monarquia: de suas origens míticas até a transposição para a República em 510 a.C.; 2) República: do ano 510 a.C. até 27 a.C., com ascensão de Otaviano – futuro Augusto – ao cargo de *princeps*; 3) Principado: de 27 a.C. até 285 d.C., com o início do domínio de Diocleciano; 4) Dominato: de 285 a.C. até 585 d.C., data que marca a morte de Justiniano (VÉRAS NETO, 2008).

Todavia, é importante destacar que não se tratam de períodos nítida e drasticamente separados, uma vez que as características que marcaram cada um deles se prolongaram no seguinte. O que lhes diferencia de forma mais aguda seriam os diferentes elementos culturais – aqui inclusos os de natureza política e jurídica – que predominaram em cada um destes períodos (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

Roma foi governada por sete monarcas⁶ ao longo de dois séculos e meio, e aos poucos se tornou uma cidade maior e mais capaz de se proteger de ameaças estrangeiras (CRETELLA JÚNIOR, 2007).

Muito se deve ao sucesso de sua estratégia expansionista, a qual nem os gregos nem nenhuma outra Sociedade contemporânea a Roma havia adotado antes: incorporar estrangeiros no corpo de cidadãos ou cooperar com outros povos para a defesa mútua. Diferente da Grécia, onde a cidadania não era expansível a quem não era local; salvo alguns estrangeiros ricos que eram homenageados com o título de cidadão; Roma, em que pese possuir uma visão limitada de cidadania, tratou de aumentar o número de cidadãos para fortalecer o Estado, oferecendo até mesmo aos escravos uma chance de mobilidade social (MARTIN, 2015).

Os escravos podiam comprar sua liberdade ou a recebiam como um presente no testamento de seu proprietário. A partir do momento em que conquistavam sua liberdade, os escravos eram considerados libertos e passavam a ter direitos civis plenos, em que pese não poderem assumir cargos públicos ou servir no exército, limitação esta que não se estendia aos seus filhos, que se tornavam cidadãos com direitos integrais (MARTIN, 2015).

A monarquia romana tem como origem unidades políticas pré-estatais com fortes laços de solidariedade social. Tais agrupamentos eram conhecidos como *gens*, já sendo possível identificar nestes alguns dos elementos que iriam compor o Estado moderno: território próprio; órgãos de governo – a assembleia e o *paterfamilias* (chefe da tribo); e normas de conduta – o *mores maiorum* (DI PIETRO; ELLI, 2010). Por *mores* compreendem-se os costumes, comportamentos que deviam ser observados para ser considerado um bom cidadão e evitar a repreensão do censor. Os *mores maiorum* dizem respeito aos costumes dos antepassados, os quais tiveram grande repercussão jurídica e social entre os romanos, compondo as únicas fontes de direito privado à época da fundação da cidade (TORRES, 2007).

Estudiosos divergem a respeito das tribos gentílicas no que tange à sua concepção. A interpretação tradicional indica que estas seriam unidades políticas de base étnico-cultural que deram origem a Roma – Latinos, Sabinos, e Etruscos – sendo, portanto, anteriores à formação da cidade. Outros teóricos afirmam que estas seriam uma subdivisão artificialmente criada após a fundação da cidade (DI PIETRO; ELLI, 2010).

⁶ Rômulo; Numa Pompílio; Tulo Hostílio; Anco Márcio; Tarquínio, o antigo; Sérvio Túlio; e Tarquínio, o Soberbo.

Os romanos adotaram dos etruscos a forma monárquica de governo, bem como a divisão da cidadania em grupos com funções político-militares – as “cúrias”, palavra proveniente de *co-viria*, grupo de homens – assim como o grupo homens de idade mais elevada responsável por assessorar o rei – o “senado”, palavra proveniente de *senex*, ancião – cujos membros seriam chamados de *patres* e seus descendentes dariam origem a um segmento aristocrático conhecido como “patrícios” (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

Em relação ao Rei, ou *Rex*, – termo proveniente da expressão latina *regere*, que significa ordenar –, inicialmente seu poder era limitado pela existência de *gens* independentes, ganhando força apenas a partir da unidade estatal e da reforma militar etrusca (DI PIETRO; ELLI, 2010). O Rei era eleito através de assembleia popular, cujo resultado era confirmado pelo Senado e legitimado pelos augures da religião, a ele cabendo a *potestas*, que era o poder de agir em nome da soberania popular (*maiestas*) e que, por sua vez, atribuía ao rei o poder de *imperium* e o *ius agendi cum populo et cum Patribus* (PILATI, 2017a).

O *imperium* tratava-se de um poder especial de caráter originário, unitário, absoluto e soberano. Assim o era por estar acima de qualquer outro poder, não podendo ser limitado ou responsabilizado por nada, e não se derivando de outra fonte, consistindo na soma total do poder estatal (DI PIETRO; ELLI, 2010). Por sua vez, o *ius agendi cum populo et cum Patribus* dava ao rei o poder de convocar o povo e o Senado, presidindo as assembleias e dando a palavra aos participantes desta (PILATI, 2017a).

Pode se afirmar que o Rei (*Rex*) era o grande responsável pela jurisdição durante o período da realeza romana, função esta que exercia com o auxílio de sacerdotes – augures⁷, pontífices⁸, feciales⁹, e flâmines¹⁰ – e de colaboradores que possuíam atribuições delegadas pelo rei –

⁷ Auxiliavam o rei na interpretação dos auspícios pelos quais as divindades se manifestariam.

⁸ Tinham como função supervisionar todos os atos sagrados e caráter público ou privado.

⁹ Tratavam dos ritos religiosos ligados as relações internacionais.

¹⁰ Eram encarregados dos cultos capitólios.

*praefectus*¹¹, *duoviriperduellionis*¹², *quaestores parricidii*¹³, *tribuni celerum*¹⁴, e *magister populi*¹⁵(DI PIETRO; ELLI, 2010).

José Isaac Pilati (2017a, p. 54) discorre a respeito dos poderes e funções da realeza romana:

O *Rex* é eleito diretamente pela Assembleia Popular, é confirmado pelo Senado e legitimado pela religião; detém a *potestas*, ou seja, o poder de agir em nome da *maiestas* (soberania) popular; da *postestas* decorrem: o poder de *imperium*, comandar o exército, castigar e multar cidadãos (*coertio*), e o *ius agendi cum populo et cum Patribus*, ou seja, direito de convocar o povo, presidir a assembleia e dar a palavra, e de convocar e presidir o Senado; no campo religioso, o poder de *faz/nefas*, de consultar os auspícios, celebrar os sacrifícios públicos. Ademais, o *Rex* indicava os Senadores, apresentava os projetos de lei ao povo. E escudado nesse feixe de poderes, exercia a jurisdição, com o auxílio dos sacerdotes.

Por sua vez, o Senado romano detinha a *auctoritas patrum*, de modo que todas as decisões políticas dependiam do aval deste expresso em *Senatus Consultus*, de modo que o Senado assumia a função de um conselho do *Rex* em tempos de guerra ou para negócios públicos quando da paz. Ao Povo restava a *maiestas*, porém, este só atuava politicamente quando convocado pelo Rei, passando a aprovar os projetos de lei apresentados por este, ou julgando os cidadãos acusados de crimes apenados com suplícios capitais ou com multas acima de determinados valores (*provocatio ad populum*) (PILATI, 2017a).

Apesar da jurisdição no período da realeza depender de uma atuação interdependente de três instituições – do *Rex*, detentor do *imperium*; do *Populus*, detentor da *maiestas*; e do *Senatus*, detentor da *auctoritas* – nota-se um protagonismo exacerbado da realeza no exercício das funções estatais, ocupando atribuições de caráter executivo,

¹¹ Responsáveis por substituir o rei quando este se ausentava da cidade.

¹² Responsáveis pela instrução do processo e execução dos acusados e alta traição.

¹³ Atuavam na instrução do processo e na execução dos assassinos de um *paterfamilias*.

¹⁴ Comandantes da cavalaria.

¹⁵ Chefe do exército.

judiciário e legislativo que hoje não seriam plausíveis sob o prisma da separação dos poderes. Deve se destacar também que a jurisdição romana durante o período da realeza foi fortemente marcada por um caráter sacerdotal, sendo as funções sacerdotais ocupadas por patrícios que auxiliavam o Rei no exercício da jurisdição.

Ademais, chama a atenção desde então a posição marginal que o povo ocupava no exercício da *maiestas*, sendo-lhe reconhecida a soberania na mesma medida em que esta se encontra sujeita ao voluntarismo dos representantes estatais, de modo que o povo só agia politicamente caso fosse convocado pelo Rei. Tal quadro é similar ao que ocorre hoje nos instrumentos de democracia semi-direta previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88. Tanto o plebiscito como o referendo só se realizam quando convocados pelo próprio Congresso Nacional. Da mesma forma, as leis de iniciativa popular reservam a deliberação a respeito de sua viabilidade para o Congresso Nacional. Ou seja, todo poder emana do povo, a soberania lhe pertence, ao menos nos termos e quando o julgarem conveniente os representantes eleitos pelo povo.

Antes mesmo de se referir à condição de cidadania romana, o conceito de *civitas* está vinculado à entidade política unitária resultante da sinergia entre grupos gentílicos latinos, sabinos e etruscos, a uma coletividade equivalente a *polis* dos gregos, uma cidade-estado organizada para a vida política. Somente os patrícios foram incorporados integralmente à estrutura cívica, sendo que o restante da população romana livre compunha plebe, a qual foi integrada aos arranjos jurídico-políticos da *civitas* apenas parcialmente (DI PIETRO; ELLI, 2010).

Foi o dissenso entre patrícios e plebeus que deu fôlego à transição da monarquia para a república, a qual teve início com o exílio e assassinato do último rei, Lúcio Tarquínio Soberbo, e a posterior eleição de dois côsules; baseada nas prescrições de Sêrvio Túlio: Lúcio Júnio Bruto e Lúcio Tarquínio Colatino (LÍVIO, 2008).

No entanto, a queda da monarquia não foi suficiente para chegar àquilo que os estudiosos hoje denominam de República Romana, status que só foi alcançado através de três processos paralelos e inter-relacionados que se completaram, em sua essência, no ano de 367 a.C.: a) a integração entre patrícios e plebeus nos planos jurídico, social e político; b) a constituição do Povo como um organismo ativo da *civitas*; c) a transição e regulamentação do poder de *imperium* do rei para o regime de dois côsules com o direito recíproco de *intercessio* (veto) (DI PIETRO; ELLI, 2008).

O período republicado foi o mais longo de todos, e também o mais rico no que diz respeito ao legado jurídico romano, pois foi durante a República que se consolidaram as características mais peculiares da jurisdição romana e que em parte seriam adotadas pelo paradigma jurídico moderno. Ademais, diferente de outros direitos antigos, o Direito Romano não foi apenas o único cientificamente elaborado, mas também o único produzido por peritos que dedicaram a esta atividade ao longo de séculos (SCHIAVONE, 1992).

Inicialmente é importante destacar que Roma não tem um Estado, pois trata-se da República dos Romanos (*Res Publica Romanorum*), república esta que somente a partir do Principado é que adotaria uma feição política. Em sua origem, a República dos Romanos consistia no patrimônio público pertencente a uma *civitas*, uma união de cidadãos que compartilhavam o atributo da soberania (PILATI, 2014b).

O ano de 508 a.C. é tradicionalmente designado como aquele que marca a queda da monarquia e o início da República dos Romanos. Porém, é correto afirmar que a transição entre os regimes de governo ocorreu de forma gradual e perene até se consolidar em 367 a.C.

Esse processo de transição e consolidação das instituições republicanas foi protagonizado por duas classes distintas: os patrícios e os plebeus.

Os patrícios eram os aristocratas originais de Roma, sendo que pouco se sabe a respeito de como obtiveram esse status. Cogita-se que provavelmente o título advém de uma autodeterminação das famílias originalmente mais ricas de Roma, as quais reivindicaram o acesso exclusivo a determinados privilégios em cerimônias religiosas, privilégios estes que se estenderam sobre os cargos seculares e religiosos, resultando num verdadeiro monopólio das funções governamentais no início da República. O restante da população romana pertencia à plebe, o que consistia num grupo muito maior de pessoas do que os patrícios. A plebe era um grupo muito diversificado e com interesses que nem sempre eram congruentes, pois; uma vez que também existiam plebeus ricos e ativos na vida pública; dependiam da fortuna e da posição de cada família plebeia na Sociedade romana (MARTIN, 2015).

Os conflitos políticos e econômicos entre as ordens patrícia e plebeia; em especial o protagonizado entre os senadores e os plebeus abastados; ocuparam os dois primeiros séculos da República e influenciaram a estrutura das instituições romanas. Numa situação semelhante a que o proletariado e a burguesia ocupariam perante a nobreza durante a Modernidade, os plebeus pobres solicitavam mais terras e taxas de juros menores a fim de garantirem sua sobrevivência, ao

passo que os plebeus mais ricos reivindicavam o acesso a cargos políticos mais altos e o prestígio de tais posições (MARTIN, 2015).

Eugene Petit (2007, p. 34-35) descreve com propriedade o quadro crítico no qual os plebeus mais pobres se encontravam à época:

Presos ao cultivo da terra pelas guerras incessantes, são obrigados a pedir dinheiro emprestado aos patrícios e aos plebeus mais ricos, que tinham causa comum com o patriciado. Os interesses exagerados aumentaram as dívidas, e os devedores, na impossibilidade de pagar, se viram expostos a todos os rigores que o direito primitivo autoriza contra eles; a prisão na casa do credor, onde eram tratados como escravos¹⁶.

Tais conflitos foram impulsionados por este quadro crítico e chegaram ao seu ápice em 494 a.C. com o episódio conhecido como *Secessio Plebis*, quando os plebeus se recusaram a servir no exército da milícia de cidadãos e se retiraram de Roma, formando um povoado temporário no monte Aventino. Diante da paralisação da cidade, os patrícios se viram forçados a firmar um acordo com os plebeus, tendo enviado o célebre orador, Menêmio Agripa, para negociar e chegar a um denominador comum com a plebe, ocasião que deu origem ao famoso “Apólogo dos Membros e do Estômago” (CRETELLA JÚNIOR, 2007).

Ao se dirigir aos plebeus, Menêmio Agripa fez uso de um apólogo a fim de justificar a existência do Senado perante estes. Tal apólogo abordava uma situação na qual, indignados por sustentar o estômago, os demais membros do corpo fizeram uma greve e se negaram a alimentar este, pois só se beneficiava do serviço dos membros sem nada lhes dar em contraparte. Sem comida para o estômago, aos poucos a fraqueza tomou todo o corpo, até que os demais órgãos compreenderam a importância do estômago e suspenderam a greve. Traduzindo o apólogo para o contexto da *Secessio Plebis*, o Senado seria o equivalente ao estômago, um órgão que, apesar de interno e sem uma importância aparente, era essencial para a sobrevivência de todo o organismo (correspondente a *civitas*). Por sua

¹⁶ Arrebatados al cultivo de la tierra por las guerras incesantes, son obligados a pedir prestado dinero a los patricios y a los plebeyos más ricos, que hicieron causa común con el patriciado. Los exagerados intereses vinieron a aumentar las deudas, y los deudores, en la imposibilidad de pagar se ven expuestos a todos los rigores que el derecho primitivo autoriza contra ellos; la prisión en casa del acreedor, donde eran tratados como esclavos.

vez, os membros faziam o papel da plebe no apólogo. Sua funcionalidade e importância são evidentes, embora dependam do estômago (Senado) para sobreviver.

Uma vez tendo se chegado a um acordo, um dos primeiros e mais importantes desdobramentos da *Secessio Plebis* foi a criação do ofício do Tribuno da Plebe, EM 493 a.C.:

Naqueles tempos em que a plebe promoveu a secessão dos patrícios, aproximadamente no décimo sétimo ano depois da expulsão dos reis, elegeu ela para si os tribunos no Monte Sacro para que fossem magistrados plebeus. Eram chamados tribunos porque outrora o povo era dividido em três partes e eram eleitos individualmente, um de cada uma delas; ou porque eram eleitos pelo sufrágio das tribos (D. 1.2.2.20).

Inicialmente em número de dois, e, posteriormente, elevados sucessivamente para um total de quatro, cinco e dez representantes; uma espécie de cargo executivo designado a proteger os pobres contra a opressão dos patrícios. Seus representantes eram eleitos anualmente por uma assembleia tribal igualitária e dotados de um status *sacrosanctitas* que os tornava invioláveis, sendo seus corpos considerados sagrados. Da mesma forma, também gozavam que imunidades parlamentares, não podendo ser acusados, presos ou punidos (CRETELLA JÚNIOR, 2007).

No século III a.C., os tribunos forçaram os patrícios a lhes conceder acesso a um dos dois consulados anuais, e, em 172 a.C., pela primeira vez os dois cônsules eleitos foram pessoas de origem plebeia. Também no século III a.C., o Tribunato da Plebe conquistou poderes legislativos, inclusive podendo dispor do *intercessio*, ou seja, do poder de veto sobre os atos dos cônsules e sobre os decretos do Senado (ANDERSON, 2016).

Sob este viés legislativo do Tribunato da Plebe, importa ressaltar os plebiscitos, enunciados normativos que possuíam força de lei e emanavam de um conselho da plebe convocado por um tribuno. Como os cônsules possuíam atividades militares e constantemente se ausentavam da cidade, muitas normas de direito privado foram criadas através de plebiscitos, sendo que, por sua informalidade e praticidade, estes acabaram se consolidando em uma das principais fontes de direito à época (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

Por se tratarem de enunciados normativos emanados da plebe, inicialmente os patrícios não reconheciam a autoridade dos plebiscitos, uma vez que estes eram uma produção normativa da qual não participavam do processo de deliberação, situação que só foi revertida com a edição da Lei Hortência, em 286 a.C. É o que pode se extrair do comentário primeiro do primeiro livro das Institutas de Gaio, que, ao tratar das fontes Direito Romano, destaca o papel dos plebiscitos:

3. Lei é o que o povo romano manda e constitui. Plebiscito é o que a plebe manda e constitui. Ora, a plebe difere do povo em que a denominação de povo abrange todos os cidadãos, incluídos também os patrícios; ao passo que a denominação de plebe significa os demais cidadãos, com exclusão dos patrícios; por isso outrora os patrícios não se consideravam ligados pelos plebiscitos, por terem estes sido feitos sem a autoridade deles, mas depois foi promulgada a lei Hortência, que dispôs fosse os plebiscitos aplicados a todo o povo; e assim foram equiparados às leis (G. 1, 2).

Há de se questionar se, com a aprovação da Lei Hortência e equiparação dos plebiscitos à lei (inclusive passando a serem designados como *lex*), estes não teriam seu caráter insurgente prejudicado. Se originalmente os plebiscitos eram instrumentos normativos cuja participação era reservada aos plebeus; justamente por se tratarem de normas aptas a fazer valer a vontade de tal categoria de cidadãos frente aos interesses dos patrícios; a equiparação dos plebiscitos a uma espécie de norma que também está sujeita ao crivo dos patrícios frustrou sua razão de ser e lhes conferiu certa redundância na medida em que pouco lhes diferia da *lex*.

Não obstante a relevância que os plebiscitos alçaram na Antiguidade, é possível afirmar que o advento da Lei Hortência foi crucial para a reconfiguração destes pelo paradigma moderno, o qual lhes conferiu uma destinação distinta da originalmente proposta, reduzindo os plebiscitos a um instrumento genérico de consulta popular. Nesse sentido, Ricardo D. Rabinovich-Berkman (2001, p. 58) chama a atenção para o fato de que plebiscito romano não deve ser confundido com seu homônimo empregado pelos ordenamentos jurídicos do século XX:

Finalmente, há uma advertência: não devemos confundir o plebiscito romano com o seu

homônimo do século XX, uma forma de consulta geral à cidadania pelo "sim" ou pelo "não", amplamente utilizada pelos ditadores desta última centúria, especialmente os fascistas (o que não significa que também não tenha sido usado e defendido por democratas verdadeiros, e tenha sido incorporado em constituições não-despóticas). Às vezes parece que os termos apropriados estão faltando e, para criá-los, os antigos são retomados, mas dotando-os de um significado totalmente novo. Devemos estar em guarda contra tais situações potencialmente ambíguas¹⁷.

Situação semelhante a que se observa no Brasil, o qual, apesar de não se tratar de um país com um regime despótico de governo, apropria-se do conceito de plebiscito para dar nome a uma consulta prévia à aprovação de determinado projeto de lei. Todavia, diferente de Roma, tal procedimento não possui um caráter eminentemente participativo, na medida em que sua convocação parte exclusivamente do Poder Legislativo e não há margem de discussão a respeito do projeto normativo, restando ao cidadão, como bem afirma o autor supracitado, apenas decidir pelo “sim” ou pelo “não” ante uma proposta que lhe é previamente determinada.

Em síntese, determinados ordenamentos jurídicos, como é o caso do brasileiro, usurpam do conceito clássico de plebiscito apenas para legitimar interesses específicos dos órgãos representativos. Vende-se a ilusão de uma proposta atinente a democracia direta quando na verdade o que se tem efetivamente é apenas um instrumento de caráter eminentemente representativo e que se presta somente a legitimar junto aos cidadãos interesses de teor particularista.

Contudo, apesar de o forte teor participativo das instituições republicanas de Roma, autores como Alfredo Di Pietro e Ángel Enrique Lapieza Elli (2010) afirmam que o regime republicano de Roma não

¹⁷ Finalmente, cabe una advertencia: no debemos confundir al plebiscito romano con su homónimo del siglo XX, forma de consulta general a la ciudadanía por “sí” o por “no”, muy utilizada por los dictadores de esta última centúria, especialmente los fascistas (lo que no quita que también há sido empleada y defendida por verdaderos democratas, y se ha incorporado en constituciones no despóticas). As veces pareciera que faltan los términos apropiados y, por escrúpulo de crearlos, se retoman los antiguos, pero dotándolos de un sentido totalmente nuevo. Debemos estar em guardia ante tales situaciones potencialmente equívocas.

resultou em uma experiência plenamente democrática, pois a vontade popular ainda ficava sujeita ao voluntarismo das instâncias representativas em conceder aos cidadãos o direito de se manifestarem. Da mesma forma, o sistema de votação indireta dos comícios favorecia os cidadãos de melhor situação econômica, o que tornava a República uma instituição essencialmente aristocrática, dirigida por famílias patrícias e por plebeus abastados que integravam as magistraturas e o Senado (DI PIETRO; ELLIS, 2010).

Perry Anderson (2016, p. 63) corrobora do entendimento supracitado, afirmando que, diferente da democracia grega, o processo de democratização de Roma foi incompleto, uma vez que as instâncias representativas da plebe foram simplesmente somadas a uma estrutura oligárquica de poder, e não romperam com esta:

O rumo dessa evolução correspondia ao processo que levava à *polis* democrática na Grécia. Mas, aqui, o processo foi interrompido antes que pudesse insinuar uma nova constituição política para a cidade. O tribunato e a assembleia tribal foram simplesmente adicionados às instituições centrais já existentes do Senado, dos Consulados e da Assembleia das Centúrias: não significaram uma abolição interna do complexo de poder oligárquico que dirigia a República, mas apenas acréscimos externos, cuja importância prática era, com frequência, muito menor que seu potencial formal. A luta das classes mais pobres fora, em geral, conduzida por plebeus ricos que encampavam a causa popular para promover seus próprios interesses, e isso continuou a acontecer até mesmo depois que os novos-ricos conquistaram acesso às fileiras da ordem senatorial. Assim, os tribunos, geralmente homens de fortuna considerável, se tornaram instrumentos dóceis nas mãos do Senado durante longos períodos.

Reginaldo de Souza Vieira (2013) defende que não há que se ponderar a existência de uma luta de classes entre patrícios e plebeus, sendo essa incorporação dos plebeus por uma estrutura oligárquica justamente um desígnio da plebe: não pretendiam romper com o projeto de Sociedade estruturado pelos patrícios, mas buscaram ser assimilados por este através do reconhecimento da igualdade de direitos cívicos.

No mesmo sentido, Aldo Schiavone (2005, p. 242) destaca que nunca existiu uma luta de classes em Roma, pois, em uma Sociedade cujo modo de produção escravista possuía um condão universal, capital e trabalho nunca se confrontavam:

Nas sociedades antigas, em que o formalismo da relação pessoal de dependência impedia a expressão da força de trabalho em forma de mercadoria, produzia-se também um outro efeito, de não menor envergadura: capital e trabalho nunca se confrontavam; produção, circulação e consumo não se entrelaçavam naquela alternância e integração de ciclos que constituiria a estrutura das economias modernas; e por isso nunca se produziram as condições para a existência daquele espaço social onde emergiu no mundo moderno o antagonismo que definimos como “de classe”, e que marcou de forma tão profunda nossa história recente.

A *Secessio Plebis* também deu origem a um grande marco civilizatório no que diz respeito à tradição jurídica romanista, pois; além da problemática com as altas taxas de juros e a escassez de terras para plantio; um dos catalisadores de tal crise foi o descontentamento dos plebeus para com o monopólio dos patrícios na interpretação do *ius* e dos *mores*.

Desde a fundação de Roma, a vivência religiosa associou-se ao patrimônio mental e cultural da *civitas*, mas não se direcionou à elaboração de cultos ou experiências místicas, pelo contrário, ganhou espaço na construção de uma teia de regras destinadas aos mais importantes comportamentos sociais. Os pontífices – cargo ocupado exclusivamente por patrícios – passaram a ser os guardiões e os intérpretes de todas as mais importantes fontes de conhecimento da *civitas*: desde o registro dos acontecimentos históricos, passando pelas normas de conduta a serem observadas, e exercendo até mesmo o controle social do tempo (através do calendário e a instituição de dos *dies fasti*) e da própria escrita. Ademais, a natureza das prescrições sacerdotais visava sempre assegurar o interesse e benefício imediato dos próprios pontífices, baseando-se sobretudo nos *mores*, em antigas tradições que eram manipuladas através da combinação de experiências sociais e da imaginação religiosa, contribuindo para manter o caráter aristocrático da interpretação das normas de convívio social (SCHIAVONE, 1992).

Tal quadro gerava incertezas e injustiças para com a plebe quando da apreciação dos conflitos de natureza jurídica, e motivou os plebeus a reivindicarem um corpo normativo escrito e público, com fontes claras e conhecidas de antemão que não dependessem de aspectos sobrenaturais ou arbitrários para sua interpretação (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

Uma primeira brecha no domínio dos pontífices – que eram patrícios – se deu com a publicação de uma súmula que versava sobre as “ações”, uma lista de formulações admitidas pelos pontífices e que tinha o conhecimento de seu conteúdo facultado a toda a população romana (CAMPOS, 2010). Porém, foi graças aos esforços dos tribunos da plebe em promover um status de igualdade aos seus representados no que diz respeito à interpretação do *ius*, que os plebeus conquistam uma nova concessão: uma lei fixa conhecida por todos e aplicável a todos, que não estivesse mais sujeita ao livre arbítrio dos magistrados patrícios, sendo criada, então, a Lei das XII Tábuas (PETIT, 2007).

Esse corpo normativo escrito tomou a forma de leis gravadas em doze tábuas de bronze que foram expostas permanentemente no fórum de Roma, dando início a toda uma tradição jurídica escrita, fato que diferenciou severamente a civilização romana em relação à grega, consagrando os romanos como os grandes juristas da antiguidade.

As doze tábuas consistem no código escrito mais antigo do Direito Romano, tendo sido promulgadas entre os anos de 451 e 449 a.C. Em que pese as tábuas originais terem sido destruídas e seu conteúdo exato ser desconhecido, tiveram um papel crucial no desenvolvimento do ordenamento jurídico romano. Longe de serem uma mera cópia das leis gregas, suas previsões condensavam os costumes prevaletentes nos primórdios de Roma, então uma Sociedade agrícola, fazendo uso de comandos normativos simples para alcançar seus fins (MARTIN, 2015).

Porém, deve se frisar que a Lei das Doze Tábuas não se tratava de uma codificação no sentido empregado pelo paradigma moderno, o qual possui a pretensão de, através das codificações, sistematizar completamente as normas oriundas do ordenamento jurídico. Em realidade, as Doze Tábuas apenas promoveram o reconhecimento expresso de preceitos inerentes a toda uma massa normativa consuetudinária a jurisdição do *rex* e dos magistrados que lhe sucederam, destacando-os seja para reforçar sua imperatividade ou para afirmar alguma inovação quanto a tais normas (DI PIETRO; ELLIS, 2010).

Os anacronismos e contradições existentes no relato tradicional a respeito da promulgação da Lei das Doze Tábuas – também conhecida como Lei Decenviral – levaram a críticas quanto ao caráter insurgente

desta norma bem como no que diz respeito à atuação e intervenção dos comícios em sua aprovação, apesar de que há um consenso quanto a legitimidade de determinadas consequências da lei.

[...] no máximo, seria uma compilação privada de preceitos doutrinários desenvolvidos ao longo do tempo. Mas no momento se concorda que: A) a existência de uma magistratura decenviral em meados do século V; B) a validade a partir de então de um ordenamento jurídico comum aos patrícios e plebeus; C) a autenticidade ou, pelo menos, a antiguidade de quase todos os fragmentos atribuídos ao famoso corpo legal. Há controvérsia, no entanto, se de fato e em que medida a plebe lutou pela publicação e caráter comum do corpo de leis, se a viagem de estudo ao mundo helênico ocorreu, se os comícios já atuavam naquela época e se eles intervieram, nesse caso, na aprovação da lei decenviral (DI PIETRO; ELLIS, 2010, p. 70-71)¹⁸.

A Lei das Doze Tábuas regulamentou questões de natureza diversa, abrangendo questões de natureza pública, privada, processual e sacra, sendo considerada pelos próprios romanos como fonte de todo direito público e privado – *fons omnis publici privatique júris* (CRETILLA JÚNIOR, 2007). O conteúdo de todas as disposições dela derivadas era qualificado como *legitimum*, de modo que as demais leis que lhe seguiram frequentemente se limitavam a desenvolver seu conteúdo, haja vista o status de excelência ao qual as doze tábuas foram alçadas. Porém, mesmo que o conteúdo de suas disposições tenha sido expressamente revogado apenas a partir de Justiniano, há que se reconhecer o rigor excessivo de algumas de suas regras, como a que

¹⁸ [...] a lo sumo se trataría de una reconpilación privada de preceptos doctrinarios desarrollados em el tiempo. Pero actualmente se está de acuerdo em: A) la existencia de una magistratura decenviral a mediados del siglo v; B) la vigencia a partir de esa época de un ordenamiento jurídico común a patricios y plebeyos; C) la autenticidad o, por lo menos, la antigüedad de casi todos los fragmentos atribuidos al famoso cuerpo legal. Se controvierte, em cambio, si efectivamente y em qué grado la plebe luchó por la publicación y carácter común del cuerpo de leyes, si tuvo lugar el viaje de estudios al mundo helénico, si los comicios ya actuaban em aquella época y si intervinieron, em tal caso, em la aprobacón de la ley decenviral (DI PIETRO; ELLIS, 2010, p. 70-71).

proibia o matrimônio entre patrícios e plebeus. E, no que tange à plebe, o conteúdo da Lei das Doze Tábuas estava longe de corresponder a suas ambições, não lhes sendo reconhecida a igualdade que reclamavam nem a concessão de magistraturas da plebe (PETIT, 2007).

No entanto, tamanho foi o impacto de tais normas na cultura jurídica romana, que, em que pese sua imperfeição, a Lei das Doze Tábuas tornou-se um símbolo nacional do compromisso romano com a justiça, de modo que, séculos mais tarde, crianças ainda eram obrigadas a decorar o conteúdo de tais leis (MARTIN, 2015). Mais do que isso, por se tratar de uma primeira lei dotada de um caráter público e aplicável a todos, é possível afirmar que a Lei das Doze Tábuas alçou Roma a um novo patamar civilizatório, reafirmando a fundação da cidade.

Mas por maiores que fossem as imperfeições da lei das XII tábuas, ela realizou um verdadeiro progresso. Lhe sucedeu que havia uma lei pública, aplicável a todos, e, se é verdade que uma nação é constituída quando tem uma legislação que rege todos os cidadãos, pode se dizer que a lei das XII tabelas realmente mostra a fundação da cidade romana (PETIT, 2007, p. 39)¹⁹.

Caracterizadas pelo emprego de soluções concretas a situações abstratas, as leis escritas passaram a ser um artifício cada vez mais utilizado pelos romanos. Ricardo D. Rabinovich-Berkman (2001, p. 54) afirma que dois fatores potencializaram a sobreposição das leis escritas sobre os *mores*: a) a incorporação de pessoas que não compartilhavam das crenças reforçadas pelos *mores*; b) o desenvolvimento de uma teleologia política, de um projeto comum compartilhado pelos setores governantes.

A expansão do território romano e a integração de novos povos dentro do arcabouço social romano resultou no descompasso entre as tradições originais de tais povos e os *mores* romanos, de modo que leis escritas e isentas de qualquer augúrio consistiriam numa fonte normativa neutra para com os diversos grupos que conviviam em Roma. Da mesma forma, por serem dotados de um caráter conservador e estático, os *mores* naturalmente não se prestavam a perspectiva de inovação e planejamento

¹⁹ Mas por grandes que fuesen las imperfecciones de la ley de las XII tablas, realizó un verdadero progreso. En lo sucesivo, había una ley pública, aplicable a todos, y, si es cierto que una nación está constituída cuando tiene una legislación que rige a todos los ciudadanos, puede decirse que la ley de las XII tablas muestra realmente la fundación de la ciudad romana (PETIT, 2007, p. 39).

observada na estrutura de grandes projetos, elementos estes cruciais para uma república que tinha como objetivo não apenas sobreviver e prosperar, mas que demandava um projeto para si e para o mundo.

Assim, na medida em que a esfera política ganhou força sobre a religiosa, o *ius* passou a sobressair-se como produto de um saber cívico organizado por critérios eminentemente jurídico-políticos oriundos de uma nova aristocracia formada por patrícios e plebeus ricos:

Entre política, religião e direito delineou-se assim o esquema de uma sequência bastante precisa, mesmo se os ritmos dos movimentos fossem tudo menos transparentes, e as combinações sincrônicas tendessem a prevalecer sobre a linearidade das sucessões temporais. Já entre os séculos VI e V a.C., quanto mais se reforçava a esfera política, mais o peso da religião e das antigas estruturas de parentesco gentílicas se tornava menos intenso no quadro da cidade. E a contracção relativa do mundo mágico-religioso assinalava por sua vez a irresistível expansão do *ius*, que surgia nitidamente como o produto de um saber civil, organizado segundo critérios muito próprios, e que já por volta de finais do século IV a.C. figurava como o verdadeiro *logos* romano: o antigo entrelaçamento entre sagrado e direito acabou por ser substituído a pouco e pouco por uma aliança diferente, plenamente reconhecível nos inícios do século III a.C., entre saber jurídico e poder político da nova aristocracia patrício-plebeia, enquanto a religião, por sua vez, suportava também uma nítida pressão por parte do novo bloco dominante (SCHIAVONE, 1992).

Embora não se trate de uma característica que possa ser explicitamente atribuída ao Direito Romano clássico; em função do casuísmo e da carga pragmática que lhe são naturais; o primado da legalidade seria efusivamente reivindicado pelo paradigma moderno e protagonizaria uma de suas maiores abstrações.

A segurança jurídica propiciada pela existência de um conjunto de normas previamente estabelecidas e positivadas no ordenamento jurídico goza de uma racionalidade que escapa àquilo que é arbitrado pelas crenças e costumes. No entanto, ao confiar a uma dimensão meramente monista e representativa a configuração daquilo que compõe a legalidade

e a racionalidade que dela é recorrente, o paradigma moderno, ao reger a vida em Sociedade, faz uso de uma perspectiva simplificadora que nem sempre corresponde à realidade social ou que não lhe fornece uma resposta efetiva em relação às suas vicissitudes.

Nesse viés, os sacerdotes de outrora deram lugar a uma nova categoria de interpretes, cuja autoridade é revestida não por augúrios, mas pelo primado da legalidade. Por sua vez, o discurso legalizador que desprestigiou os *mores* por conta de seu conteúdo conservador, estático, e avesso a complexidade social, hodiernamente acabaria por igualmente mostrar-se em descompasso com as transformações sociais, uma vez que o direito positivado tornaria a embasar o fundamento de sua legitimidade tão somente na racionalidade que se abstrai da letra da lei e do processo legislativo que lhe antecede (e que na maioria das vezes é dotado de um caráter exclusivamente representativo).

Não se deve confundir, todavia, aquilo que hodiernamente denominamos de lei com a *lex romana*. Se para o paradigma moderno a lei pode ser considerada uma fonte do direito objetivo, fruto de uma praxe representativa, sob o viés romanista, esta possuía características e conteúdos próprios, tratando-se de uma produção normativa de cunho participativo. As *leges rogatae* eram votadas pelo povo por iniciativa (*rogatio*) de um magistrado, ao passo que as *leges datae*; observadas ao final do período republicano; eram decisões tomadas pelo magistrado em nome do povo e em prol de pessoas ou de cidades das províncias (CRETELLA JÚNIOR, 2007).

Diferente dos plebiscitos; que contavam apenas com os plebeus no processo deliberativo; as *leges* envolviam todo o povo romano nas deliberações a respeito de seu conteúdo, o que importava na participação conjunta de patrícios e plebeus durante seu trâmite (CRETELLA JÚNIOR, 2007). Ademais, apesar de se atribuir ao Direito Romano Clássico uma tendência à abstração (DI PIETRO; ELLIS, 2010); o que se deve ao fato dos romanos serem os grandes criadores e propagadores de ficções jurídicas dotadas de um alto teor de abstração; há que se frisar que uma das principais características da jurisdição romana era seu pragmatismo.

Ao jurista romano não interessava um saber jurídico que não fosse utilitário, que não apontasse para melhorias na convivência social, razão pela qual os jurisconsultos romanos normalmente buscaram chegar a soluções úteis que possibilitassem o restabelecimento da ordem social quando esta era afetada por circunstâncias adversas ou condutas que contrariavam seus princípios fundamentais. Essa perspectiva pragmática impunha aos juristas romanos o dever de não menosprezarem a busca pelo

bom senso, por uma razão comum, de modo que, mesmo que a solução proposta para um problema fosse válida de um ponto de vista objetivo, caso esta não atendesse a tais padrões de razoabilidade, a mesma não serviria para o caso em questão, motivo pelo qual as instituições jurídicas deveriam ser claras e compreensíveis a qualquer membro da comunidade (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

Uma perspectiva pragmática, que preza por aquilo que é útil e atende ao bom senso e ao interesse comum das partes, não corresponde aquilo que é usualmente empregado pelo discurso jurídico moderno, o qual automaticamente tem como válido e útil tudo o que atende a um padrão de racionalidade abstraído objetivamente da norma. Pelo contrário, para os juristas romanos, a lei não deve ter a si mesma como um fim, a racionalidade que dela se abstrai não deve ser alheia ao convívio social. O direito deveria servir de canal para a razão se fazer, antes de tudo, útil aos problemas de convivência, transformando-se num veículo essencial para a busca e o alcance de um interesse comum.

Ricardo D. Rabinovich-Berkman (2001, p. 142) faz uso de uma interessante analogia para explicar o compromisso dos jurisconsultos romanos com uma visão pragmática do direito:

Para o típico jurista latino, o direito, como tarefa, como saber, era uma técnica, uma ferramenta a serviço da coexistência harmoniosa, de acordo com os princípios cósmicos e com a paz social. Em sua visão do mundo como um jardim e de si mesmos como jardineiros responsáveis por seus cuidados, o jurídico era uma ferramenta de jardinagem, talvez a mais importante de todas, com a qual delinear os canteiros, fazer as flores crescerem e descartar o erva daninha. Por isso que o direito foi, durante a maior parte do seu ciclo de vida, muito mais uma experiência de tribunal, um fórum, do que de assembleia legislativa ou de gabinete doutrinário. As instituições legais foram criadas todos os dias em ações judiciais²⁰.

²⁰ Para el jurista latino típico, el derecho, como tarea, como saber, era una técnica, una herramienta al servicio de la coexistencia armónica, acorde con los principios cósmicos y con la paz social. En su visión del mundo como un jardín, y de ellos mismos como los jardineros encargados de su cuidado, lo jurídico era un utensilio de jardinería, tal vez el más importante de todos, con el que delinear los canteros, hacer crecer flores y descartar la maleza. De allí que el derecho fuera, durante la mayor parte de su ciclo vital, mucho más una experiencia de tribunal, de foro,

Proveniente do pragmatismo, outra característica que marcou profundamente as relações jurídicas em Roma foi o casuísmo. Sob tal enfoque, os magistrados romanos elaboravam o direito tomando os casos concretos por base e desenvolvendo teorias a partir destes, os quais posteriormente tomavam como exemplos (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

Partindo de uma perspectiva casuísta, os magistrados romanos não se debruçavam sobre questões que não eram comumente observadas no convívio social. Tal preocupação pode ser expressamente observada em mais de uma passagem do *Digesto* de Justiniano:

É necessário que os direitos constituam, como disse Teofrasto, para aquelas coisas que na maior parte do tempo acontecem, não para as que vão além da expectativa (D. 1.3.3).

Não se constituem direitos a partir de coisas que podem ocorrer por ventura em algum único caso (D.1.3.4).

Pois o direito deve adaptar-se antes ao que ocorre mais frequente e facilmente do que ao que ocorre muito raramente (D.1.3.5).

Os magistrados romanos buscavam identificar nos conflitos jurídicos os problemas que comumente eram reproduzidos no convívio social, e, quando de sua identificação, se dedicavam a alcançar a solução que melhor atendesse ao interesse comum. Tratava-se de um modelo de jurisdição que, antes de se ater ao conteúdo de normas gerais abstratas, tinha por mérito identificar os problemas do dia a dia e a partir destes chegar a um denominador comum a respeito daquilo que seria justo diante do caso concreto. O magistrado romano atuava em tempo real e tinha a tarefa de qualificar o conflito e com base nessa qualificação buscar a perseguição do justo e a solução mais condizente com os interesses das partes, da Sociedade, do Estado e das instituições (PILATI, 2014).

Com base no caráter casuísta do modelo de jurisdição romana, José Isaac Pilati (2014b) destaca que a atividade jurídico-normativa romana se realizada numa dimensão de *ius constituendo*, construindo o novo a partir do conflito, de modo que era a natureza deste que ditava o procedimento a ser adotado. Difere, portanto, da Modernidade, que, segundo o autor

que de asamblea legislativa o de gabinete doctrinario. Las instituciones jurídicas se creaban cada dia en los pleitos.

supracitado, opera a partir de um *ius constituto*, daquilo que já se encontra previamente positivado, não contemplando o conflito como fonte de inovação, mas reservando tal papel apenas a atividade legislativa. Em vez de observar o conflito como um espaço privilegiado para a absorção do novo, a Modernidade atribuiu a este uma conotação pejorativa.

Assim, o paradigma moderno e as codificações por ele impulsionadas não incorporaram em suas dinâmicas o casuísmo que marcou o modelo de jurisdição romana, de modo que, ironicamente, a maior parte dos sistemas jurídicos modernos de raiz romano-germânica limitaram-se a realizar operações de subsunção da regra ao caso concreto, não qualificando o conflito enquanto fonte de um direito vivo e compatível para com as necessidades sociais.

Em realidade, a Modernidade se constituiu a partir de um rebaixamento da jurisdição à legislação, vindo a primeira a perder o potencial criativo da perspectiva casuística (PILATI, 2014b). Mais do que isso, a Modernidade tende a visualizar o direito Romano de forma fracionada, separando o *ius* do seu contexto político, histórico e social, atribuindo ao Direito Romano uma feição meramente histórica (PILATI, 2013b). O paradigma moderno nega e relativiza o passado através da própria forma como sistematiza a realidade, por abstração e por leis gerais, desqualificando a complexidade do real na medida em que fragmenta e compartimentaliza seus conteúdos (PILATI, 2017a).

Essa compartimentalização também se opera no plano jurídico, limitando o direito à esfera normativo abstrata, reduzindo a complexidade das relações jurídicas à simplicidade do plano legislativo, e separando o direito de sua contraparte social. E é dessa separação do direito para com a Sociedade que advém uma das maiores discrepâncias entre o Direito Romano e o paradigma moderno das ciências jurídicas.

Em verdade, o termo “direito” era estranho aos romanos, tendo derivado de um substantivo do latim vulgar (*directum* ou *derectum*) o qual aparentemente não possuía equivalente no latim clássico (anterior ao vulgar). Durante o período clássico, o termo mais próximo do substantivo “direito” era o adjetivo *directus*, o qual buscava designar “aquilo que é conforme a linha reta” (CRETILLA JÚNIOR, 2007, p. 17).

Os romanos utilizavam o vocábulo *ius* para designar o que hoje denominamos como direito. Porém, a concepção romana de *ius* é muito diferente da concepção moderna de direito. Conforme Ulpiano (150-223 d.C.) destaca no início do *Digesto*:

É preciso que aquele que há de se dedicar ao direito primeiramente saiba de onde descende o nome

“direito” (*ius*). Vem, pois, de “justiça” chamado. De fato, como Celso elegantemente define, direito é a arte do bom e do justo (D. 1.1.1).

Os preceitos de direito são estes: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada o seu (D. 1.1.10pr).

Ricardo D. Rabinovich-Berkman (2001) ressalta que o conceito de *ius* é infinitamente mais dinâmico, criativo e profundo que o substantivo *directum* e que seu derivado empregado pelo paradigma moderno (direito). Em realidade, a retidão do termo “Direito” parece ser adequado ao paradigma moderno e a suas premissas e praxes básicas, as quais, antes da busca do bom e do justo, tendem a atender objetivamente a operações de subsunção que preocupam-se em preservar a racionalidade abstrata oriunda daquilo que está positivado em lei, não se preocupando em qualificar o conflito conforme sua complexidade e com vistas ao interesse comum.

Diferente do *ius* dos romanos, que, conforme já observado, parte de uma perspectiva pragmática que encontra fundamento naquilo que é justo e está sujeito à inovação para atender a este primado de justiça e equidade, o direito da Modernidade demonstra uma preocupação precípua em preservar e justificar a racionalidade do sistema de normas que lhe dá fundamento e reveste seu discurso de segurança. É possível observar uma tendência nos sistemas jurídicos modernos em não buscar fundamento na *maiestas*, a qual pertence à Sociedade, mas em fundamentar sua legitimidade em si mesmo através de uma lógica de autorreprodução que muitas vezes se encontra alheia ao convívio social.

Apesar de servir de molde para muitas das instituições jurídicas modernas, as magistraturas e a jurisdição romana não compartilham da perspectiva simplificadora que viria a ser adotada pelo paradigma moderno. Muito pelo contrário, tratam-se de instituições dotadas de camadas de complexidade alheias ao ideário moderno e dotadas de um caráter participativo que teve seu ápice na República dos Romanos.

Ao observar o *Liber Primus* do *Digesto* de Justiniano, Pompônio (117-180 d.C.) afirma que, “quanto ao que diz respeito aos magistrados, consta que no início desta *civitas* os reis tinham todo o poder” (D. 1.2.2.14). Todavia, quando da queda do governo monárquico, o poder antes centralizado na figura do *rex* foi distribuído entre vários funcionários, geralmente eleitos pelos cidadãos para exercerem suas atribuições por um período previamente delimitado. Em Roma, tais funcionários receberam o termo genérico de “magistrados”, e sua função

foi designada como “magistratura”, palavra que provém da expressão latina *magnus*, a qual se relaciona com a ideia de poder (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

As magistraturas romanas possuíam características muito distintas daquelas adotadas pela Modernidade. Eram cargos eletivos, eleitos por comícios centuriados, tribais, e da plebe, para um mandato de um ano; com exceção dos ditadores (06 meses) e dos censores (01 ano e meio); sendo consideradas um *honor*, o que importava em sua gratuidade. Além disso, os magistrados romanos respondiam juridicamente por suas ações, assim como ao final do período republicano estes também passaram a assumir uma responsabilidade perante os comícios que lhes elegeram, podendo ser destituídos em caso de má gestão. Por fim, também gozavam do atributo da colegialidade; o qual é compartilhado pelos sistemas jurídicos modernos em determinadas instâncias; porém, cada magistrado exercia individual e autonomamente a totalidade de seu poder, e, em caso de dissenso, poderia ter suas ações vetadas por qualquer colega (DI PIETRO; ELLI, 2010).

Eram consideradas ordinárias aquelas cuja eleição estava prevista regularmente (a cada ano ou a cada cinco anos), e extraordinárias aquelas que eram compostas em circunstâncias excepcionais (como as ditaduras). Por sua vez, as magistraturas que surgiam de eleições das quais participavam todos os cidadãos eram tidas como “do povo romano”, ao passo que aquelas que eram privativas da plebe e oriundas dos *concilia plebis* (os tribunos e edis plebeus) eram denominadas como “da plebe” (DI PIETRO; ELLI, 2010).

Em seu relato acerca da origem das magistraturas romanas, Pompônio destaca o papel dos cônsules, os quais, de acordo com uma das teses mais difundidas, derivaram diretamente do rei deposto e deram origem às demais magistraturas:

E depois, expulsos os reis, constituíram-se dois cônsules, nas mãos de quem se determinou por lei que o sumo direito se encontrasse. Foram assim designados pelo fato de se ocuparem principalmente da *res publica*. Para que estes não exigissem para si o poder régio de tudo, determinou-se por uma lei que existisse a possibilidade de *provocatio*²¹ deles e que eles não pudessem reprimir contra a cabeça de um cidadão

²¹ Direito de apelar ao povo que foi conquistado pela plebe contra as sentenças graves ditadas pelos magistrados.

romano sem ordem do povo. Somente lhes foi deixado que pudessem constrangê-lo à força e ordenassem que fosse conduzido às cadeias públicas (D. 1.2.2.16).

Num primeiro momento, os cônsules eram magistrados patrícios eleitos por assembleia popular para assumirem suas funções por um ano e em pé de igualdade no que diz respeito a suas potestades. Importa destacar que quando do reconhecimento dos cônsules enquanto autoridades civis, ao mesmo tempo a autoridade religiosa foi separada da civil; esta última pertencente aos cônsules; passando a ser confiada a um grão pontífice (PETIT, 2007).

Apesar de serem em número de dois e constituírem a mais alta das magistraturas ordinárias, governavam revezando-se um mês cada um até o fim do ano no qual foram investidos na magistratura. Cada cônsul exercia a totalidade de seu poder por si só, sem a necessidade de consultar ou ter o consenso de seu par, porém, aquele que não estava em exercício tinha como dever fiscalizar o exercente, e, nos casos de discordância para com o cônsul investido no poder, detinha a *intercessio*²², em outras palavras, possuía o poder de veto (CRETELLA JÚNIOR, 2007).

No caso das magistraturas romanas, tratava-se do *intercessio magistratus*, faculdade que inicialmente pertencia aos cônsules e posteriormente se estendeu a todas as magistraturas republicanas colegiadas, de suspender com seu veto toda decisão de seu colega que considerasse inconveniente, salvo se já a houvesse aprovado expressamente ou tacitamente (TORRES, 2007).

Os cônsules foram os verdadeiros titulares do Poder Executivo durante a República dos Romanos, possuindo grande importância jurídica na medida em que convocavam comícios para propor leis e ao Senado para obterem o *senadoconsultus*, cujas manifestações eram essenciais para a manutenção do equilíbrio das instituições romanas (RABINOVICH-BERKMAN, 2001). Tamanha foi a importância do Senado no êxito e expansão de Roma, que o nome oficial do país era *Senatus Populusque Romanos* – S.P.Q.R., “o Senado e o Povo de Roma”.

Entretanto, quando fosse o caso de um grande perigo militar, como uma invasão inimiga, se recorria a um homem que reunisse as qualidades de liderança militar e virtude cidadã para que exercesse uma magistratura

²² Oposição de um magistrado à medida que seu colega tentava adotar. Era, portanto, um veto muito peculiar das instituições colegiadas da Roma Antiga (TORRES, 2007).

superior com poderes absolutos, e, uma vez derrotado o inimigo, regressasse ao seu labor regular imediatamente (como ocorreu com Cincinato por duas vezes). Tal magistratura com poderes ilimitados cabia ao ditador, o qual não estava sujeito a *provocatio* ou ao *intercessio*, nem dependia da cooperação do Senado ou de qualquer outra magistratura, com exceção dos Tribunos, como pode se observar dos seguintes relatos de Pompônio e Polábio:

Mais tarde, com o aumento da população, como se originassem guerras frequentes e algumas mais graves fossem suscitadas por povos confinantes, durante este período, exigindo a realidade, determinou-se por bem que se constituísse uma magistratura de maior poder. Assim, surgiram os ditadores, contra os quais não havia o direito de mover a *provocatio* e aos quais se concedeu até mesmo o poder da pena capital. Pois que possuía o sumo poder, não era permitido que este magistrado se mantivesse além do sexto mês (D. 1.2.2.18).

Um ditador difere dos cônsules nestes aspectos, que enquanto cada um dos Cônsules é assistido por doze lictores, o Ditador tem vinte e quatro, e que enquanto os Cônsules exigem em muitos assuntos a cooperação do Senado, o Ditador é um general com poderes absolutos, todos os magistrados em Roma, exceto os tribunos, deixando de ocupar o cargo em sua nomeação (POLÍBIO, 1979, p. 215)²³.

Além dos cônsules e ditadores, merece especial destaque dentre as magistraturas superiores da República dos Romanos a figura do pretor. Esta categoria de magistrados foi criada em decorrência das atribuições militares dos cônsules; os quais tinham o encargo de se ausentar da *civitas* durante as guerras para acompanhar as tropas; a fim de evitar uma lacuna na administração da Justiça.

²³ A dictator differs from the Consuls in these respects, that while each of the Consuls is attended by twelve lictors, the Dictator has twenty four, and that while the Consuls require in many matters the co-operation of the Senate, the Dictator is a general with absolute powers, all the magistrates in Rome, except the Tribunes, ceasing to hold office on his appointment.

E como os cônsules fossem chamados às guerras de fronteira e não houvesse quem pudesse distribuir o direito na *civitas*, fez-se com que também um pretor fosse eleito, o qual foi chamado de pretor urbano, porque na cidade distribuir o direito (D. 1.2.2.27).

Depois de alguns anos, não sendo suficiente este pretor porque também já muitas turbas de peregrinos tinham vindo para a *civitas*, foi eleito também um outro pretor, que foi chamado pretor peregrino pelo fato de que comumente declarava o direito entre os peregrinos (D. 1.2.2.28).

Assim como os cônsules, os censores²⁴, e o ditador, os pretores também se enquadravam no rol daquelas que eram consideradas como magistraturas superiores de Roma, razão pela qual também eram dotados de *potestas*²⁵, *ius contionem habendi*²⁶ e *imperium*. Como consequência deste último, também acumulavam poderes de coerção no âmbito da jurisdição (*ius coercionis*), bem como podiam aplicar multas aos desobedientes (*ius multae dictionis*) e apreender bens em garantia no patrimônio do devedor por determinados créditos (*ius pignoris capionis*) (PILATI, 2017a).

Como pode se observar, uma das principais características das magistraturas romanas era o complexo de potestades genericamente conhecido como *imperium*. Diferente do período da realeza, no qual este *imperium* ficava concentrado na figura do rei, durante a República este tratou de ser compartilhado entre algumas magistraturas (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

²⁴ Depois então, como o censo se devesse fazer em tempo mais espaçado e os cônsules não fossem capazes de empreender também este ofício, foram constituídos os censores” (D. 1.2.2.17). Os censores eram magistrados encarregados de fazer o censo da cidade, velar pelos bons costumes e castigar aqueles que possuíam uma conduta condenável. O censo servia de base para definir as obrigações militares e fiscais dos cidadãos de Roma, bem como era utilizado como um parâmetro para designar a participação nos direitos políticos e a ocupação de cargos públicos, tendo como critério básico a riqueza de cada pessoa, sendo realizada uma estatística de suas propriedades (TORRES, 2007).

²⁵ “Poder de administrar os interesses públicos em nome do povo. Dela derivavam o *ius contionem habendi*, direito de convocar o povo a reuniões (*contiones*), e ali dirigir e franquear a palavra aos particulares” (PILATI, 2013, p. 29).

²⁶ “[...] direito de convocar o povo para reuniões (*contiones*), e ali dirigir e franquear a palavra aos particulares (PILATI, 2013, p. 29).

Como o principal responsável pelo exercício da jurisdição durante o período republicano, o Pretor exercia esta através de seu poder de *imperium*, o qual poderia ser *merum* (puro) ou *mixtum* (misto):

O *imperium* ou é *merum* ou é *mixtum*. É *imperium merum* poder castigar homens criminosos, *imperium* que se chama também *potestas*. *Mixtum* é o *imperium* que inclui também a jurisdição, e se manifesta no ato de conceder a posse de bens. A jurisdição é também a faculdade de dar juiz (D. 2.1.3).

O *imperium merum* era um poder de administração e polícia que permitia ao Pretor exercer livremente suas competências jurisdicionais, podendo inclusive fazer uso de sanções corporais para tanto (PETIT, 2007).

Por sua vez, o *imperium mixtum* garantia ao pretor as prerrogativas da jurisdição: *do*, *dico* e *addico*. Através destas, lhes eram conferidos poderes de baixar normas de caráter jurisdicional mediante editos (*ius edicendi*); ordenar o processo através de fórmulas; dar ordens às partes mediante interditos ou decretos; realizar atividades hodiernamente consideradas como de jurisdição voluntária; delegar o poder jurisdicional à juízes ou árbitros para que estes sentenciassem as causas (*iudicem dare*); e presidir a execução da sentença (*manus iniectio*) (PILATI, 2013).

O *ius edicendi* tratava-se de uma manifestação do verbo da jurisdição, *Dico*. Representava o poder de publicar uma regra geral em um edito, vindo o pretor a agir preventivamente nos conflitos, criando instrumentos aptos a regulamentarem o exercício de sua jurisdição, e, portanto, conferindo ao pretor uma gama de prerrogativas para ordenar e a jurisdição e preordenar o processo com base em seu *imperium mixtum* (PILATI, 2017a).

Dentre as diferentes espécies de editos, o edito urbano proclamado pelos pretores urbanos foi o mais importante, chegando ao ponto de criarem um novo direito ao lado do *ius civile*, o qual ficou conhecido como direito pretoriano ou direito honorário, diferenciando-se do *ius civile* pelo fato de ser mais flexível e humanizado que este, na medida em que os pretores primavam pela equidade em sua práxis jurisdicional (CRETILLA JÚNIOR, 2007).

Por sua vez, o *iudicem dare* decorre do verbo da jurisdição, *Do*. Através desta prerrogativa, o pretor indicava um único juiz para exercer a jurisdição em questões mais simples, pronunciando-se este pela

condenação ou absolvição, enquanto que nas causas mais complexas; que exigiam uma inovação jurídica; nomeava três juízes, formando assim um pequeno tribunal colegiado (PILATI, 2017a).

Tratava-se, portanto, da possibilidade do pretor delegar a jurisdição à particulares para estes decidirem o litígio, destacando-se que, de acordo com o Livro Segundo do *Digesto* de Justiniano, “poderá delegar a jurisdição, tão somente, aquele que a tem por direito próprio, não aquele que a detém à mercê de outrem” (D. 2.1.5). Assim, aquele que recebia do pretor a jurisdição, não possuía a faculdade de delegá-la a um terceiro, uma vez que somente o pretor era eleito pelo povo romano.

Por fim, o *manus iniectio* deriva do verbo da jurisdição, *addico*, consistindo no poder do pretor de, uma vez sentenciado o processo e instaurada sua execução, homologar a sentença proferida pelo juiz que dele recebeu a jurisdição ou o acordo firmado pelas partes (PILATI, 2017a).

A jurisdição foi considerada desde o princípio e por muito tempo uma prerrogativa pessoal do magistrado, consistindo na enunciação dos princípios jurídicos que se enquadram em uma controvérsia, regulamentando uma determinada situação jurídica e legando aos cidadãos a solução do caso. Somente a partir do século I d.C. é que a jurisdição passa a ser identificada como uma função estatal, compreendendo também a prerrogativa de emitir uma sentença ao caso concreto (DI PIETRO; ELLI, 2010).

Sobre o plano processual, muito do que se conhece acerca do direito processual romano – e sobre o direito privado em geral – se deve ao jurisconsulto Gaio (108-178 d.C.), cujas *Institutiones* foram o único texto de um jurista romano que foi preservado integralmente até os tempos modernos, tendo inclusive sua planificação servido de modelo à obra homônima de Justiniano (CAMPOS, 2010).

Apesar do dissenso quanto à verdadeira natureza de seu nome, admite-se que Gaio tenha exercido a atividade de jurisconsulto em Roma durante o período que compreende os últimos anos do governo de Adriano e o final do de Marco Aurélio (138-160 d.C.), mesmo período no qual as *Institutiones* teriam sido compostas. E, em que pese nunca ter exercidos altos cargos na administração do então Império Romano ou ter possuído o *ius respondendi*²⁷, Gaio era um erudito versado na História do

²⁷ Direito de resolver. Privilégio outorgado por Augusto e por seus sucessores a certos jurisconsultos mediante o qual podiam emitir ditames ou opiniões com validade equivalente à do próprio príncipe caso este as tivesse formulado (TORRES, 2007).

Direito, tendo realizado em suas *Institutiones* aquilo que Cícero planejou fazer sem êxito: a sistematização do direito privado em uma tricotomia que englobava o direito das pessoas (*personae*), o direito das coisas (*res*) e a teoria das ações (*actiones*) (CAMPOS, 2010).

De acordo com Celso “a ação não é nada mais que o *ius* de perseguir em juízo o que se é devido” (I. 4, 6), pode se afirmar que esta é o instrumento que possibilita o processo, razão pela qual seu estudo deve ser precedido ao mesmo.

“Ação” é o substantivo correspondente ao verbo “atuar”, o qual na língua latina possui um forte sentido militar, de modo que era conhecido como “autor” aquele que inicia um combate movimentando suas tropas contra um adversário, o qual os romanos denominavam como “réu”. Mesmo sendo o processo judicial um constructo operacionalizado para evitar a vingança privada e viabilizar a pacificação social através do aparato público, é inegável a existência de diversas metáforas bélicas no direito processual, o que foi preservado inclusive hodiernamente (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

É possível observar no Direito Romano aquilo que determinados autores denominam como “ações com vida própria”, as quais não tinham como objeto de atuação um direito específico, sendo, portanto, desacompanhadas de uma prerrogativa de fundo. Tal fato se deve a fecunda atividade dos pretores, que, apesar de não possuírem poderes legislativos, reconheciam direitos subjetivos os quais eram disfarçados através de ações a fim de poderem ser garantidos aos sujeitos tutelados. Essa situação resultava em circunstâncias anômalas, nas quais direitos que careciam de nomes eram resguardados por ações dotadas de um nome próprio – geralmente o do pretor que a instituiu – e que haviam sido criadas especificamente para tutelar estes direitos inominados, de modo que muitas vezes os direitos eram ensinados a partir de suas ações (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

Ou seja, o Direito Romano Clássico se constituiu numa perspectiva que partia da ação para o direito. Tal perspectiva mudaria mais adiante, já no Dominato (a partir de 285 d.C.), com a decadência dos pretores e a tendência a uma normatização do direito que promoveu uma mudança de paradigma no que diz respeito a perspectiva das ações, as quais passaram a observadas como institutos acessórios aos direitos que estas defendem, visão esta que se propagou e alcançou a Modernidade.

Sobre as modalidades de ação, Gaio as classifica em duas: ações reais e ações pessoais. Às primeiras dá-se o nome de “reivindicações” sendo empregadas quando da necessidade de provar a propriedade de algum bem corpóreo ou beneficiar-se de determinado direito. As

segundas são denominadas como “condições” e devem ser utilizadas em desfavor de uma pessoa que tenha a obrigação de dar, fazer, ou prestar alguma coisa ou serviço, quer seja em virtude de contrato estabelecido entre as partes ou por decorrência de um delito (G. 4, 1-5).

As “ações da lei” (*legis actiones*) animaram o mais antigo sistema processual romano, sendo estas decorrentes de leis existentes – seja da Lei das XII Tábuas ou das leis resultantes da jurisdição dos pontífices –, uma vez que os editos dos pretores só vieram a ser introduzidos mais adiante com a Lei Ebúcia. Tratava-se de um sistema que adotava um procedimento oral que primava por um rigoroso formalismo verbal e pela interpretação literal das palavras da lei – que na época era uma atribuição exclusiva dos pontífices –, como pode se observar na seguinte passagem das *Institutiones* de Gaio:

As ações que estavam em uso nos tempos antigos eram chamadas “ações da lei” porque resultavam das leis existentes, uma vez que os editos do Pretor, pelos quais vieram a ser introduzidas muitas modalidades de ações, não estavam ainda em uso, e também porque, por isso mesmo, se baseavam literalmente nas palavras da lei, as quais eram tão imutavelmente observadas como as próprias leis, a ponto de um indivíduo que pôs uma ação para reclamar contra um corte de videiras e, no decorrer da ação, empregou o termo “videiras”, foi sentenciado a perder a ação, uma vez que a Lei das XII Tábuas, no artigo que ele podia alegar para reclamar o corte das videiras, apenas emprega a expressão genérica de “corte de árvores” (G. 4, 11).

As ações da lei se processavam através de cinco modalidades: a) por compromisso sagrado; b) por petição ao juiz; c) por condição; d) por aprisionamento da pessoa do devedor; e) por aceitação de um penhor. Tais ações possuíam natureza declaratória ou executiva e eram dotadas de um ritualismo excessivo que por vezes fazia com que o mais tênue equívoco resultasse na perda da ação, o que mais tarde resultaria no desgaste deste sistema e em sua substituição pelo processo formulário.

Todas essas ações da lei vieram paulatinamente a perder aceitação, dado que, em virtude da excessiva sutileza dos antigos juriconsultos que então aplicavam o direito, se chegou a um ponto

em que o mais ínfimo erro processual equivalia à perda da ação. Assim, em virtude Lei Ebúcia e de duas Leis Júlias as ações da lei saíram do uso e os litígios passaram a ser dirimidos por recurso a enunciados previamente estudados, as chamadas “fórmulas” (G. 4, 30).

O processo formulário tem origem com a atividade jurisdicional do Pretor Peregrino, o qual foi criado em 242 a.C. para administrar a justiça entre cidadãos e estrangeiros. Essa categoria de pretores não necessitou se ajustar ao formalismo excessivo do sistema das ações da lei, e, portanto, teve liberdade para desenvolver um tipo de processo que contemplava as fases *in iure* e *apud iudicem* das ações da lei, porém, sem as formalidades e solenidades previamente observadas. Deu lugar a um procedimento dotado de formulações que se adaptavam de acordo com o caso concreto, e que também se estendeu ao Pretor Urbano por volta de 130 a.C. com a Lei Ebúcia (DI PIETRO, ELLI, 2010).

A fórmula era a alma deste novo modelo de procedimento e comportava as seguintes partes: enunciação, pretensão, adjudicação, e condenação. Inicialmente o pretor deveria enunciar qual era o objeto da lide e expor a pretensão do autor sintetizando o que este visava obter. O pretor poderia estender ao juiz a faculdade de adjudicar o ganho da causa a algum dos litigantes, e, por fim, atribuía ao juiz o poder de condenar ou de absolver, sendo que a condenação sempre deveria ser formulada em termos pecuniários. A quantia poderia ser determinada ou indeterminada, sendo que, na hipótese do pretor especificar uma quantia exata, o juiz não poderia condenar ao pagamento de uma soma superior ou inferior ao que foi definido pela fórmula, do contrário, poderia ser acusado de não ter sido imparcial no julgamento do processo (G. 4, 39-52).

O processo formulário firmou a base do *ordo iudiciorum privatorum* (ordem dos juízes privados), e, conforme previamente observado, este possuía duas etapas: a) *in iure*: perante o pretor, que recebia as partes, transcrevia o fato e as alegações jurídicas em um documento (fórmula) e decidia questões preliminares; b) *apud iudicem*: perante o juiz nomeado pelo pretor, que realizava a instrução do processo, o sentenciava, e devolvia ao pretor para que este presidisse a execução (PILATI, 2017a).

Cabia ao Pretor preparar a lide e estipular as regras do jogo designando uma fórmula a ser aplicada ao caso concreto. Tais regras eram fixadas pelo Pretor através de um edito, o qual determinava um programa a respeito de como funcionaria a jurisdição durante o período de um ano

correspondente à pretura. Em suma, o edito tratava-se de um catálogo de fórmulas as quais as partes poderiam consultar previamente a fim de observar os possíveis posicionamentos do Pretor diante de uma lide. Ademais, não se tratava de uma norma imperativa que reconhecia direitos pessoais; pois o Pretor não era legislador; mas sim de um compromisso público – sempre controlado por uma vigilante opinião pública – de conceder medidas processuais e extraprocessuais quando de sua previsão em fórmula (DI PIETRO; ELLI, 2010).

A duração do edito era anual, assim como o cargo de Pretor, e, uma vez cessado o mandato do Pretor que havia lhe editado, o edito perdia formalmente qualquer eficácia, sendo substituído pelo do Pretor seguinte, de modo que todos os anos havia um novo edito. Contudo, apesar da sucessão de editos, as normas pretorianas frequentemente passavam de um edito para outro, sendo possível em alguns casos remontar à sua origem, quando foram originalmente promulgadas (BRETONE, 1998).

Assim, a promulgação dos editos era marcada por um dinamismo consistente na alternância entre conservação e inovação de normas cuja aplicabilidade e continuidade eram definidas segundo um critério político-axiológico decorrente de sua própria aplicação prática, como bem explana Mario Bretonne (1998, p. 138):

Como pode acontecer que o édito, válido apenas pelo espaço de um ano, transfira o seu conteúdo para o novo édito que o segue, e por isso que o conteúdo pareça adquirir um (diferente e duradouro) carácter jurídico próprio – num plano, dir-se-ia, “consuetudinário” –, antes e fora do acto com que o pretor o assume e o torna público? Se se observar com a atenção necessária este fenómeno tão delicado, em que todo um mecanismo organizativo revela o seu movimento interno, não se tardará a notar como a duração das normas pretorianas dependa da relevância (estava para dizer, da autoridade) que alcançaram na sua própria aplicação prática.

A etapa *in iure* encerrava-se normalmente com a *litis contestatio*, ato pelo qual as partes concordavam em submeter a lide a um julgamento por um terceiro que deveria se ater aos termos da fórmula designada pelo Pretor. O autor da ação ditava a fórmula ao demandado, e este a aceitava, ficando sujeito à decisão do magistrado que lhe seria designado pelo Pretor (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

Tinha início então a etapa *apud iudicem*, cujo procedimento probatório adotava princípios que seriam incorporados pela dogmática processual moderna, como o *auctori incumbit probatio* (o ônus da prova compete ao autor) e o *reus excipiendi fit actor* (quem invoca uma exceção passa a autor). Porém, diferente dos magistrados modernos, quem julgava a causa não era um funcionário nomeado pelo Estado, mas um cidadão indicado pelo Pretor e que estava preso ao conteúdo da fórmula elaborada por este. Uma vez proferida a sentença, o juiz nomeado pelo pretor encerrava sua missão e deixava de ser juiz, em que pese os efeitos de sua decisão produzirem os respectivos efeitos jurídicos (CRETELLA JÚNIOR, 2007).

Dessa forma, o Pretor não julgava os casos que lhe eram apresentados, quem o fazia eram os juízes nomeados por este com base no *iudicem dare* decorrente de seu *imperium*. Eugène Petit (2007) salienta que o sistema arbitral firmado pelo *ordo iudiciorum privatorum* se justifica pelo fato de que: a) havia uma grande confusão entre os Poderes Públicos, não havendo a separação entre a autoridade administrativa e judicial característica da Modernidade, o que poderia prejudicar a imparcialidade dos juízos, dado o acúmulo de poder na figura do Pretor; b) Essa divisão em uma etapa *in iure* e uma etapa *apud iudicem* retirava dos pretores a carga mais pesada da atividade jurisdicional, o que possibilitava a estes, mesmo que em um número reduzido de magistrados e com apenas um ano de mandato, atuarem nos assuntos mais diversos; c) a lista de cidadãos aptos a exercerem a função de juízes abrangia milhares de pessoas na época clássica, o que permitia que cada juiz ficasse responsável por uma quantidade pequena de processos e pudesse se dedicar com calma à análise de cada qual, de modo que a sentença fosse proferida com o devido conhecimento da causa.

A respeito dos juízes que atuavam na etapa *apud iudicem*, estes podiam ser designados como *judex*, *arbiter* ou *recuperatores*. Havia um único *judex* por assunto e estes eram responsáveis por julgar causas que se resumiam a simples análise do direito material em questão. Por sua vez, vários *arbitrer* eram nomeados para atuarem nos casos em que a matéria também deveria ser avaliada à luz da boa-fé e fazia jus a uma gama mais extensa de poderes por parte de juiz. Estes juízes eram escolhidos a partir de listas confeccionadas pelo Pretor e expostas no fórum, sendo a idade mínima para a nomeação vinte anos. As partes poderiam escolher elas mesmas com base nessa lista quem seria o *judex* ou *arbitrer* que julgaria sua causa, cabendo ao Pretor confirmar a escolha (*iudicem dare*), sendo que aqueles que eram nomeados não podiam se escusar do encargo sem uma justificativa que fosse considerada legítima.

Por fim, existem poucas informações a respeito do encargo dos *recuperatores*, mas a hipótese mais provável é a de que estes eram responsáveis por julgar os processos entre cidadãos e peregrinos, estando sempre em número ímpar: um representando os interesses do povo romano, outro representando os interesses do peregrino, e um terceiro para o caso de um impasse (PETIT, 2007).

A sentença dos juízes nomeados pelo Pretor possuía força de coisa julgada, dela não podendo recorrer as partes, salvo em casos excepcionais, quando diante de uma sentença que viola a lei ou a fórmula elaborada pelo Pretor, situação na qual se solicitava a *revocatio in duplum* a fim de comprovar a nulidade da sentença. O direito de apelar das sentenças proferidas pelos juízes surgiu apenas no início do Império, tendo se baseado no poder de veto dos magistrados republicanos, tratando-se de uma espécie de *intercessio* a uma magistratura superior (*apellare magistratum*), que anulava a sentença e a substituía por uma nova (PETIT, 2007).

O processo formulário e o *ordo iudiciorum privatorum* abriram o espaço necessário para que o Pretor se firmasse como principal responsável pela jurisdição em Roma, resolvendo com o auxílio da equidade aquilo que antes estava sujeito ao “frio e desumano rigorismo das formalidades” (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 299). Somado ao protagonismo do Pretor, o procedimento formular era muito mais ágil e efetivo que o estabelecido pelo processo das ações da lei, sendo o uso das fórmulas um dos motivos pelos quais o Direito Romano é considerado um direito casuístico, uma vez que o Pretor analisava as pretensões caso a caso antes de conceder ou negar aos demandantes a possibilidade de levarem adiante suas postulações (CAMPOS, 2010).

Da mesma forma, uma vez que cada Pretor incorporava ao seu edito o conteúdo dos editos dos pretores que lhe antecederam – oportunidade na qual também atribuía elementos novos a tais formulações – pode se afirmar que o procedimento formular possibilitou uma atitude criativa e renovadora que consagrou o Direito Romano como um direito de caráter jurisprudencial, conforme pode se observar nas considerações de Alfredo Di Pietro e Ángel Enrique Lapieza Elli (2010, p. 175):

O caminho estava aberto para uma atuação mais livre e audaz: seu *imperium* não estava travado pelo formalismo das *legis actiones* e de seu arbítrio dependia a existência e o conteúdo da fórmula, que era lei para o juiz. O pretor, de posse de todos os recursos processuais e extra-processuais, se lançou

em um labor de profunda renovação, criação e desenvolvimento de instituições jurídicas que transformaram a *iusdictio* na fonte mais original do direito romano²⁸.

A atuação criativa e renovadora dos pretores ao longo dos séculos através de um procedimento formular dotado de um caráter jurisprudencial culminou na elaboração do “Edito Perpétuo”, aproximadamente em 130 d.C., por Salvio Juliano (110-170 d.C.) durante o reinado do imperador Adriano (76-138 d.C.) (CAMPOS, 2010). Porém, em que pese ter consagrado a jurisprudência dos pretores, o Edito Perpétuo retirou destes o poder de atualizar a jurisdição, reservando tal papel ao Imperador, fato que prejudicou o caráter dinâmico da jurisdição romana (PILATI, 2014b).

Todavia, por mais que sejam evidentes as melhorias promovidas pelo procedimento formular, importa destacar que a Lei Ebúcia não rompeu abruptamente com o sistema das ações da lei, de modo que este continuou a ser utilizado em determinados casos. Tal lei representou um importante período de transição no processo civil romano, disciplinando a incorporação do processo formulário até que as Leis Júlias extinguissem o antigo sistema das ações da lei (CAMPOS, 2010).

Em linhas gerais, ao longo de toda a vasta experiência jurídica romana, o processo formulário foi aquele que representou o ápice da jurisdição em Roma, tendo vigorado por vários séculos e servido de nicho para o desenvolvimento de muitos dos principais juristas de Roma. Nesse sentido, Ricardo D. Rabinovich-Berkman (2001, p. 766) destaca:

O formulário foi indubitavelmente o procedimento romano por excelência. Vigorou durante séculos, incluindo todo o período clássico. Foi, então, aquele que os grandes juristas conheceram e consideraram, e o terreno fértil pragmático no qual

²⁸ El camino estaba abierto para una más libre, más audaz actuación: su *imperium* no estaba trabado por el formalismo de las *legis actiones* y de su arbitrio dependía la existencia y el contenido de la fórmula, que era ley para el juez. El pretor, em posesión de todos los recursos procesales y extraprosesales, se lanzará a una labor de profunda renovación, creación y desarrollo de instituciones jurídicas que convertirá a la *iusdictio* en la fuente más original del Derecho Romano.

se desenvolveram as soluções que faziam do direito romano o que era²⁹.

Mais do que isso, o *ordo iudiciorum privatorum* e o processo formulário expressam o equilíbrio entre instituições representativas e participativas que caracterizou o auge da República dos Romanos. Segundo José Isaac Pilati (2017a, p. 58):

Eis aí o espectro da jurisdição sob a democracia direta romana: o edito pretoriano é que atualiza e orienta o processo no plano normativo, respeitadas as leis e os costumes; a lide é balizada pelas partes sob a condução do Pretor, que verte à fórmula e remete ao juiz nomeado; antes, porém, o Pretor toma providências cautelares quanto à conservação do objeto da lide e ao não emprego de violência; e quem julga, por delegação, não é um representante estatal, mas cidadãos particulares. E a decisão é irrecorrível.

Entretanto, o *ordo iudiciorum privatorum* não era aplicável a todos os casos, havendo exceções que dariam margem ao desenvolvimento de um procedimento extraordinário denominado conhecido como *cognitio extraordinaria*. Em tais casos, em vez de encaminhar as partes a um juiz, o próprio magistrado deliberava sobre a controvérsia e expedia um *decretum*, sendo que a condenação nem sempre era pecuniária, se relacionando diretamente com o objeto do processo (PETIT, 2007).

O fato do Direito Romano clássico ter uma origem não estatal, concedendo validade a normas não ditadas por autoridades do estado, faz deste um modelo de jurisdição de caráter complexo, tendo os romanos dado um grande passo na constituição do direito como mecanismo de regulamentação social. Contudo, sua matriz publicista não foi suficiente para articular juridicamente o paradigma moderno, que fez uso dos conceitos jusprivatistas de Roma para organizar o direito público da Modernidade, razão pela qual este mostra-se insuficiente para conceber e regular relações jurídicas de natureza complexa, bem como para proteger bens coletivos (CAPELLA, 2002).

²⁹ El formulario fue sin duda el procedimiento romano por excelencia. Rigió durante siglos, incluyendo toda la etapa clásica. Fue, pues, el que conocieron y consideraron los grandes juristas, y el caldo de cultivo pragmático sobre el que se desarrollaron las soluciones que hicieron del derecho romano lo que fue.

A complexidade das relações jurídicas do modelo romano clássico advém justamente da articulação entre as esferas representativa e participativa na administração e resolução dos conflitos. Durante a vigência do sistema das ações da lei e do processo formulário, ao magistrado cabia apenas organizar a lide e designar a fórmula aplicável a esta. A resolução do conflito era confiada às partes e ao indivíduo incumbido da função de julgá-lo. Não havia um monopólio da jurisdição por parte do Estado. A esfera representativa não se sobrepunha à participativa, de modo que ambas eram complementares uma a outra. Partia-se de um ideal de soberania compartilhada entre os cidadãos da *civitas*, verdadeiros responsáveis pela resolução dos conflitos em Roma durante o período clássico, restando ao magistrado, com base em seu *imperium*, organizar a lide e homologar a sentença proferida pelo juiz nomeado para a causa.

O Direito Romano clássico foi fundamental para o desenvolvimento da ciência jurídica moderna. Porém, o progressivo abandono de sua função prática, casuística e pragmática, acabou por revelar seu destino como paradigma científico (BRETONE, 1998).

Desenvolvido e eficiente, muitos dos grandes princípios dos sistemas processuais romanos foram incorporados pelos ordenamentos jurídicos que lhes seguiram, como os da Modernidade. Porém, apenas os seus princípios foram herdados, ao passo que suas instituições concretas foram abandonadas pelo paradigma moderno (RABINOVICH-BERKMAN, 2001). Conforme Aldo Schiavone (2005, p. 247) destaca, o que a Modernidade conservou do Direito Romano foram apenas os conceitos abstratos desenvolvidos por seus juristas, os quais foram aplicados a uma realidade econômica e social totalmente distinta daquela em que foram desenvolvidos, e sem qualquer vínculo com as instituições jurídico-políticas dos quais foram originados:

Às vezes, também somos atraídos pela aparente persistência das formas jurídicas de que se revestem as relações econômicas: nos casos em que a utilização moderna do direito romano parece exibir a presença de um contato ininterrupto entre a Antiguidade e a modernidade. Mas este é outro engano, pois o que se conservou nesses casos é apenas uma valiosa sintaxe formal, condensada em um rígido léxico disciplinar e numa densa rede de conceitos abstratos, chamados a regular uma realidade econômica e social totalmente nova.

Tal atitude se deve em parte a uma tendência do paradigma moderno em direção a abstração e simplificação das relações jurídicas, relativizando as experiências históricas que lhe antecederam. Como já observado, a Modernidade prima por um racionalismo abstrato que tende a desqualificar tudo aquilo que foge à sua lógica simplificadora. Nesse sentido, o modelo de jurisdição participativa que vigorou em Roma, que privilegiava a complexidade do real a partir de uma lógica casuística, não atendia aos desígnios de um racionalismo abstrato moderno avesso à inovação e preso ao substrato da forma. A casuística e o modelo de jurisdição participativa que marcaram o *ordo iudiciorum privatorum* afrontavam a perspectiva legalista e autocrática que fomentariam o paradigma jurídico moderno, sendo desqualificados por este na medida em que supostamente representariam um prejuízo à segurança jurídica de tais ordenamentos. Ao passo que a jurisdição clássica romana partia do conflito e dele absorvia a inovação, o espectro da Modernidade parte da lei e busca reduzir a realidade e a complexidade do mundo da vida às formas previamente estabelecidas por esta, desencorajando a inovação e conservando uma lógica que por vezes se mostra anacrônica.

As únicas instituições concretas de Roma que viriam a ser adotadas pelo paradigma jurídico moderno seriam aquelas que dizem respeito à esfera individual e representativa, como as disposições processuais atinentes ao direito de propriedade, que seriam fundamentais para o desenvolvimento do capitalismo e da industrialização, fatores estes que serviram de combustível para a hegemonia do paradigma moderno.

No que diz respeito ao exercício e tutela da propriedade, a Modernidade preparou uma verdadeira armadilha conceitual em relação a interpretação dos sentidos desta, valorizando tão somente sua dimensão individual, sujeita à livre apropriação e mercado. Toda uma dimensão coletiva relativa ao exercício da propriedade quiritária, ou seja, daquilo que pertence à coletividade, foi deixado de lado pela Modernidade. No que diz respeito aos bens jurídicos, as relações patrimoniais romanas privilegiavam o coletivo e relativizavam o individual. Diferente da Modernidade; onde o exercício da propriedade dispensa o procedimento em virtude do reconhecimento de um direito subjetivo dominial; a propriedade quiritária romana era coletiva, motivo pela qual era sempre procedimental e exigia o devido procedimento participativo (PILATI, 2012).

Portanto, as disposições jurídicas relativas a um procedimento participativo na tutela de bens coletivos não eram inexistentes ou insuficientes para sua perpetuação ao longo da Modernidade. Em realidade, estas não interessavam ao espectro que o paradigma moderno

estava desenhando, o qual dissolveu o plano coletivo-participativo dentro do público-estatal, uma vez que o primeiro não interessava ao desenvolvimento de um livre mercado e do modo de produção capitalista.

A Modernidade herdou da República dos Romanos essencialmente o aspecto aristocrático que permeou e dominou suas instituições, manipulando estas a fim de garantir os interesses da nobreza, a qual estava enraizada nas principais funções públicas. Géza Alföldy (1989, p. 50) discorre a respeito da prevalência e domínio da aristocracia ao longo da República dos romanos:

O domínio da aristocracia sobre as massas populares e principalmente sobre a assembleia do povo estava garantido institucionalmente. Políbio, admirador da constituição da República romana, era de opinião que a força dos Romanos residia na relação saudável entre as formas de poder monárquico, aristocrático e democrático no sistema composto de magistrados, Senado e assembleia do povo. Mas, na realidade, era a aristocracia que dominava em Roma. Só os magistrados – que eram membros da aristocracia – podiam convocar a assembleia do povo e só eles tinham o direito de nela apresentar propostas. Além disso, as reuniões da assembleia do povo não eram muito concorridas, pois os cidadãos que viviam longe de Roma só raramente vinham à cidade; por isso a reunião das assembleias do povo em dias de mercado, quando ocorria a Roma muito povo, foi proibida, no interesse da nobreza [...] Além disso, bastava a intervenção de um só dos tribunos da plebe, que agora eram dez e, como todos os outros magistrados, pertenciam também à aristocracia, para bloquear todos os actos administrativos contrários aos interesses desta.

Situação diferente não se observa na Modernidade, onde, da mesma forma que em Roma, apesar de a vontade popular ser considerada soberana, foram os órgãos representativos que em última análise a exerceram, cujo alcance se mostra mais acessível a cidadãos com melhores condições econômicas. A diferença decorre do fato de que os romanos gozavam de instituições aptas a resguardar o equilíbrio entre as esferas participativa e representativa na administração da *civitas* e da Justiça; como era o caso do Tribunato da Plebe e do *ordo iudiciorum*

privatorum; o que não se observa na Modernidade, que transferiu para um constructo denominado como “Estado” todo o controle e tutela das relações jurídico-políticas.

Em que pese existirem instrumentos de democracia direta nos ordenamentos jurídicos modernos, há que se aquiescer que a maior parte destas instituições na prática não passam de subterfúgios utilizados para criar a ilusão no cidadão de que este possui controle sobre a ação estatal, quando na verdade, em última instância, quem detém a palavra final continuam sendo os órgãos de representação do Estado. É o que acontece no ordenamento jurídico brasileiro hodierno, que prevê institutos como o plebiscito, o referendo, e a iniciativa popular de leis, os quais dependem do voluntarismo estatal para que sejam efetivados.

Nesse sentido, por mais que exista uma negativa do paradigma jurídico moderno quanto a pertinência de instituições jurídicas clássicas, o estudo destas mostra-se indispensável à obtenção de um contraponto às instituições modernas, o que pode dar margem a um possível resgate da dimensão participativa e ao equilíbrio das instituições. Nas palavras de José Isaac Pilati (2017a, p. 28):

Uma característica importante da Modernidade jurídica é a negação e relativização do passado; o que decorre, justamente, da forma como ela sistematiza a realidade, por abstração e por leis gerais. Sistematização que desqualifica a complexidade do real mediante a fragmentação e a compartimentalização dos conteúdos, a perfilhá-los com a lógica do sistema a tal ponto e de forma tão definitiva, que não deixa saída, a não ser que se rompa com o paradigma. A experiência romana de democracia direta, a forma político-institucional e jurídica do período da República é um modelo de contraponto a essa linearidade e a esse reducionismo paradigmático radical da Modernidade. O desafio consiste em fazer a comparação, flagrar o problema e construir a proposta de solução no ordenamento em vigor.

Todavia, o cenário socioeconômico de Roma ao final da República fomentaria transformações em sua estrutura política que culminariam na passagem da República para o Principado, e, posteriormente, para o Dominato. O Império Romano tomaria as dimensões de uma grande máquina estatal autocrática e totalitária, e o Direito Romano não sairia

ileso destas transformações, passando por uma virada paradigmática em suas relações jurídicas e sistemas processuais que inaugurariam um período denominado como “Pós-Clássico”.

3 A EXPERIÊNCIA JURÍDICA PÓS-CLÁSSICA E O PROCESSO DE TRANSIÇÃO PARA A MODERNIDADE

Uma vez tendo se analisado a influência dos marcos civilizatórios da antiguidade clássica na formação de um paradigma jurídico moderno e na configuração de suas relações jurídicas, faz-se necessário abordar as transformações sociojurídicas que sucederam o fim da República dos Romanos. Tais mudanças de paradigma repercutiriam num redimensionamento das relações jurídicas vivenciadas entre os indivíduos e entre estes e as autoridades públicas, dando forma a um novo arcabouço jurídico caracterizado por um amálgama de tradições que se estenderiam ao longo da Idade Média e desembocariam na Modernidade.

Valendo-se do paradigma como método de análise, este capítulo da pesquisa inicialmente se debruçará sobre o declínio de Roma e de suas instituições tradicionais, enaltecendo as dimensões de um novo quadro de relações jurídicas regulamentado por aquilo que os romanistas denominam como “Direito Romano Pós-Clássico”, o qual pode ser identificado através das transformações jurídicas ocorridas a partir do Principado. O Direito Romano Pós-Clássico assinalou uma etapa de transição paradigmática para as instituições jurídicas e políticas de Roma. Do ponto de vista das relações jurídicas, se observará como esta transição implicou em um processo de simplificação do Direito Romano, o qual passou a desconsiderar seu viés participativo, casuísta e pragmática, privilegiando um novo modelo de jurisdição romanista, de caráter representativo, tecnocrático e burocrático.

Em seguida, o presente capítulo do estudo passa a apreciar os elementos que formariam uma autêntica experiência jurídica medieval, bem como os aspectos ideológicos e conceituais que dariam forma à estrutura de suas relações jurídicas, e que culminariam no desenvolvimento dos fundamentos de um constructo de dimensões colossais, onipotente e onipresente na experiência jurídica, denominado Estado Moderno. Dar-se-á destaque para os diversos ordenamentos que protagonizaram o mundo medieval, os quais compartilharam de um modo de produção feudal e de dogmas cristãos, dando margem a um amálgama de instituições de natureza diversa, porém interligados, que levaram a constituição de relações jurídicas dotadas de uma complexidade oriunda de seu pluralismo jurídico eminente.

Enfim, o capítulo encerra com uma abordagem a respeito da crise do modo de produção feudal e o advento de uma economia industrial que fomentaria o cenário necessário a uma nova virada paradigmática. No

plano conceitual, os diversos renascimentos promovidos a partir do século XIV no campo das ciências naturais e das humanidades, levariam ao desenvolvimento de uma nova racionalidade, de teor científico, apta a romper com um até então incólume discurso de autoridade proveniente da teologia e da filosofia clássica, o que resultaria na elaboração de teorias da soberania de caráter secular, sob as quais se estruturaria o Estado e o direito modernos.

3.10 DIREITO ROMANO PÓS-CLÁSSICO E A RECONFIGURAÇÃO DE SUAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Nos últimos anos da República, a conquista do Mediterrâneo foi acompanhada por um desenvolvimento sem precedentes em Roma, o que fez com que o Direito Romano emergisse com todo o seu esplendor, embora tenha se voltado essencialmente à regulamentação das relações contratuais e de intercâmbio comercial entre cidadãos da República, dando margem a organização de uma ampla jurisprudência civil. Porém, ao mesmo tempo em que o êxito da República dos romanos possibilitou a estes o seu império, também foi responsável pelo seu próprio anacronismo enquanto forma de governo, pois o regime oligárquico já não era mais capaz de manter no Mediterrâneo uma estrutura política unitária: a República dos romanos foi superada pelo seu próprio êxito (ANDERSON, 2016).

Com a expansão do império, o sistema político de Roma tornou-se anacrônico, pois era um sistema de governo concebido para uma cidade-Estado e que passou a administrar e manter coeso todo um império. Aos poucos as instituições romanas mostraram-se insuficientes para manter o equilíbrio entre as camadas sociais, de modo que a resolução pacífica desses conflitos se tornou insustentável, o que resultou numa grave crise, com guerras civis e revoltas que comprometeram a República (ALFÖLDY, 1989).

Não obstante a eclosão de tais conflitos, os exércitos do final do período republicano passaram a desviar sua lealdade da República para os generais exitosos, responsáveis pelos grandes saques provenientes das guerras, e, conseqüentemente, pela reabilitação econômica dos soldados, os quais eram utilizados como ferramentas políticas dos comandantes das legiões (ANDERSON, 2016). Um novo tipo de líder se destacou perante a República: homens de origem não vinculada à nobreza romana, mas que possuíam destreza e habilidade militar, sendo generosos com os soldados, que se mostravam dispostos a seguir um comandante e tê-lo como seu

patrono, mostrando-se mais fiéis a estes militares do que ao Senado ou às Assembleias. Tais eram os denominados, “novos homens”, militares que frustraram a tradicional liderança hereditária das antigas famílias romanas para se alçarem ao poder valendo-se da crise social e de seu poderio militar (MARTIN, 2015).

Deste rol de “novos homens” surgiram generais exitosos; como Pompeu e Crasso; que, junto com César, alçaram ao status de ditadores, dominando o poder por anos através de uma aliança extraoficial conhecida como “Primeiro Triunvirato”, um duro golpe à aristocracia senatorial e ao regime republicano. A morte de Crasso, na Batalha de Carras, resultou numa guerra civil entre César e Pompeu pelo poder absoluto em Roma, a qual culminou com a derrota do último na Batalha de Farsalos e em seu assassinato ao tentar se refugiar no Egito. César assumiu exclusivamente o governo em 49 a.C., e, apesar de promover várias reformas sociais e políticas, concentrou em sua pessoa todo o poder político da República durante os anos que se seguiram, atraindo a inimizade dos senadores aristocratas, que, liderados por Marco Júnio Bruto, promoveram seu assassinato em 44 a.C.

O tumulto popular que seguiu a morte de César, aliado à ausência de um herdeiro legítimo, fez com que, em 27 a.C., o Senado reconhecesse seu sobrinho-neto, Caio Otaviano, como herdeiro testamentário. Sagrado como Augusto (“o designado pelos augúrios”), formou com Marco Antônio e Lépido o Segundo Triunvirato, que logo foi posto de lado diante das ambições de seus membros (PALMA, 2017).

Com o término dos conflitos contra os “Libertadores” que promoveram uma guerra civil na Itália, Otaviano e Marco Antônio conspiraram contra Lépido, retirando este do comando de Roma e o reduzindo a um papel de segunda importância, incumbindo-lhe o ofício de governador da África do Norte, assim lhe privando de qualquer interferência no futuro de Roma. Seguido à conspiração contra Lépido, Otaviano e Marco Antônio dividiram o território romano entre si – inclusive envolvendo a quase folclórica figura de Cleópatra –, fato que desencadeou uma série de hostilidades entre os dois e culminou na liderança isolada e prosperidade de Octaviano, como bem descreve Thomas R. Martin (2015, p. 154):

Otaviano e Antônio basicamente dividiram o controle do território romano entre si, sendo que Otaviano controlava a Itália e o Ocidente, e Antônio, os territórios do Mediterrâneo Oriental, inclusive as ricas terras do Egito. Ao longo dos

próximos anos, esses dois foram se tornando, pouco a pouco, publicamente hostis um contra o outro. Antônio uniu forças com Cleópatra VII, rainha do Egito. Pela sagacidade e inteligência, ela fez de Antônio aliado e amante. Em resposta a essa formidável aliança, Otaviano reuniu os romanos alegando que Antônio planejava tornar Cleópatra a soberana estrangeira deles. Transformou os residentes da Itália e das províncias ocidentais em clientes, obrigando-os a fazer um juramento de lealdade a ele em 32 a.C. A vitória de Otaviano sobre Cleópatra e Antônio em uma batalha naval na costa de Ácio, no noroeste da Grécia, em 31 a.C., venceu a guerra. Os amantes fugiram para o Egito, onde cometeram suicídio em 30 a.C.; Cleópatra acabou com a própria vida de maneira memorável, permitindo que uma cobra venenosa, símbolo de autoridade régia, a picasse. A captura do reino do Egito, rico em recursos, por Otaviano fez dele o líder sem rival de Roma e de longe seu mais rico cidadão.

O conflito entre os membros do Segundo Triunvirato levou os senadores romanos a constatarem uma crise sem precedentes, de modo que a única alternativa ao caos político resultante da desestruturação da República, seria a adoção de um novo sistema de governo centrado na figura de um homem forte do governo, que concentrasse em suas mãos o poder supremo (PALMA, 2017). Assim, os múltiplos descontentamentos e a desintegração da República, aliado ao apoio da nobreza provincial italiana; que almejava cargos e honrarias até então inacessíveis, dado ao fato de não ser recepcionada dentro dos círculos internos de poder da administração senatorial; possibilitou a Augusto concentrar em sua pessoa as funções consulares e ditatoriais, conquistando o poder supremo entre 22 e 19 a.C., sepultando definitivamente a República dos Romanos e dando início ao Alto Império Romano, também conhecido como “Principado” (ANDERSON, 2016).

De acordo com Perry Anderson (2016, p. 80), “A monarquia romana de Augusto, em contraste, chegou na hora certa, nem cedo nem tarde demais: a passagem crucial da cidade-estado para o império universal – a bem conhecida transição cíclica da Antiguidade Clássica – se realizou com nítido êxito sob o Principado”. Com advento do Principado, a estrutura republicana de Roma aos poucos se transformaria

numa monarquia absoluta, e Augusto passaria a concentrar em sua pessoa o poder proconsular – que lhe dava mando sobre todos os exércitos –, a potestade tribunícia – que fez de sua pessoa inviolável e lhe deu o direito de veto sobre todos os outros magistrados –, o poder censorial – que lhe permitia integrar o Senado e proceder sua depuração³⁰ –, e o poder religioso. Depois de Augusto, seus sucessores mantiveram os poderes, não por concessão, mas através de uma lei renovada periodicamente, denominada *lex regia*, ou *lex de imperio* (PETIT, 2007).

Esse reconhecimento da soberania estatal através da lei, e não da aclamação popular, mostrar-se-ia um importante artifício a ser implementado posteriormente pelo Estado Moderno. Na medida em que os parâmetros de legitimidade do poder passam a se justificar e fundamentar na lei civil – subproduto da própria atividade estatal –, esse constructo abstrato de dimensões colossais, que viria a ser denominado posteriormente como Estado, encontra sua autopoiese, sua capacidade de produzir, justificar e legitimar a si mesmo.

Porém, mesmo diante de uma arquitetura imperial absolutista, o período que seguiu à ascensão de Augusto e ao início do Principado ficou conhecido como *Pax Romana*, dando fim às guerras civis e instaurando por quase dois séculos um período de paz doméstica essencial à prosperidade das províncias (DI PIETRO; ELLI, 2010). Alguns autores classificam o sistema de governo inaugurado por Augusto como uma espécie de “criptomonarquia”, uma monarquia encoberta, pois a todo momento o imperador se preocupou em manter as aparências republicanas e conduzir o governo conforme estas, embora na prática se trata-se de uma verdadeira monarquia (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

Em realidade, a revolução pacífica promovida por essa espécie de “criptomonarquia” foi justamente o que marcou a genialidade de Augusto, na medida em que este transformou as fragilidades da Sociedade romana nos eixos estruturantes do império:

Se não havia fôlego para um projeto de reforma ancorado em novos protagonistas sociais, exteriores ao bloco aristocrático, o único caminho possível era promover e organizar uma sábia “revolução passiva” dos velhos grupos dirigentes.

³⁰ O título de príncipe advém de *Princeps Senatus*, em outras palavras, o primeiro orador do Senado, dado que este era o primeiro membro do Senado a opinar (TORRES, 2007).

Para estes, tratava-se de renunciar espontaneamente a uma parte dos privilégios e do poder, abrindo-se prudentemente às novas elites itálicas – as aristocracias locais, não as “camadas médias” –, e de aceitar na figura do príncipe uma liderança substancialmente acima das “ordens” tradicionais e do próprio senado, para tentar recuperar, aos olhos da plebe, do exército, das próprias municipalidades itálicas e dos mais importantes ambientes provinciais, a legitimação de uma antiga superioridade e, na verdade colocá-la em discussão, e de obter paz e segurança em troca das prerrogativas perdidas. A velha nobreza cedia, em síntese, o monopólio do poder, mas reabria, após tanto medo, “os seus salões” (SCHIAVONE, 2005, p. 268-269).

Ao longo do Principado, o Senado deixou de ser uma autoridade central em Roma, passando a se tornar uma instância subordinada à autoridade do imperador, ao passo que membros das principais famílias municipais italianas foram promovidos a altos cargos na administração do império, e, uma vez rompido o monopólio político da aristocracia romana, a estrutura administrativa imperial começou a incorporar gradualmente pessoas pertencentes às classes fundiárias de fora da Itália (ANDERSON, 2016).

Mesmo que os imperadores fossem investidos de um poder absoluto, estes buscaram conservar a aparência das antigas formas republicanas, assim manifestando-se sobre as leis apenas após submeter os projetos ao Senado. Porém, tendo em vista a dificuldade de apurar as leis diante de todos os cidadãos aptos a votar sobre esta, os imperadores substituíram o voto dos comícios e os plebiscitos por uma resolução do Senado – *senadoconsulto*. Os *senadoconsultos* permaneceram sendo utilizados até serem substituídos pelas constituições imperiais³¹, normas emanadas diretamente dos imperadores, sendo que Eugéne Petit (2007) as distingue em três classes: a) *Edicta*: editos publicados pelos imperadores na qualidade de magistrados detentores do *ius edicendi*, abrangendo regras aplicáveis a todo o império; b) *Decretum*: decisões judiciais proferidas pelos imperadores nas causas sujeitas a sua jurisdição, em primeira instância ou apelação; c) *Rescriptum*: consultas através das quais os imperadores resolviam casos duvidosos ou não previstos em lei,

³¹ Norma legal obrigatória que emana da vontade do príncipe (TORRES, 2009).

dividindo-se em epístolas – cartas enviadas diretamente aos magistrados –, ou subscrições – notas escritas na demanda de um particular (PETIT, 2007).

Além das três modalidades já citadas, também merecem destaque as epístolas (*epistolae*) e os mandatos (*mandata*). As epístolas eram obras doutrinárias nas quais as respostas dadas aos particulares em suas consultas costumavam recorrer. Por sua vez, tomavam a forma de mandatos as ordens dadas pelo imperador aos funcionários a quem delegavam a jurisdição, onde prescreviam os preceitos jurídicos que serviriam ao governo e à administração da justiça (TORRES, 2009).

Os imperadores preservaram o sistema jurídico clássico, sendo que foi durante o Principado que os jurisconsultos romanos foram pela primeira vez alçados a cargos oficiais, tendo Augusto conferido a estes a autoridade imperial sobre a interpretação das leis. A edição das constituições imperiais e a presença de jurisconsultos proeminentes dentro da estrutura oficial do governo favoreceu o desenvolvimento de um direito público autocrático, introduzindo um nível de complexidade à legislação romana, não existente durante a República; em que pese os princípios fundamentais do direito privado tenham sido substancialmente preservados diante da autoridade proveniente de um direito Público em escala ascendente no âmbito das constituições imperiais (ANDERSON, 2016).

A atividade consultiva dos juristas foi respeitada pelo imperador, porém, ficou sujeita ao seu controle. Somente os magistrados que gozavam da *auctoritas* de Augusto para promulgar vereditos é que poderiam responder em nome do imperador – *responsa prudentium*. Aos poucos o jurista aristocrático da República cedeu lugar aos funcionários e conselheiros do príncipe, de modo que, apesar dos primeiros não serem impedidos de exprimir suas opiniões jurídicas, apenas os vereditos dos juristas “autorizados” pelo príncipe é que passaram a ter uma incidência prática, orientando e vinculando os tribunais às suas decisões, formando assim a jurisprudência (BRETONNE, 1998).

Conforme já observado no capítulo anterior, a substituição do processo formulário pelo processo extraordinário só se efetivou no Século III d.C.. Porém, a atividade normativa pretoriana cessou pouco antes do fim da República, com a edição do Édito Perpétuo, na época de Adriano. Seja em matéria penal ou civil, o príncipe tornou-se o juiz supremo do império, em primeira e única instância, ou em sede de apelação, julgando pessoalmente as controvérsias, ou, mais frequentemente, delegando a um funcionário sua *auctoritas* para deliberar sobre a causa. Os editos expedidos pelo príncipe diferenciam-se daqueles proferidos pelos

pretos em sua duração, abrangência, conteúdo e eficácia, durando para além do cargo de quem o promulgou, estendendo-se a qualquer região do império, afetando, em caráter universal, os demais governantes e governados (BRETONE, 1998).

Nota-se uma quebra paradigmática para com o modelo de jurisdição sustentado ao longo da República: o caráter pragmático e casuístico do Direito Romano dá lugar a um sistema jurídico que, embora preserve a aparência de institutos de outrora, possui um condão distinto, de cunho universalista e publicista, com vistas a assegurar a autoridade do príncipe em todo o território imperial. O *ordo iudiciorum privatorum* e a intensa atividade pretoriana deram lugar a um ordenamento jurídico centrado na figura de um monarca soberano e na autoridade Estatal, removendo dos cidadãos a possibilidade de criar e aplicar o direito, confiando esta tarefa somente àqueles investidos de autoridade estatal.

Por sua vez, embora o Senado não tenha perdido sua importância política repentinamente, este passou a sofrer um progressivo declínio ao longo do Principado, deixando de ter a autonomia de outrora e passando a ter suas deliberações inspiradas pelo príncipe ou limitadas às propostas deste. Ademais, a *lex de imperio*, com a qual o Senado e o povo conferiam formalmente a autoridade ao príncipe, comportava uma “cláusula discricionária” que fazia com que a subordinação do soberano ao sistema de normas imperiais fosse voluntária, o que inibiu qualquer controle normativo sobre as ações do monarca (BRETONE, 1998).

Em que pese o Principado inaugurado por Augusto tenha resgatado Roma de um período de guerras civis e ditadores perpétuos, com o fim da República o ponto de equilíbrio das instituições romanas deixou de ser o caráter pluralista, privatístico e participativo destas e passou a encontrar seu eixo estruturante na autoridade público-estatal. A *Civitas* perde seu elo estruturante e transforma-se numa espécie de próto-estado. Sua configuração ainda remete às instituições de outrora, porém, o que se observa na prática são estruturas dotadas de uma funcionalidade e características diferentes daquelas atinentes à República.

De acordo com Mario Bretonne (1998, p. 162), essa é justamente a problemática do Principado, a discrepância entre o momento institucional e o momento ideológico:

A cidade-estado perde terreno com forma política. A *potestas* de que o príncipe é investido já não tem nenhuma relação substancial com as antigas magistraturas, e apresenta-se, na realidade, como absoluta; todavia ela é ainda definida segundo a

lógica da velha organização, e distinta em poderes únicos ou particulares, entre os quais emergem o proconsular e o tribunício. Também o termo *auktoritas* não desaparece do vocabulário político, mas inclina-se a exprimir, num plano diferente da *postestas*, a proeminência do príncipe sobre qualquer outro titular de um cargo público.

A era de ouro do Império Romano, inaugurada com a ascensão de Augusto, se estendeu até o advento de uma grave crise no Século III d.C., quando passou a entrar em processo de declínio. Roma valia-se exclusivamente de uma economia de guerra para sustentar o império. Tratava-se de um ciclo de guerra-conquista-riqueza-nova guerra, e essa espiral bélica era a verdadeira força motriz de todo o sistema econômico romano, de modo que cada campanha militar guardava uma relação de causa e efeito para a repetição de todo o ciclo. Mais do que isso, o próprio ideal de conquista tornou-se um valor que se auto justificava na mentalidade e no sistema ético-político da Sociedade romana, desde a aristocracia até as classes mais baixas, pois todo cidadão romano era antes de tudo um guerreiro. Dentre os espólios das guerras, os escravos eram vistos como recursos naturais para o trabalho no campo, movimentando todo o sistema produtivo de um império composto por guerreiros e cidadãos dedicados às artes e à vida política (SCHIAVONE, 2005).

Contudo, o modelo de economia militar adotado pelos romanos entrou em colapso na medida em que sua estratégia expansionista atingiu seus limites e o império deixou de aumentar seus domínios o suficiente para atender a receita necessária para sustentar as tropas e os demais setores econômicos não vinculados à atividade militar; os quais pouco se desenvolveram em relação a esta. A estratégia militar expansionista do Império Romano fez com que a necessidade de receita crescesse com mais rapidez que do que a base fiscal do império, fomentando uma crise na defesa nacional que fez com que imperadores depredassem a economia de Roma para armarem as tropas, e incentivou generais ambiciosos a repetirem os mesmos passos que levaram ao fim da República, gerando uma série de guerras civis que comprometeram o sistema de governo do Principado (MARTIN, 2015).

Aliado a crise na defesa das fronteiras do império, o longo período de *pax romana* não tardaria a também contribuir com a erosão do governo do Principado, uma vez que gerou uma demanda de produtos e serviços que resultou no aumento da inflação e fez com que os preços subissem (MARTIN, 2015). O comércio de escravos não foi suficiente para

compensar o aumento da demanda de produtos e serviços, pois sempre dependeu das operações militares para manter seu contingente de produção. Sem uma nova onda de expansões militares de maior expressão, o crescimento da população escrava ficou estagnado, pois a população escrava das regiões rurais era severamente assimétrica e marcada pela ausência de relações conjugais, o que resultou numa redução progressiva da força de trabalho de uma geração de escravos para a outra. Por sua vez, a população rural livre, que poderia compensar o enfraquecimento do setor escravista, também não aumentava, e o modo de produção escravista; cujo crescimento era baseado especificamente na adição de mão de obra de trabalho; não contribuiu para um progresso tecnológico suficiente para compensar a redução da massa de trabalhadores escravos. Da mesma forma, o desdém das classes proprietárias pelas transações comerciais fez com que o sistema de crédito permanecesse rudimentar, de modo que os comerciantes faziam parte de um extrato da população romana que vivia às margens de suas instituições, sendo as atividades comerciais geralmente exercidas por escravos libertos (ANDERSON, 2016).

Nesse sentido, conforme Perry Anderson (2016, p. 93) destaca, na mesma medida em que o modo de produção escravista possibilitou a expansão do império e do modo de vida romano, este também contribuiu drasticamente para a crise que se instaurou no Século III, e, conseqüentemente, para o fim do Principado:

O uso direto e permanente que o Estado romano fazia do trabalho escravo – uma característica estrutural que durou até o Império Bizantino – foi um dos pilares centrais da política econômica do fim da Antiguidade. A infraestrutura do escravismo encontrou uma de suas expressões mais concentradas dentro da própria superestrutura imperial. Dessa forma, o Estado pôde expandir, mas a economia urbana recebeu poucos benefícios desse crescimento: bem ao contrário, seu peso e tamanho tenderam a sufocar a iniciativa comercial e a atividade empresarial. Assim, depois que se estacou a expansão externa, não houve, nem na agricultura nem na indústria, um crescimento de produção que pudesse compensar o silencioso declínio da mão de obra servil dentro das fronteiras imperiais.

Tamanho fracasso econômico do Principado pode se justificar devido ao fato de que os romanos não possuíam uma visão da economia como um setor distinto da atividade humana. Diferente dos fisiocratas modernos, faltava aos romanos uma perspectiva que buscasse na economia uma ordem natural, um mecanismo de regulamentação social dotado de leis cientificamente descritíveis, de forma que a economia romana jamais conseguiu se auto sustentar financeira e tecnologicamente. Foi essa não identificação de uma esfera econômica independente que resultou num modo de produção voltado para guerras de conquista e para a escravidão, estratégias econômicas que inibem a formação de um sistema autônomo quanto à produção de riquezas (SCHIAVONE, 2005).

Ademais, a não existência de um saber econômico autônomo revela que a escravidão também possuía um caráter extra econômico em Roma, não se fundamentando exclusivamente numa racionalidade monetária, tratando-se de uma espécie de distinção social; algo incompreensível para os modernos. A escravidão em Roma tratava-se de uma entranha relação jurídica que mixava sentimentos de dependência com laços afetivos, o que ficava claro no próprio tratamento empregado aos escravos, vistos como crianças grandes sujeitas à bondade e autoridade do seu senhor. Os escravos desempenhavam funções que não se limitavam à mão de obra braçal, exercendo atividades na política e na cultura, chegando a ser muito mais ricos do que homens livres, em alguns casos. Também convém mencionar que a escravidão em Roma não era uma questão de cunho exclusivamente étnico-racial, de modo que apenas uma fração dos escravos provinham das conquistas militares e do tráfico nas fronteiras do império, podendo advir inclusive da venda de homens livres em condição de cativo ou em situação de débito para com outrem (VEYNE, 2009).

A exemplo da escravidão, o modelo econômico romano e o da Modernidade não partilham de uma matriz comum, de modo que sequer seria possível atribuir o título de burguesia a qualquer grupo romano, razão pela qual consistem em dois sistemas distintos e caracterizados por concepções de mundo igualmente distintas:

[...] a economia romana e aquela da modernidade europeia e atlântica são, em suas verdadeiras historicidades, dois mundos à parte, separados por uma diferença qualitativa intransponível, que remete a estratos de mentalidade, de hábitos, de comportamentos, de condições materiais e

culturais cujas linhas compositivas divergem drasticamente (SCHIAVONE, 2005, p. 246).

Foi a presença maciça da escravidão quem determinou o modo de produção romano e sua consequente estagnação tecnológica, e não a possível ausência de mecanização. No entanto, também não é viável comparar o desenvolvimento tecnológico romano com o moderno, pois Roma possuía um caráter “atecnológico”, não direcionando seu progresso para o acúmulo de tecnologias. O pragmatismo romano possuía um cunho social, não tecnológico, se dedicava à política, ao direito, à organização militar, e à oratória, não ao mundo natural e à razão abstrata dele decorrente, um território dominado e controlado por leis passíveis de verificação experimental e que escapavam aos romanos, pois estes buscavam desvendar os mistérios da natureza pela contemplação e não através das ciências naturais (SCHIAVONE, 2005).

Tendo em vista o pragmatismo de matriz social dos romanos, estes se dedicaram a empregar a razão à atividade jurisdicional, identificando e criando normas de conduta a fim de regulamentar as atividades da *civitas*. Assim, ao passo que o Direito Romano gozou de autonomia científica em relação aos demais conhecimentos, sendo dotado de um nível de abstração capaz de desenvolver regras e sistemas próprios, identificáveis e aplicáveis no cotidiano, a ciência econômica e as tecnologias não tiveram a mesma sorte. A perspectiva da economia como um campo do conhecimento autônomo e apto a regular a vida em Sociedade; e até mesmo capaz de conduzir a configuração do direito; aliado ao domínio e valorização das ciências naturais e das tecnologias, são dois dos maiores méritos do paradigma moderno, tendo contribuído decisivamente para o seu sucesso enquanto conjunto de crenças e valores hegemônicos. Da mesma forma, como se verá mais adiante, a prevalência de um pensamento econômico autônomo e de um racionalismo científico eminentemente abstrato também são dois dos principais responsáveis por afastar o direito moderno de suas fontes mais legítimas e por deturpar seu potencial como instrumento de pacificação social, reconfigurando as relações jurídicas a fim de atender aquela que a Modernidade capitalista elegeu como esfera primária de interesse: o mercado.

Aldo Schiavone (2005) ressalta não ser possível afirmar que a utilização moderna do Direito Romano possua um vínculo imediato e fidedigno às instituições clássicas, pois a Modernidade apenas aplicou uma densa rede de conceitos abstratos de raiz romanista a uma realidade econômica e social totalmente distinta. Entretanto, o paradigma moderno se valeria da herança cultural individualista de Roma para promover a

segurança e a independência econômica dos proprietários, o que asseveraria através de um sistema jurídico de caráter individualista, característica esta que Paul Veyne (2009, p. 150) afirma que o Direito Romano também partilhava, em que pese o tenha feito numa dimensão muito mais tênue e reservada a aspectos que diziam respeito à vida privada:

Ademais, o direito romano pode ser qualificado de individualista: a liberdade de divórcio é igual para os dois sexos, a propriedade pode ser livremente alienada, a liberdade do testador é muito ampla; não se impõe nenhuma crença religiosa, a cidade e cada indivíduo têm seus deuses favoritos, o braço secular deixa aos Deuses — se o podem — o cuidado de vingar as injúrias que lhes são feitas, e o respeito devido aos deuses que a cidade escolheu venerar limita-se à observância dos feriados; o direito de mudar de domicílio e de atividade econômica é incontestado. Acrescentemos que uma divertida indulgência em relação aos pecados sexuais, mesmo femininos, fora erigida em doutrina pelo próprio Senado. No entanto, também é verdadeiro, como observa Bleicken, que tacitamente esse liberalismo não faz senão "decorrer de um sentimento aristocrático da vida privada" e que Roma, não mais do que a Grécia, jamais garantiu de modo formal a liberdade em seu direito; este se considerava antes como o estabelecimento dos deveres piedosos para com as relações da casa, obrigações de fidelidade, responsabilidades patrimoniais e diferenças de legislação pessoal.

Não obstante os fracassos econômicos do Principado, este foi o período mais produtivo da ciência jurídica romana, razão pela qual é denominado como "Período Clássico". Nele viveram alguns dos maiores jurisconsultos romanos, como Gaio, Paulo, Modestino, Pomponio, Papiniano e Ulpiano, muitos dos quais possuíam posições favoráveis ao restabelecimento da República – e que foram suprimidas por Justiniano e seus juristas ao organizar o *Digesto* (RABINOVICH-BERKMAN, 2010). Porém, o que se seguiu ao Principado não foi o resgate das instituições republicanas, muito pelo contrário, o fim do Principado deu margem ao advento de governos despóticos de caráter oriental.

Caracala deu o impulso que faltava à queda do Principado, encerrando o período de paz e prosperidade da Idade de Ouro do Império. Aumentou em demasia o soldo dos soldados na mesma medida em que erigiu obras colossais que exigiam gastos extravagantes, e, para atenuar os custos e uma inflação descontrolada, em 212 d.C., estendeu a cidadania romana a todos os homens e mulheres livres do império, aumentando a arrecadação de impostos, em que pese a maior parte das receitas acabarem sendo direcionadas ao exército (MARTIN, 2015). Ressalta-se que a extensão da cidadania a todos os homens e mulheres livres do império, ao mesmo tempo em que consolidou o processo de universalização de Roma, não importou no reconhecimento de qualquer forma de isonomia em função desta. O que se observou foi uma aplicação discricionária do Direito Romano, de modo que os cidadãos recebiam tratamento distinto de acordo com a classe ou ofício que ocupavam (PALMA, 2017). No âmbito penal, veteranos de guerra, senadores e membros da ordem equestre estavam sujeitos a penas muito mais brandas do que os cidadãos comuns, os quais poderiam ser condenados à flagelação, tortura, trabalhos forçados, crucificação, entre outros martírios (ALFÖLDY, 1989).

Enfim, os exageros de Caracala culminaram em seu assassinato em 217 d.C., resultando num período de setenta anos marcado pela luta pelo poder e por uma intensa sucessão de imperadores que gerou um status de insegurança que, somado à hiperinflação, aos desastres naturais, e a crise na agricultura – decorrente da escassez de mão de obra, que não conseguiu manter a produção em tempos de guerra –, fez da vida algo miserável em grande parte do império. Inimigos estrangeiros aproveitaram-se da fragilidade do império para atacar, vindos principalmente do leste e do norte, de modo que as operações militares de Roma resumiram-se a ações de defesa que visavam proteger as extensões do império e retomar territórios perdidos para nações estrangeiras. Religiosos afirmavam que a crise advinha da ira dos deuses romanos diante da presença crescente e numerosa de cristãos, os quais negavam os deuses romanos e se recusavam a participar de cultos e, homenagem a estes, o que resultou numa onda de perseguições violentas organizadas de forma sistemática para eliminar os cristãos e revigorar a religião do Império. O Império Romano estava à beira de um colapso (MARTIN, 2015).

A exemplo do ocorrido ao final da República, o Império Romano teve sua segurança restabelecida através de uma reforma de cunho autoritário, a qual reforçou a estratégia de concentração de poderes nas mãos de uma única autoridade, um governante forte capaz de recuperar a confiança em Roma. Dessa forma, ao restabelecer e centralizar os poderes político e militar, Diocleciano assumiu o império em 284 d.C. e substituiu

o sistema de governo do Principado por um modelo ainda mais autocrático, dando início a uma segunda etapa do Império Romano, conhecida como “Baixo Império” ou “Dominato”, que se estendeu até 565 d.C., data de falecimento do imperador Justiniano (MARTIN, 2015).

Apesar de ter inaugurado um sistema de governo caracterizado por um forte teor autocrático, Diocleciano buscou alcançar o mesmo êxito de Augusto, através de um governo que primasse pela diplomacia e por uma atitude humanitária – em que pese o tenha feito mais por cautela do que de bom grado –, algo que há tempos os cidadãos romanos não haviam experimentado:

Dada a singular brandura de Diocleciano, sua vitória foi notável. Um povo acostumado a aplaudir a clemência do conquistador quando punições habituais, a morte, o exílio e o confisco fossem aplicados com certo grau de moderação e equidade, acompanhou com o mais prazenteiro espanto uma guerra civil cujas flamas se extinguíram no campo de batalha [...] Semelhante conduta, porém, fazia o mundo romano ter as melhores esperanças no novo reinado, e o imperador como que confirmou tal expectativa favorável ao declarar que, entre todas as virtudes dos seus predecessores, a que ele mais ambicionava imitar era a filosofia humanitária de Marco Antonino (GIBBON, 2005, p. 170).

Os governantes do Dominato demonstraram uma atitude conservadora, não objetivavam alterar a concepção de mundo do Império Romano, muito pelo contrário, optaram por estratégias de caráter coercitivo justamente por intentarem restaurar a antiga ordem do início do Principado. Porém, mesmo atendo-se aos valores de outrora que despertaram o apoio dos soldados ao novo regime, suas ações autoritárias iam na contramão daquilo que visavam resgatar e não atendiam à ideologia das grandes massas populares, sepultando decisivamente os próprios valores e ideais que almejavam resgatar do Alto Império (ALFÖLDY, 1989).

À medida que um corpo profissionalizado de oficiais do exército foi ocupando o poder imperial, a aristocracia senatorial teve seu poderio político esvaziado, tendo Diocleciano, de forma gradativa e sistemática, impedido o acesso dos senadores aos cargos dedicados à administração imperial. A autocracia imperial e o agigantamento da máquina estatal dispensaram as restrições tradicionalmente impostas ao poder imperial

tanto pelos costumes como pela opinião senatorial, tendo Diocleciano sido reconhecido formalmente como *dominus* (ANDERSON, 2016). De primeiro cidadão com o direito de fala no Senado, o imperador passou a ser considerado um “mestre”, termo utilizado pelos escravos ao se dirigirem ao seu senhor, e que ilustrava muito bem a natureza do regime autocrático instaurado pelo Dominato: “não a autoridade de um príncipe sobre os seus súditos, ou de um comandante sobre os seus soldados, mas o poder despótico de um amo sobre os seus escravos domésticos” (GIBBON, 2005, p. 187).

Com a divisão do império em uma diarquia, e, posteriormente, em uma tetrarquia, o Senado sofreu um golpe ainda mais severo, pois, enquanto o imperador permanecesse em Roma, este poderia oprimir os senadores mas não teria como ignorar a atividade destes e negligenciar a assembleia. Na medida em que Roma deixou de ser a capital do império, a distância do imperador para como Senado romano fez com o este tivesse o seu papel na política imperial resumido a “um venerável mas inútil monumento da Antiguidade sobre a colina capitolina” (GIBBON, 2005, p. 186). Pela primeira vez a aristocracia senatorial; que formava o substrato economicamente mais poderoso do império; ficou afastada do controle do exercício do poder imperial e do comando do aparato militar, fonte do poder político (ANDERSON, 2016).

O império transformou-se num despotismo, e, em vez de sanar a crise do Século III, tornou a agravar esta. Mesmo detendo uma forte estrutura militar de poder, capaz de rechaçar quais revoltas e ameaças populares e institucionais, o Dominato não conseguiu proporcionar um quadro político estável e capaz de estancar a crise do Império Romano:

[...] o poder do imperador era cada vez mais instável; era um juguete do seu próprio aparelho e todos os que subiam ao trono deveriam estar preparados para um fim violento. O Império era assim suficientemente forte para reprimir, com o seu aparelho de Poder, os movimentos e as revoltas sociais, mas não – como acontecera na época do principado, durante os primeiros tempos do Império – para proporcionar um quadro político estável que conquistasse o apoio de vastos grupos sociais à ordem vigente (ALFÖLDY, 1989, p. 197).

A fim de reafirmar e legitimar o governo autocrático, e, conseqüentemente, viabilizar um quadro de estabilidade política, os imperadores do Dominato buscaram o amparo de estratégias de matriz teológica. Junto ao título de *dominus*, acrescentou-se ao imperador a honraria *et deus* (*dominus et deus*), mestre e deus, reconhecendo-se, assim, a suposta divindade do monarca imperial, lançando-o acima dos demais indivíduos e instituições (MARTIN, 2015). Entretanto, o culto à figura do imperador não oferecia orientação espiritual e moral suficiente para uma sociedade castigada pela pobreza, pelas guerras, e pela própria autoridade estatal que lhe exigia temor e homenagens. Os militares aderiram ao culto ao deus Mitra, o qual representava o ideal do soldado radiante e invencível em batalha. Por sua vez, com suas promessas de consolo e salvação, o cristianismo avançava num ritmo irrefreável devido a sua capacidade de apelar a todas as camadas sociais, satisfazendo suas necessidades teológicas, morais e litúrgicas (ALFÖLDY, 1989).

Roma passava por um cisma ideológico, e, em seu intento conservador, seus governantes agarravam-se a um conjunto de valores e ideais ultrapassados e que não foram capazes de fazer frente ao avanço do cristianismo. Fustel de Coulanges (2007) afirma que o triunfo do cristianismo foi uma consequência do afastamento do direito e da política em relação à antiga religião do Império, resultando no abandono das antigas crenças pela população, o que abriu espaço para que um novo conjunto de valores e virtudes preenchesse tal lacuna, revigorando o sentimento religioso e reconfigurando o governo e a Sociedade.

O resgate da dimensão religiosa impulsionado pelo cristianismo fez uso de uma doutrina que atribuía poderes miraculosos à igreja e prometia uma segunda e melhor vida além-túmulo para aqueles que demonstrassem uma postura austera e moral. Em função de sua grande adesão pelas massas, e por conta de um princípio básico que separou a religião do governo – visto possuir uma concepção metafísica de que a religião não pertence ao mundo terreno, e, portanto, o reino de Deus está para além dimensão do Estado³² –, aos poucos o cristianismo deu forma a uma espécie de república cristã, uma organização paraestatal dentro do coração do próprio Império Romano (GIBBON, 2005).

Pela primeira vez pôde se identificar uma doutrina que separou nitidamente Deus e Estado – mesmo que este último viesse a tomar forma apenas com o prólogo da Modernidade –, fato que comprometia a autoridade divina do imperador, uma vez que obedecer ao César não seria

³² Jesus ensina que o seu reino não pertence a este mundo, mas está além do plano material.

o mesmo que obedecer a Deus, tornando o primeiro uma figura pagã, e, portanto, condenável perante os olhos dos cristãos do império (COULANGES, 2007).

O avanço e disseminação do cristianismo agora era uma realidade da qual o Império Romano não poderia se furtar ou rechaçar caso desejasse recuperar a confiança das massas e a estabilidade do governo. Para tanto, após os mais de 20 anos de guerra civil que sucederam a abdicação de Diocleciano e Maximiano, seu sucessor, e agora imperador do império unificado, Constantino, reconheceu no cristianismo uma força moral e fiduciária indispensável para sustentar um novo Império Romano, razão pela qual converteu-se ao cristianismo (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

A conversão do imperador não significou o reconhecimento da religião cristã como a oficial do império³³, nem importou na ilegalidade dos demais credos religiosos de Roma (MARTIN, 2015). Porém, ao aderir a fé das massas, o imperador deixou de ser reconhecido como uma divindade e passou a ser tratado um escolhido de Deus, uma pessoa investida no poder pela graça daquela que seria a única divindade existente. Como consequência, a obediência ao Império Romano deixou de ser apenas um dever jurídico e político e tornou-se também um dever de fé, fato que consolidou o governo de Constantino e expandiu o domínio de Roma para um território jamais antes conquistado: o plano espiritual (RABINOVICH-BERKMAN, 2001).

Contudo, por mais que a adesão ao cristianismo tenha proporcionado ao Império um período de relativa estabilidade política, problemas de outra natureza seguiram o seu reconhecimento como religião estatal. Ao passo que os politeístas perderam os poucos privilégios e incentivos financeiros que possuíam, por lealdade à nova fé, um grande número de cristãos ingressaram na máquina estatal, acrescentando uma imensa burocracia clerical ao aparato do governo secular romano, resultando num inchaço da superestrutura estatal e no encolhimento da economia, já então prejudicada pelo declínio dos centros urbanos e por uma nítida e gradual ruralização do império (ANDERSON, 2016).

A estabilidade econômica propiciada pelas drásticas medidas tomadas por Diocleciano e Constantino não foram suficientes para reverter as transformações estruturais do Século III. A produção de mercadorias e o comércio não voltaram a atingir a prosperidade do início

³³ A substituição do politeísmo pelo cristianismo como religião oficial do Império ocorreu apenas durante o reinado de Teodósio, em 391 d.C.

da era imperial, ao passo que a importância da agricultura como fonte de renda e riqueza aumentou – não obstante a falta de mão de obra e o abandono e destruição proporcionados pelas primeiras migrações bárbaras a partir de 375 d.C. –, valorizando a importância das grandes propriedades rurais. Os proprietários de latifúndios passaram a constituir a camada econômica dominante da Sociedade romana tardia, fazendo com que a população mais humilde se tornasse cada vez mais dependente destes (ALFÖLDY, 1989).

Em contraparte, a fim de superar as dificuldades econômicas e os problemas políticos e sociais crescentes, o império passou a adotar ações coercitivas e centralizadoras, sujeitando as massas à prestação de serviços obrigatórios e a uma sobrecarga fiscal que fez com que a população passasse a enxergar o Império Romano como seu inimigo. Para poder sustentar tais políticas coercitivas e centralizadoras, o poder imperial contava com uma vasta corte (*comitatus*) formada por servidores privados do imperador e pelo pessoal da administração central, somados aos funcionários da administração civil e aos comandantes militares (ALFÖLDY, 1989). A aliança entre latifundiários e servidores imperiais de um lado, e, a opressão vivenciada por comerciantes, artífices, e trabalhadores rurais, de outro lado, deu forma ao quadro de conflitos e desigualdade social que caracterizou o Império Romano tardio, como bem discorre Paul Veyne (2009, p. 246):

O Império Romano tardio é uma sociedade dominada explicitamente por uma aliança entre os servidores do imperador e os grandes proprietários de terras que colaboram para controlar os camponeses sujeitos ao imposto e para impor a lei e a ordem nas cidades. A franca dominação de alguns à custa de seus pares "bem-nascidos" é um fato estabelecido sem ambiguidade pelos potentes dos reinados de Constantino e seus sucessores. Os códigos de conduta do homem público mudam de maneira espetacular.

A intensa atividade legislativa; decorrente de uma onda de codificações e decretos; fez com que o direito se consolidasse como um árduo instrumento de controle social do Dominato, marcado por um caráter autocrático proveniente da ausência do Senado e de outras instituições capazes de controlar o poder imperial, bem como pelo seu emprego coercitivo aos súditos do império, outrora cidadãos. A diferença

entre homens livres e escravos se configurava apenas no âmbito teórico, pois o sistema coercitivo impulsionado pelas prestações de trabalho, pelo pagamento de impostos e pela hereditariedade da profissão, representava uma nova forma de perda da liberdade que esvaziou de importância as antigas categorias de liberdade e escravidão. Como destaca com propriedade Géza Alföldy (1989, p. 203): “O Império, com o seu aparelho de Estado, tornou-se assim gradualmente um fim em si mesmo, um pesado fardo que oprimia a Sociedade com o seu sistema coercitivo e, ao mesmo tempo, cerceava a evolução social”.

Junto ao poderio militar e ao emprego da religião estatal, o Direito Pós-Clássico foi um dos elementos estruturantes dessa nova realidade institucional. As relações jurídicas disciplinadas pelo Direito Pós-Clássico deixaram de ser estabelecidas entre cidadãos ativos dentro de uma ordem dos juízos privados consolidada em um regime democrático marcado pelo equilíbrio entre as instituições. Passaram a denotar uma estrutura de submissão composta por súditos, não de uma *civitas*, mas de um governo imperial autocrático, caracterizado pelo inchaço do aparato público estatal e pelo protagonismo de seus servidores. A racionalidade governamental imposta às relações jurídicas pós-clássicas fugiu ao pragmatismo e ao casuísmo de outrora e buscou refúgio num árduo processo de codificação isento de qualquer controle pelo Senado ou por outras instituições de teor democrático, configurando uma razão abstrata que não coincidia necessariamente com aquela da população, mas atendia de forma eficaz aos desígnios daqueles favorecidos pela nova estrutura social do Império Romano tardio. Estrutura na qual a relação jurídica entre governo e indivíduo já não prescindia sobretudo de uma obrigação moral e cívica, mas era proveniente de um dever que se estendia aos planos político, econômico e religioso, e era ratificada pelo direito codificado.

Em sua essência, a Roma do Império tardio não foi um governo norteado pelo direito, antes disso, obedecia a uma classe governante que fazia com que o Direito público se moldasse segundo as relações de força de cada momento, consistindo num autoritarismo fundado na fidelidade a um homem, e não a um pacto (VEYNE, 2009). Tal quadro fez com que Paul Veyne (2009) se questionasse a respeito da existência de um Direito Romano, uma vez que a obtenção da justiça seria questionável em uma sociedade tão desigual e marcada por relações de clientela, de modo que, antes de um instrumento de justiça, o fiel cumprimento da requintada e complexa cultura jurídica romana constituía uma conduta elegante e refinada no meio social.

No entanto, a despeito do autor supracitado, não há que se falar na ausência de um Direito Romano nos períodos que sucederam o Principado e o Dominato, mas sim numa etapa de transição paradigmática que moldou as tradicionais instituições jurídicas do Período Clássico a fim de que se adequassem ao caráter autocrático, totalitário, e representativo do novo Império Romano, inaugurando o que os romanistas denominariam como “Direito Romano Pós-Clássico”.

Em realidade, o que findou foi a vigência de um sistema jurídico de cunho pluralista, que possibilitava, dentro de um mesmo território imperial, a convivência de relações jurídicas distintas, provenientes tanto do Império como dos povos conquistados, como bem ressalta Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 184):

A constatação da existência do pluralismo jurídico no Império Romano é pautada em duas observações. Primeiramente, no fato de que os romanos não impuseram totalmente e rigidamente seu Direito às populações conquistadas, permitindo uma certa liberdade para que as jurisdições locais estrangeiras continuassem a aplicar seu Direito autóctone. Os romanos vivenciaram experiências de grande diversidade jurídica que os levaram a adequar situações conflitivas, por um lado aplicando, de forma flexível, seu *jus gentium*, por outro incorporando as práticas normativas alienígenas ao seu Direito. O próprio recurso natural do *jus gentium* demonstrava a preocupação conciliadora para resolver a existência de uma pluralidade de sistemas jurídicos no Império Romano. Outra observação histórica é trazida pela pesquisa de Eugen Ehrlich, para quem os romanos já conheciam e utilizavam fontes jurídicas não-estatais, representadas basicamente no Direito chamado consuetudinário dos juristas. No dizer de Ehrlich, há que se fazer distinção entre duas fontes jurídicas romanas: o *jus privatum* ou *jus civile*, expressão do costume e da convicção popular, permanentemente reafirmado pelos juristas, e o *jus publicum*, que não é exatamente a lei estatal, mas o Direito estabelecido pelo Estado.

O Direito Romano Pós-Clássico operou esta transição de um sistema jurídico de caráter pluralista para um viés monista, caracterizado

pela precedência e domínio das fontes jurídicas de raiz pública sobre as de ordem privada. Tal transição seria operacionalizada através da passagem do processo formulário para o processo extraordinário, e pelo monopólio da produção normativa por parte do Império.

Nesse sentido, o Direito Romano Pós-Clássico foi marcado pelo desaparecimento das fontes mais tradicionais de direito – as *leges publicae*, os *senadoconsultos*, a *iurisdictio* dos magistrados, e os pareceres dos juriconsultos – e pelo monopólio estatal da normatividade através da edição das constituições imperiais, as quais passaram a ser denominadas genericamente como *leges*, tornando-se a única fonte viva de direito do período pós-clássico. Em contraposição às *leges* existiam os *iura*, os quais consistiam no conjunto de regras e saberes da época clássica e que haviam sido preservados através da produção escrita dos juristas. O exercício da jurisdição se tornou profissionalizado e reservado a cargos administrativos, tendo a jurisprudência se dedicado a unificar e simplificar toda a atividade jurisdicional clássica, dando forma aos *iura*, os quais passaram por um processo de vulgarização dado a incorporação de elementos estranhos à tradição jurídica romana – consequência de sua utilização por comunidades do império que não eram suficientemente romanizadas – gerando o que os estudiosos conhecem como “Direito Romano Vulgar” (DI PIETRO; ELLI, 2010).

Além de concentrar qualquer tarefa de produção normativa, o imperador também exercia a função jurisdicional em seu mais alto nível, sendo auxiliado pelos juízes da corte imperial – agora funcionários do império. Dentre as competências jurisdicionais do imperador, incumbia-lhe o esclarecimento do mérito de questões que não podiam ser resolvidas com base no direito preexistente, ocasiões nas quais a corte imperial emitia um parecer em nome do imperador, um *rescriptum*, o qual era utilizado não apenas no caso específico que lhe dera origem, mas também em questões análogas a este que surgissem em outras regiões do império (SCHIOPPA, 2014). Porém, mesmo tendo tomado o lugar da jurisprudência clássica, seu nível de abstração e âmbito de aplicação poderiam variar, uma vez que seu sistema de divulgação era impróprio para assegurar o seu conhecimento difundido e duradouro, razão pela qual raramente possuíam alcance geral (BRETONE, 1998).

No plano processual, o desenvolvimento de um procedimento extraordinário e a possibilidade de apelar das sentenças proferidas pelos juízes privados – o que comprometia a credibilidade destes –, somado ao crescente aumento do número de magistrados e à expansão da estrutura administrativa do império, serviram de combustível para uma mudança de paradigma nas relações jurídicas em Roma.

Foi Diocleciano quem suprimiu as últimas aplicações do processo formulário e pôs termo ao *ordo iudiciorum privatorum* com a Constituição de 294 d.C., que exigiu que todos os magistrados das províncias conhecessem pessoalmente todas as causas que até então estavam obrigados a encaminhar a um juiz delegado, tendo estendido esta reforma também aos juízes de toda a Itália (PETIT, 2007). Porém, o acervo técnico das fórmulas serviu de base para o novo sistema processual, o qual foi denominado como “extraordinário”, pois se baseava na *cognitio extraordinaria*, por mais que na prática viesse a se consolidar no procedimento ordinário da época. O processo formulário só foi extinto definitivamente ao final do Principado e início do Dominato, quando os imperadores Constantino e Constante proibiram o uso das fórmulas em 342 d.C., tendo em vista que consideravam estas jogas de palavras perigosos e rebuscados (DI PIETRO; ELLI, 2010).

A principal característica do procedimento extraordinário foi o seu caráter público, opondo-se ao caráter privado do *ordo iudiciorum privatorum*. Em vez de um juiz privado, quem passou a deliberar sobre as lides foram funcionários que receberam tal competência diretamente do Imperador. Assim, tais funcionários passaram a organizar o procedimento e os casos concretos que lhes eram apresentados, o que, concomitantemente, resultou no enfraquecimento da figura do Pretor, que teve suas competências reduzidas pelo Imperador na medida em que as transferiu para seus funcionários (PILATI, 2014b).

Essa concentração de competências jurisdicionais já era observada nas províncias do Império, onde os magistrados exerciam a jurisdição em sua integralidade. No entanto, de acordo com Alfredo Di Pietro e Ángel Enrique Lapieza Elli (2010), as três principais causas que fomentaram a concentração da *iurisdictio* na figura do magistrado foram as seguintes: a) o imperador designou aos magistrados a tutela de condutas que antes não originavam nada além de um dever moral, mas que a partir de então passaram a ser gravadas de uma carga imperativa (ex: a obrigação de alimentos); b) a crescente extensão no âmbito da competência dos funcionários criados pelo imperador fez com que este lhes incumbisse a resolução de diversos litígios; c) o imperador passou a delegar sua *iurisdictio* ilimitada em casos esporádicos, e, posteriormente, transformou essas delegações em competências permanentes.

Ao concentrar nas mãos dos magistrados as competências de organizar a julgar as controvérsias e ampliar o quadro de funcionários públicos que exerceriam a magistratura, o processo extraordinário deu margem a formação de uma hierarquia no plano jurídico. Os juízes superiores eram os dois imperadores (auxiliados pelos *praefecti*

praetorio), que julgavam em qualquer instância, porém, regularmente deliberavam em última instância, dando a última palavra em caso de controvérsias. Os juízes ordinários estavam abaixo dos superiores, sendo tal cargo exercido pelo *praefectus urbi* em Roma e Constantinopla, e pelo *praeses provinciae* nas províncias. Os juízes pedâneos eram encarregados de julgar processos menos importantes, para evitar a sobrecarga de trabalho dos juízes ordinários (CRETILLA JÚNIOR, 2007).

Em relação ao procedimento extraordinário, o mesmo já não se dividia mais em duas fases, nem sequer fazia uso de fórmulas, de modo que todas as etapas se desenvolviam perante o magistrado, sendo que a *litis contestatio* era firmada diretamente por este após ouvir a intenção das partes, o que gerava o mesmo compromisso observado no processo formulário no que diz respeito à obrigação da lide ser julgada. As provas admitidas em juízo eram as mesmas utilizadas no processo formulário, apesar de já se observar certo demérito no que diz respeito à admissão de provas testemunhais. A sentença, conforme observado, era aplicada pelo próprio magistrado, porém, passou a ser escrita, sendo realizada sua leitura pública e registro. Ademais, o desenvolvimento de uma hierarquia na magistratura fez com que da sentença fosse possível apelar para uma nova autoridade superior. Por outro lado, a *revocatio in duplum* já não existia mais no processo extraordinário (PETIT, 2007).

Em realidade, a mudança de paradigma observada no sistema processual romano – do processo formulário para o extraordinário – muito se deve em virtude da necessidade do modelo de jurisdição se adaptar ao caráter autocrático e burocrático que marcou os períodos do Principado e Dominato, e que também se estendeu aos demais aspectos sociais de Roma. A introdução do processo extraordinário, durante o Dominato, promoveu uma virada paradigmática no que diz respeito a configuração das relações jurídicas em Roma. O Império apropriou-se da jurisdição e afastou a esfera participativa da resolução dos conflitos, legando esta a funcionários nomeados pelo próprio Príncipe, os quais seriam responsáveis tanto por organizar como por julgar os conflitos. Ocorre uma simplificação na configuração das relações jurídicas. Onde antes público e privado dialogavam e se articulavam a fim de exercerem a jurisdição conjuntamente, consolidou-se o monopólio da jurisdição pelo primeiro às custas da exclusão do segundo. O cidadão passou a ter um papel secundário na resolução dos conflitos. A Sociedade foi desempoderada na medida em que o público governamental foi fortalecido, perspectiva esta que se estenderia ao ideário moderno.

É possível afirmar que o sistema processual e o modelo de jurisdição que viriam a ser adotados pelos países de tradição romano-

germânica da Modernidade foram fortemente influenciados pelo processo extraordinário e pelo padrão autocrático, burocrático, e escalonado das magistraturas romanas ao final do Dominato. O equilíbrio entre instituições representativas e participativas que marcou o *ordo iudiciorum privatorum* e foi operacionalizado pelo processo formulário jamais foi alcançado novamente. Muito pelo contrário, com exceção de poucas (e em sua maioria não exitosas) tentativas de instituir uma cultura processual de caráter participativo, o paradigma moderno se inclinaria decisivamente a um viés representativo de processo e jurisdição, afastando o cidadão da deliberação e concentrando a mesma nas mãos de representantes estatais.

Todavia, o Direito Romano Pós-Clássico se fez acompanhar do processo de declínio e queda do Império Romano. Os problemas econômicos de Roma, somados às vastas extensões do Império, levaram a sua divisão em duas partes em 395 d.C.: O Império Ocidental e o Império Oriental. Essa divisão contribuiu para a derrocada do Império Romano, uma vez que havia certa disparidade quanto as condições socioeconômicas do Ocidente e relação ao Oriente (ALFÖLDY, 1989).

Do ponto de vista econômico, as consequências da escravidão foram mais graves na parte ocidental, onde se fundaram a maior parte das cidades romanas e se aperfeiçoou o modo de produção escravista, diferente do Oriente, no qual a conquista romana simplesmente integrou uma civilização helênica já avançada, mais populosa, e com mais cidades, possuidora de base social bem consolidada e capaz de resistir ao avanço desenfreado da escravidão e de preservar por mais tempo a riqueza das relações comerciais. Sob o viés político, a estrutura burocrático-administrativa do Ocidente abrigava a maior parte da classe governante provincial, a qual era composta por pessoas oriundas da aristocracia – enquanto que no Oriente as mesmas funções burocráticas não ficavam a cargo de nobres –, tendo a nobreza agrária ocidental incitado uma conduta antimilitarista, jogando imperadores contra os generais de origem germânica que haviam assumido o comando do exército, o que deu fôlego a insurreições das classes não governamentais – fato sem paralelo no Oriente. Tais revoltas, muitas das quais se voltaram contra o regime de escravidão, resultaram na implosão do império ocidental por forças internas, antes mesmo que forças externas o solapassem definitivamente com a deposição do último imperador romano do ocidente, Rômulo Augusto, pelo chefe mercenário germânico, Odoacro, em 476 d.C. (ANDERSON, 2016).

Porém, convém destacar que a queda do Império Romano Ocidental deve ser observada apenas quanto a sua formação e estrutura política. Odoacro e os outros governantes germânicos que lhe seguiram

buscaram se apropriar da cultura romana, preservando as tradições do Império Romano a fim de gozar da vida luxuosa da antiga elite imperial e de legitimar o novo reino (MARTIN, 2015).

A derrocada do Império Romano não importou necessariamente no fim do Direito Romano. Mesmo diante da supressão de algumas das instituições políticas que lhe deram substância e fundamento, o Direito Romano Pós-Clássico teve uma contribuição fundamental para a preservação e disseminação da cultura jurídica romana às eras que seguiram. Muito do que a Modernidade absorveu da cultura jurídica romana se deve às grandes compilações normativas do período pós-clássico. Dentre elas merece destaque aquela realizada a mando do imperador oriental, Justiniano, coordenada pelo jurista Triboniano entre os anos de 527 e 565 d.C., tendo dado forma ao *Corpus Iuris Civilis* e ao Digesto, trabalhos que encerraram o legado jurídico milenar de Roma (SCHIOPPA, 2014).

As compilações de Justiniano introduziram regras novas em todos os campos do direito – em acréscimo ou em derrogação daquelas referentes ao direito pós-clássico –, e tinham como objetivo substituir todas as demais fontes de direito, devendo ser aplicadas em sua integralidade pelos juízes do império, que estavam veementemente impedidos de tecer comentários acerca do seu teor (SCHIOPPA, 2014). A fim de se ter uma breve compreensão das dimensões da importância do Digesto para a Modernidade – e quiça para o seu contraponto pós-moderno – é interessante a leitura da seguinte passagem:

[...] o Digesto salvou para a posteridade, mesmo que de forma muito fragmentária, os escritos dos maiores juristas da Roma antiga, de Sálvio Juliano a Labeão, de Paulo a Ulpiano, de Pompônio a Calístrato, de Modestino a Papiniano e vários outros. Aquilo que conhecemos do direito clássico e da forma de raciocínio e de argumentação dos juristas romanos deve-se essencialmente a essa obra, cuja importância para a história do direito é incomensurável. Sem ela teria se perdido para sempre o mais maduro fruto da civilização romana. E é verdadeiramente singular que o Digesto, o monumento da sabedoria jurídica romana, tenha sido concebido e realizado longe de Roma, e que a obra só tenha começado a causar seus efeitos no Ocidente cerca de seis séculos mais tarde, quase como se tivesse sido concebida para uma Europa

que ainda não existia [...] No Oriente, a compilação, integrada às constituições dos imperadores e traduzida para o grego, manteve-se como a base do direito bizantino durante quase 1.000 anos, até a queda de Constantinopla sob o assédio dos turcos em 1453. No Ocidente, Justiniano pretendeu introduzir a compilação em seu projeto de reconquista da Itália, mas a tentativa teve êxito precário, porque a Gália e a Espanha já haviam se tornado sedes de reinos germânicos, ao passo que a Itália setentrional e central foi, depois de sua morte, quase instantaneamente ocupada pelos lombardos instalados na Península no ano de 568. Apenas com o renascimento do século XII a obra de Justiniano iniciará seu ciclo vital na Itália e na Europa, como fonte capital do novo direito comum que dominará a cena do direito do continente até o fim do século XVIII (SCHIOPPA, 2014, p. 18-19).

O legado jurídico romano seria preservado através do Digesto e influenciaria o pensamento medieval e moderno. Contudo, a convivência entre os recém-chegados bárbaros e os romanos deu forma a novas tradições. Comunidades germânicas criaram pequenos reinos locais, regrados pela jurisprudência romana e moldados com base em uma estrutura hierárquica e uma administração funcional que remetia aos antigos moldes romanos. Boa parte do território das antigas províncias romanas ficou fora do controle destes novos reinos e isentos de qualquer autoridade central. Por outro lado, grandes e duradouros reinos também surgiram, como a Dinastia Merovíngia, precursora da França moderna, cuja vitalidade de seu reino se deve a uma combinação eficaz do poder militar germânico com as tradições sociais e legais romanas. O romanismo também importou na preservação do cristianismo, o qual foi imposto com severa ortodoxia na fração oriental do império, fechando academias e colocando em risco à literatura clássica – que perdeu espaço para a cristã e sobreviveu graças ao trabalho escolar de cristãos instruídos –, bem como impondo a moral cristã às relações jurídicas (MARTIN, 2015).

A economia se deslocou cada vez mais para o campo, tendo os romanos mais ricos constituído propriedades que operavam como unidades autossustentáveis e independentes de uma autoridade central (MARTIN, 2015). O trabalho escravo se tornava cada vez mais escravo,

o que obrigou os proprietários rurais a convertê-lo em servidão ligada à terra, resultando na emergência de um colonato, um sistema no qual camponeses rendeiros estavam atados a propriedade de seu senhorio, o qual era pago com bens, dinheiro, ou com o trabalho na terra em esquema de meação. A classe proprietária de terras – proveniente da aristocracia romana – aumentou suas riquezas, tendo sanado seu problema com o gerenciamento e supervisão de terras, agora arrendadas aos camponeses. O sistema econômico passou de um modelo escravista para um modo de produção baseado na relação entre o produtor rural dependente, seu senhorio, e o governo (ANDERSON, 2016).

Esse lento processo de fusão gerou um amálgama de tradições romanas e germânicas, que, somado à colisão entre dois modos de produção decadentes – o primitivo e o antigo –, deu margem ao advento de uma síntese paradigmática que viria a superar ambas as tradições, resultando em uma nova ordem, de cunho feudal, a qual se disseminaria pela Europa medieval e afetaria o direito, resultando em uma nova configuração das relações jurídicas (ANDERSON, 2016).

3.2A AUTENTICIDADE E A INFLÊNCIA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS MEDIEVAIS

A hegemonia do pensamento e da ética cristã tiveram como um de seus principais desdobramentos uma nova perspectiva acerca do tempo, adaptando este aos santos e aos dias sagrados da nova fé, bem como realizando um esforço intelectual a fim de identificar a passagem de um período antigo – caracterizado pelo paganismo – para uma nova era – marcada pelo cristianismo. Nesse sentido, autores cristãos como Santo Agostinho realizaram propostas de periodização inspiradas na doutrina cristã e no ciclo da vida humana, razão pela qual foram dotadas de uma decrepitude progressiva que reforçou o pessimismo cronológico responsável por conceber a teoria de que o mundo estava envelhecendo. Foi sob tal perspectiva que a Antiguidade foi identificada pela primeira vez como um período histórico, sendo proveniente da palavra latina *antiquitas*, a qual traduz a ideia de envelhecimento e correspondia à concepção agostiniana de que a humanidade havia chegado à sua velhice (LE GOFF, 2015).

Foi somente a partir do Século XIV que alguns poetas e escritores passaram a perceber que estavam evoluindo para uma nova atmosfera intelectual, saindo de um longo lapso temporal que teria iniciado com o fim do Império Romano Ocidental, intervalo este que seria um período intermediário entre uma Antiguidade imaginária – berço dos principais

baluartes da arte e da cultura ocidental – e uma Modernidade imaginada – marcada por uma série de renascimentos culturais. Esse extenso interstício entre a Antiguidade e a Modernidade foi pejorativamente denominado como “Idade Média” (*media ætas*), termo que se tornou recorrente apenas ao final do Século XVII e que dividia espaço com outras expressões, como “Feudalidade” (*féodalité*), na França, e “Tempos Sombrios” (*dark ages*), na Inglaterra (LE GOFF, 2015).

Parte dessa carga pejorativa empregada à Idade Média é decorrente da transposição, para o período medieval, de conceitos e linguagens que não lhe são próprios ou inatos, sendo provenientes de modelos culturais que lhe são alheios e que acabam distorcendo, obscurecendo, e menosprezando seu paradigma (GROSSI, 2014). Se a essência do direito é sua historicidade, uma análise fidedigna da experiência jurídica medieval demanda filtros adequados que preservem sua historicidade e possibilitem uma leitura de contraponto que não incida em mal-entendidos ou equívocos, exigência esta que é comumente negligenciada pelo paradigma moderno:

E mais: nós, modernos, costumamos usar conceitos e termos como “Estado”, “soberania”, “lei”, “legalidade”, “legalidade”, “interpretação”, impregnando-os com aqueles conteúdos que a consciência moderna sedimentou de maneira profunda; conceitos e termos comprometidos inevitavelmente por esses conteúdos. Se, como fazem com desenvoltura os historiadores e também os historiadores do direito, tais conceitos e termos são transplantados para o tecido medieval como se um continuum ligasse esse tecido e nós; se, por sua vez, como efetivamente ocorre, a correlação medieval/moderno segue preceitos da descontinuidade com uma mudança dos valores de sustentação do universo político e jurídico, então esses conceitos-termos se resolvem numa extrapolação da realidade histórica e, em vez de instrumentos de compreensão, funcionam mais como perigosas fontes de mal-entendidos e de equívocos (GROSSI, 2014, p. 13).

Porém, há de se ressaltar que o vocábulo “moderno” em sua origem; pelos idos do Século V; designava apenas algo “recente”, significado dotado de um teor neutro e que foi conservado ao longo de

toda a Idade Média, se contrapondo ao termo “antigo”, terminologia igualmente neutra no sentido de “algo que pertence ao passado”. O termo “moderno” passou a ser associado a um paradigma do pensamento somente a partir do Século XVI, quando os eruditos provenientes das universidades dividiram a história em três Idades: Antiga, Média e Moderna (LE GOFF, 1990).

Nesse sentido, a identificação de uma Idade Média é uma criação da Modernidade, motivo pelo qual o período medieval jamais foi “moderno” em sua concepção, sendo projetado a partir do prisma de um paradigma distinto e que se opõe mais ao medieval do que ao propriamente antigo – no qual busca o renascimento de suas artes e culturas. E é justamente por se tratar do período imediatamente pretérito ao moderno que a Idade Média é comumente dotada de uma carga pejorativa, no sentido de um período a ser superado por um conjunto de novas práticas e crenças, mais refinadas, e que, ao menos no campo das artes e da filosofia, primam pelo resgate do que se perdeu da Antiguidade. Ou seja, será sempre o paradigma “moderno”; em seu sentido de conjunto de crenças e valores mais “recente/novo”; quem delineará o destino e a carga valorativa atribuída aos períodos que lhe antecederam, e assim o faz através da interpretação que seus indivíduos e sociedades têm para com o seu passado – palavra esta que já traduz a ideia de algo superado.

Contudo, quando empregado às civilizações greco-romanas; as quais gozam de prestígio e serviram de inspiração para o Renascimento; o sentido da palavra “antigo” deixa de se contrapor ao termo “moderno” sob a perspectiva de superação de um paradigma do passado por outro contemporâneo e passa a fazer menção à contraposição entre duas formas de progresso:

O fato de antigo designar um período, uma civilização que não só tem o prestígio do passado, mas também a auréola do Renascimento, de que foi o ídolo e o instrumento, vai conferir um caráter de luta quase sacrílega ao conflito entre antigo e moderno. O combate entre 'antigo' e 'moderno' será menos o combate entre o passado e o presente, a tradição e a novidade do que o contraste entre duas formas de progresso: o do eterno retorno, circular, que põe a antiguidade nos píncaros e o progresso por evolução retilínea, linear, que privilegia o que se desvia da antiguidade. Foi no antigo que o renascimento e o humanismo se apoiaram para fazer a "modernidade" do século XVI, que se

erguerá contra as ambições do moderno (LE GOFF, 1990, p. 173).

O período medieval não gozou de tal sorte uma vez que o projeto de Modernidade do Século XVI deixou de identificar neste qualquer perspectiva de progresso, razão pela qual a contraposição entre “antigo” e “moderno”, no que tange à Idade Média, se deu apenas na perspectiva de superação de instituições supostamente decrépitas e provenientes de um passado indesejado, por novas instituições e valores de cunho “moderno”.

Entretanto, a passagem da Antiguidade para a Idade Média não se deu de forma abrupta, ela foi longa, progressiva, e marcada por muitas sobreposições, não sendo possível se identificar uma data de ruptura clara entre ambas, mas sim uma série de mutações que teriam se estendido ao longo da Antiguidade Tardia – entre os séculos III e VII d.C. –, compreendendo não apenas a conversão do imperador Constantino ao cristianismo, como também outros fatores de ordem política, econômica e jurisdicional (LE GOFF, 2015). Por outro lado, é necessário se precaver quanto a uma tendência simplista e recorrente que compreende o período medieval como uma continuação do período romano, pois, ao menos sob a perspectiva do universo jurídico, a Idade Média deve ser contemplada como algo distinto e completo, sendo marcada por uma descontinuidade com o período clássico e com o moderno, tratando-se na realidade de uma experiência jurídica que encontra a autenticidade e a originalidade de suas instituições típicas em sua própria historicidade (GROSSI, 2014).

Georges Duby (1989) afirma que o espírito medieval é dotado de uma série de peculiaridades: uma intensa militarização das comunidades; o dever de respeito às imposições morais e à prática de certas virtudes; a estruturação das relações sociais em torno do ideal de companheirismo de combate; noções de homenagem e dependência pessoal; entre outras, as quais se manifestavam através de gestos rituais ou palavras. É interessante ressaltar que a cultura medieval foi igualmente caracterizada por um movimento de dupla vulgarização, tendo as camadas sociais inferiores reproduzido hábitos das camadas superiores, assim como estas últimas adotaram alguns valores originários de níveis sociais menos elevados, dando forma a uma cultura comum, a qual, como Georges Duby (1989, p. 148; 150-151) bem destaca, partem de dois modelos distintos e que encontram na figura do rei um exemplar ideal: um de matriz sacra, consistente nos sacerdotes; outro de caráter profano, proveniente dos guerreiros:

Na sociedade do Ocidente feudal, tais modelos são em número muito restrito. Apenas dois são claramente perceptíveis, bem definidos, e aliás estritamente opostos um ao outro; um voltado para a parte sacra, outro para a parte profana da cultura aristocrática. Ainda que um e outro representem de fato, a meu ver, as duas faces de um exemplar único e sem dúvida primitivo: o modelo do rei, na medida em que a cultura da Idade Média central culmina na figura do soberano, imagem de Deus, na medida em que a fonte inicial de todo o processo de vulgarização se encontra, como o creio, no fascínio exercido pelo exemplo real. Esses dois modelos são, de um lado, o do homem de guerra, digamos o cavaleiro — e não me estenderei mais a seu respeito —, e, de outro, o do homem de sacerdócio, o do clérigo.

Tendo em vista tais modelos comportamentais, é possível afirmar que uma das características mais interessantes das instituições medievais diz respeito à sobreposição de instâncias seculares e religiosas. Desde a ordenação da Sociedade até a configuração de suas relações jurídicas, a dimensão temporal e a religiosa performaram um ciclo de legitimação no qual uma servia de fundamento e justificação para a outra. E, em função desta simbiose, o discurso de autoridade que revestia suas instituições teve reflexos imediatos na Sociedade medieval e em seu ordenamento jurídico.

O primeiro destes reflexos consiste na própria concepção do homem medieval, cujo modelo ideal seria fortemente impregnado pelo cristianismo e debatido pela teologia enquanto ciência religiosa, razão pela qual estavam excluídos de tal panorama aqueles que não professavam a fé cristã e que mais tarde seriam chamados de ateus ou libertinos. Para a mentalidade medieval, o homem era a criatura de Deus, e a sua natureza e destino estavam elucidados no livro do Gênesis, no Antigo Testamento, o que fomentou uma dupla visão acerca do ser humano: uma cunho otimista e outra dotada de um viés pessimista. A primeira delas compreendia o homem enquanto imagem e semelhança de deus criador, ao passo que a segunda o contemplava como um pecador, expulso do paraíso e condenado ao sofrimento, à vergonha, e à morte. E foi essa visão pessimista do homem que predominou ao longo da Alta Idade Média, desde o século IV até o século XII, mudando apenas com o

Renascimento a partir dos séculos XII e XIII, quando a visão otimista passa a preponderar em função do próprio humanismo proveniente deste subperíodo. A partir de então a arte renascentista retrataria o homem medieval nos traços dos poderosos da terra: o papa, o rei, o grande senhor feudal, o rico burguês, entre outras figuras de poder, homens bem-sucedidos e orgulhosos de suas conquistas e autoridade. No entanto, a influência religiosa ainda domina a mentalidade e o conceito do homem medievo, um ser peregrino e penitente, cuja alma é o palco do constante conflito teológico entre Deus e Satanás, e cujo seu livre arbítrio definirá o seu destino: a salvação ou condenação eterna (LE GOFF, 1989).

Esse homem, cuja essência identifica-se no conflito interno entre o temporal e o eterno, encontraria o seu lugar na Sociedade conforme o estamento ao qual estaria vinculado. Nesse viés, Georges Duby (1994) discorre a respeito das três ordens que compuseram a Sociedade medieval, bem como sobre o discurso de legitimação desta. Segundo o autor supracitado, a ideia de ordenação provém do vocábulo *ordo*, que em suas origens possui dupla acepção: a) um sentido concreto, consistente num ato legal e público que confere ao indivíduo um determinado estatuto ao qual estará vinculado; b) um sentido abstrato que prima pela organização justa e boa do universo, e cujo poder temporal e religioso têm o dever de manter. Não obstante existir mais de uma ordem, o *ordo* consiste em sua essência num “exercício de autoridade que as distingue e coordena” (DUBY, 1994, p. 95), distinguindo-se os que dão as ordens daqueles que apenas as executam.

Originalmente, entendia-se que faziam parte da *ordo* apenas aqueles que possuíam um propósito sagrado na Sociedade: o clero e os monarcas. No século V, o Papa Gelásio afirmou que o princípio que rege a ordem no universo era duplo e advinha da autoridade sagrada dos pontífices e do poder real dos monarcas. O clero e a realeza estariam vinculados a dois ofícios distintos e autônomos, embora solidários, uma vez que os monarcas dependiam dos pontífices para alcançarem a salvação eterna, ao passo que os últimos dependiam dos primeiros para a manutenção da paz na terra. A *ordo* dividir-se-ia entre aqueles que, com armas em mãos, combatem, e aqueles que, desarmados e orando, também colaboram para a manutenção da ordem divina. No entanto, no século VIII, com o advento da dinastia carolíngia, tal distinção torna-se prejudicada, uma vez que passa-se a compreender que, assim na Terra como no Céu, só reina um, vindo o rei herdar a autoridade de Cristo enquanto liderança religiosa e secular (DUBY, 1994).

Essa nova compreensão da *auctoritas* e *postestas* exige do soberano sagrado um olhar sobre ambas as dimensões pela qual deve

velar, para a direita e para a esquerda, para uma *ordo* composta por aqueles que oram e por outros que combatem, *oratores* e *bellatores*:

Todos podem ver esta dualidade com os próprios olhos. Na ordenação das cerimônias: quando os reis do século IX são sagrados em Reims, os dignitários laicos sentam-se à sua esquerda e os dignitários eclesiásticos à sua direita – do lado melhor: Cristo senta-se à direita do Pai. Ora, uma vez que cabe aos *oratores* ensinar os outros, indicar aos *bellatores* onde está o bem e onde está o mal, erigir proibições em sua intenção, instituir valores – esta tarefa prepara o advento de uma nova *ordo* destinada a tomar lugar junto da das viúvas, dos monógamos, junto dos clérigos: trata-se da ordem dos guerreiros. O rei, claro está, é a personagem-modelo desta categoria ético-social. Porque se o rei, *principaliter*, acumula as duas funções, um dos seus papéis, uma das suas personalidades, a guerreira, com o entusiasmo da sua “juventude”, o peso da sua carne, separa-o dos clérigos e inclina-o irresistivelmente para a esquerda, para a terra, para o combate. O monarca dirige a outra corte, a temporal; isto mesmo no-lo mostram os pintores, enquanto foi tradição representar a *ecclesia* por figuras humanas, colocando uns atrás do papa, os outros atrás do imperador (DUBY, 1994, p. 99).

De toda sorte, num primeiro momento os responsáveis pelas funções carnis não faziam parte do ideal de *ordo*, pertenciam à “plebe”, o que identifica uma forma de classificação social binária no mundo terreno, a qual somente se dissolveria num momento posterior, no além vida, onde todos seriam iguais. Porém, no século XI, discussões como a protagonizada pelo bispo Gerardo e o Conde de Flandres levaram a inserção de um terceiro elemento na *ordo* – uma vez que a essência das interações sociais seria triangular e não linear –, de caráter passivo e responsáveis por obedecer e testemunhar em silêncio a história: os trabalhadores (*laboratores*) (DUBY, 1994).

A respeito dos trabalhadores, o desaparecimento do modo de produção escravista em quase toda Europa deu margem à emergência do labor na condição de servo. Diferente do escravo, os servos eram sujeitos de direito, e não meras coisas a serem livremente dispostas pelos seus senhores. Força motriz do modo de produção feudal, os servos diferiam-

se dos livres em razão do seu estatuto jurídico, o qual lhe vedava a liberdade de locomoção e o gozo de bens comuns, bem como lhes impossibilitava contrair matrimônio com pessoas livres (SCHIOPPA, 2014). De maneira geral, os *laboratores* estavam juridicamente vinculados não apenas ao solo, mas também à jurisdição de um senhor, o que, segundo Perry Anderson (2016, p. 166), resultou num “amálgama jurídico entre exploração econômica e autoridade política”.

A subordinação política dos trabalhadores ao senhor decorria de seu poderio militar e jurisdicional – como se verá com maior propriedade mais adiante –, o que importava também na recepção de lucros e na organização de milícias para conter conflitos internos, ou no envio de tropas ao exército real ou de senhores mais poderosos. Por outro lado, no que diz respeito à subordinação econômica, as terras eram divididas em três frações: uma de exploração exclusiva do senhor, outra fracionada em concessões familiares e hereditárias, e uma terceira que consistia em florestas ou terrenos baldios de utilização coletiva. Para o cultivar suas terras, o senhor se valia da mão de obra de seus servos, ou à prestação de dias de trabalho por parte dos camponeses concessionários, os quais poderiam reduzir seus dias de trabalho nas terras do senhor através do pagamento em dinheiro ou em produtos. Mesmo nos campos baldios de utilização coletiva, era recorrente a prática dos senhores privatizarem parte destes espaços para seu uso pessoal, conferindo ao seu rebanho a prioridade no uso destes pastos, regulamentando a caça em tais territórios, e estabelecendo o monopólio na utilização e exploração industrial das águas. Convém ressaltar também que, apesar de não ser uma circunstância comum, nem todas as localidades estavam sujeitas ao crivo de um senhor, havendo comunidades que estavam submetidas diretamente à Coroa e outras que ainda não estavam subordinadas a nenhuma espécie de senhorio (LE GOFF, 1989).

Enfim, importa destacar que a trifuncionalidade social do período medieval não visava fundar uma moral religiosa, mas, antes disso, se destinava a configurar uma moral cívica. O conceito de *ordo* seria dessacralizado com o tempo, deixando de designar um plano de organização que tinha como fim alcançar a redenção e a graça divina, e passando a compreender a forma de distribuição de tarefas por parte do soberano e os pilares que sustentavam a Sociedade medieval. Cabia ao príncipe dominar as três funções e velar para que as engrenagens do senhorio funcionassem perfeitamente, com cada ordem cumprindo o seu papel: oração, armas e abastecimento (DUBY, 1994).

As três ordens desempenhavam suas funções através de um novo modo de produção denominado como feudal, produto da colisão de dois

modos de produção, o germânico e o romano – respectivamente, o primitivo e o antigo. O modo de produção feudal desenvolveu-se em maior escala ao final do século VIII, na era carolíngia, quando o sistema de vassalagem e doações de terras foi aos poucos se fundindo até se consolidar numa espécie de arrendamento condicional da terra, estabelecido por obrigações juradas, e que importava na concessão de poderes políticos e jurídicos aos vassalos, e, em contraparte, na prestação de serviços militares ao senhor suserano (ANDERSON, 2016).

O pacto de vassalagem era firmado através de uma cerimônia chamada “homenagem”, um ritual marcado pelo profundo sentimento religioso da época, no qual o vassalo se colocava de joelhos diante do senhor e lhe jurava fidelidade eterna, sendo o ato usualmente testemunhado e abençoado por um sacerdote, selando o dever do vassalo em lutar pelo seu senhor até a morte, e, por outro lado, a obrigação do último em lhe prover proteção, terras, e recursos básicos para a subsistência de seus servos e dependentes (PALMA, 2017). Tratava-se de um pacto pessoal, e o direito do vassalo sobre o feudo era irrevogável, salvo em caso de culpa. Porém, as relações feudais aos poucos foram se fragmentando na medida em que os vassalos do rei passaram a criar vassalos de posição inferior para si mesmos, formando uma trama de subordinação que se estendia por até mais de quatro níveis. Como o pacto de vassalagem era pessoal, o vínculo do vassalo era com o seu próprio senhor, não com o senhor do seu senhor, resultando numa fragmentação da soberania que exigia que o monarca suserano sempre se afirmasse diante da extensa trama de relações de vassalagem, esforço este que só foi amenizado no século XIII quando a monarquia francesa fez prevalecer o princípio segundo o qual todos os vassalos estavam sujeitos ao rei (SCHIOPPA, 2014).

Assim, uma das consequências imediatas do feudalismo foi a existência de uma multiplicidade de jurisdições privadas decorrentes da sobreposição de relações de vassalagem. Isso se justifica pelo fato de que cada vassalo era dotado de poderes jurisdicionais sobre suas terras, e, por um longo período, competia tão somente ao senhor das terras aplicar o direito aos seus servos, tendo em vista que o pacto de vassalagem era pessoal e o dever de lealdade não se estendia aos níveis precedentes de toda a trama de relações de vassalagem. O feudalismo abriu espaço para a configuração de uma nova dimensão de relações jurídicas, estruturadas no nível da autoridade, fundamentadas com base na propriedade, e asseguradas através de um pacto de lealdade que impunha um dever muito mais ético do que jurídico, o qual dependia do livre consenso do vassalo, e não de sua subordinação incondicional ao suserano. E, por estarem

vinculados à terra e não possuem um potencial de mobilidade, os servos estavam sujeitos à jurisdição do senhor feudal, recorrendo a estes não apenas para a sua proteção, mas também para que lhes fosse administrada a justiça. Concomitantemente, esse escalonamento de relações jurídicas isentas de uma organização hierárquica, e, portanto, isoladas em seu campo de apreciação, resultou na fragmentação da soberania estatal e na dificuldade de se impor uma autoridade pública, e, como consequência, de organizar um direito de matriz publicista.

Porém, na mesma medida em que a feudalização promoveu uma privatização do poder, o esfacelamento do poder público acabou disseminando a jurisdição estatal de casa em casa, de modo que cada comunidade acabou por se tornar um pequeno “Estado” soberano onde o direito aplicado ainda preserva em certa parte seu caráter original, que é público. E, embora as relações jurídicas projetadas em primeiro plano e que se destacaram no panorama jurídico medieval tenham sido de natureza privada, em momento algum deixou-se de reconhecer que existem direitos distintos dos outros por conta de sua essência pública. Há um conflito entre a dimensão jurídica privada e a pública, com o predomínio de relações jurídicas norteadas por normas de teor privatístico. No entanto, ambas as dimensões reconheciam a existência e pertinência uma da outra (DUBY, 2009a).

É interessante a observação de Paolo Grossi (2014, p. 56) a respeito do traço distintivo entre a coroa, a senhoria e a comuna, o qual não consiste propriamente na noção de soberania, mas numa psicologia do poder diferenciada, que não vislumbra a globalidade do poder, muito pelo contrário, era marcada pela incompletude deste:

A verdadeira e a mais significativa linha divisória entre a monarquia, a senhoria, a legítima comuna medieval e a noção de Estado reside não tanto numa relativa “soberania” ou numa quantidade de aparato, mas numa psicologia do poder muito diferente. O Estado é um certo modo de conceber o poder político e suas funções; é sobretudo um programa, um programa global ou que, mesmo não sendo global, tende à globalidade; é a vocação a fazer o objeto do poder coincidir com a totalidade das relações sociais; é a vocação a se tornar um poder completo. É isso que falta ao organismo político medieval, que, aliás, é marcado por sua incompletude precisamente no plano da concepção do poder, da rarefação de suas funções, do

acentuado desinteresse por uma ampla área do social.

A incompletude do poder político medieval, aliado à relativa indiferença dos detentores deste para com o direito privado – lhes sendo de interesse somente o direito público enquanto instrumento necessário ao exercício e conservação do poder –, gerou a autonomia deste em relação àquele, e, conseqüentemente, fez com que o universo jurídico medieval experimentasse uma liberdade antes não imaginada quando à sombra de um poder político completo e com pretensões totalitárias. Motivo pelo qual, estando situada num mundo de autonomias, a ordem jurídica medieval pode ser compreendida como um mundo de ordenamentos diversos onde a única soberania absoluta, ilimitada, e inconteste, é a soberania de Deus (GROSSI, 2014).

Por outro lado, o indivíduo medievo não era autossuficiente, razão pela qual não conseguia se manter sem a presença de um poder político concreto, e, na falta deste, buscou abrigo em comunidades que tomaram a forma de substitutos de um poder supremo, ausente ou insuficiente. Contudo, as comunidades tornaram-se microcosmos nos quais o sujeito sobrevivia como um *socius* (membro de uma Sociedade) e não como um *singulus* (indivíduo), o que atribuía a essas comunidades um sentimento de completude não mais encontrado nos reinos de outrora. Esse sentimento de completude encontrado na comunidade foi aguçado pelo cristianismo que se propagou pela Europa medieval, o qual tinha como um de seus dogmas a salvação através da comunidade, algo que o indivíduo dificilmente alcançaria de forma isolada, fator que contribuiu para a concepção do indivíduo enquanto uma estrutura frágil e incompleta (GROSSI, 2010).

Assim como o poder político, o indivíduo medieval também era dotado de um senso de incompletude que influenciaria a configuração das relações jurídicas medievais e favoreceria a formação de um direito comunal. Uma das conseqüências do comunitarismo medieval foi a transição de uma ordem jurídica antropocêntrica, inteiramente focada no culto ao indivíduo, para uma experiência jurídica reicentrista, que retira o indivíduo do centro das relações jurídicas e privilegia as coisas: “o ordenamento se desloca *do* sujeito *para* as coisas, e a coisa, nas suas exigências primordiais, em sua factualidade não condicionada, não mortificada nem filtrada, torna-se sua protagonista e a fonte em sentido substancial de todo o devir jurídico” (GROSSI, 2014, p. 89).

Nesse sentido, a “terra”, o “sangue”, e o “tempo”, enquanto forças primordiais do universo medieval, passam a receber uma forte carga

normativa, reduzindo a potencialidade do indivíduo e elevando a natureza das coisas, o que demonstra a factualidade do direito medieval e a insignificância do indivíduo diante da perfeição da comunidade. Estes três elementos que traduzem o reicentrismo e a factualidade do direito medieval só encontram guarida na comunidade, uma vez que é da terra que a comunidade como um todo retira o seu sustento, é o sangue que define os laços familiares e identifica a comunidade, e é o tempo que acompanhará todas as gerações da comunidade. Essas três dimensões da factualidade medieval ressaltam a incompletude do indivíduo diante da completude da comunidade, como bem ilustra Paolo Grossi (2010, p. 08-09):

Estes três fatos primordiais têm um único significado antropológico: reduzem a contribuição do indivíduo, elevando a natureza e o grupo ao status de protagonista. A Terra é o recurso sobre o qual o homem medieval pode recorrer para evitar a fome usando o cultivo e a produção, mas nenhum desses processos é realizado por indivíduos, mas sim por grupos - famílias ou unidades maiores. Esses grupos se reproduzem verticalmente em uma cadeia de grupos sucessores, porque somente coletivamente a humanidade poderia esperar ter algum sucesso na tentativa de domar uma realidade tão misteriosa e caótica. O sangue é entendido como um precioso significante de identidade em um círculo cada vez mais amplo de alianças que começa com a família e termina com a nação ("raça"), um grupo maior de indivíduos que descendem de uma única ação para formar um único povo. O tempo é entendido como uma duração contínua e, como tal, só pode se manifestar na sucessão das gerações; o indivíduo é, portanto, apagado quando se torna um mero ponto em uma linha. Como a memória, o tempo na Idade Média é melhor concebido pelo coletivo. Podemos ver, portanto, como a Terra, o sangue e o tempo todos enfatizam a incompletude do indivíduo em relação à integridade da comunidade³⁴.

³⁴ These three primordial facts have a single anthropological significance: they reduce the contribution of the individual, elevating nature and the group to protagonist status. The Earth is the resource upon which medieval man may draw to avoid hunger using cultivation and production, yet neither of these processes

Tanto a organização feudal como o direito feudal foram essencialmente costumeiros. Nenhuma outra fonte de direito traduziria melhor a essência do comunitarismo medieval do que os costumes, uma vez que estes surgem de baixo, estão intimamente vinculados à terra, reproduzindo os valores éticos e econômicos da realidade local, motivo pelo qual expressam a identidade de uma coletividade – que pode ser pequena ou grande, conforme estes passam a ser assimilados por comunidades distintas –, e, numa perspectiva mais ampla, sintetizam as convicções e fundamentos da cultura jurídica medieval (GROSSI, 2010).

Em sua essência, os costumes são ações normativas repetidas ao longo do tempo dentro do contexto de uma comunidade. De maneira didática, Paolo Grossi (2010, p. 10) compara os costumes a um caminho percorrido em uma floresta:

O que é costume? Uma imagem explicativa simples, mas útil, é a de um caminho atravessado por uma floresta. O caminho não surge até que um sujeito empreendedor dê os primeiros passos em uma determinada direção; Ele é então seguido por uma multidão de imitadores, todos convencidos de que esse é o modo mais rápido de atravessar a floresta. O caminho é, portanto, nada mais do que uma série de passos, repetidos consistentemente ao longo do tempo³⁵.

is carried out by individuals but rather by groups – either families or larger units. These groups reproduce themselves vertically in a chain of successor groups, because only collectively could humanity hope to have any success in the attempt to tame such a mysterious and chaotic reality. Blood is understood as a precious signifier of identity in an ever-broadening circle of allegiances that begins with family and ends with *natio* ('race'), a greater group of individuals who descend from a single stock to make up a single people. Time is understood as a continuing duration and, as such, can only be manifest in the succession of the generations; the individual is therefore effaced as he becomes a mere point in a line. Like memory, time in the Middle Ages is best conceived of by the collective. We can see therefore how Earth, blood and time all emphasize the incompleteness of the individual with respect to the completeness of the community.

³⁵ What is custom? A simple but helpful explanatory image is that of a path beaten through a forest. The path does not come into existence until an enterprising subject takes the first steps in a certain direction; he is then followed by a crowd of imitators, all convinced that his is the most rapid way to cross the forest. The

Parte desses costumes surgia por força própria através da ação das camadas populares mais simples, ao passo que outros foram impostos pelos detentores do poder no universo medieval. A fragmentação destes costumes locais ao longo da Europa da Alta Idade Média resultou num ordenamento jurídico de caráter pluralista (SCHIOPPA, 2014). Diferente da Antiguidade, onde o único ordenamento jurídico analisado pelos juristas e filósofos era aquele arquitetado pelas autoridades públicas, a constituição fragmentada da Sociedade medieval exigiu dos intelectuais da Idade Média uma atenção especial para com o fenômeno da pluralidade de ordenamentos jurídicos que acompanhou a emergência de comunidades independentes regidas por um direito de caráter consuetudinário (ROMANO, 2008).

Por pluralismo jurídico, pode se compreender “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 2001, p. 219). No contexto da Alta Idade Média, o pluralismo jurídico foi decorrente do fenômeno de vulgarização do direito promovido pela fragmentação dos costumes locais, o que gerou um extraestatalismo que levou cada comunidade a buscar soluções adequadas às suas necessidades e ideais, substituindo quando necessário o direito oficial. E, por superar a barreira da autoridade enquanto única fonte de direito e privilegiar uma juridicidade que parte das necessidades sócio existenciais, a experiência jurídica medieval denota um retorno à complexidade das relações jurídicas, complexidade esta que pode ser identificada na própria coexistência de uma pluralidade de fontes de produção de direito dentro de um mesmo ordenamento jurídico (GROSSI, 2014).

De modo geral, o conteúdo dos costumes que instruíam essa pluralidade de ordenamentos locais refletia a etnia preponderante na comunidade; se aproximando muito do Direito Romano nas regiões predominantemente latinas; porém, por mais diversos que fossem, sua substância jurídica gozava de certa uniformidade em função da fé religiosa e do modo de produção comum a estas comunidades. No entanto, a predominância da lei sobre os costumes foi reafirmada por muitos governantes, e, diante da coexistência de leis romanas e lombardo-francas, adotou-se o princípio da personalidade do direito, tendo os

path is therefore nothing more than a series of steps, repeated consistently over time.

costumes locais dispostos essencialmente sobre as lacunas evidenciadas no texto das leis (SCHIOPPA, 2014).

Sob a égide do princípio da personalidade do direito, cada pessoa, no mesmo regime político, em vez de se sujeitar a um direito unitário, possuía um direito específico e diferenciado coerente para com as particularidades do grupo étnico ou institucional ao qual pertencia, como é o caso dos sacerdotes, que estavam sujeitos ao direito canônico como *ius ecclesiae*, e dos mercadores, que eram regidos pelo *coetus mercatorum* (GROSSI, 2014). Em suma, o princípio da personalidade do direito permitiu que os indivíduos do período medieval vissem segundo as regras jurídicas de seu povo ou categoria, independentemente do local onde se encontrassem. Sob a perspectiva das fontes clássicas, o princípio da personalidade do direito permitiu que o Direito Romano persistisse no Ocidente após a queda do Império Romano. Porém, o contato com as populações germânicas resultou no distanciamento destes direitos particulares para com as fontes clássicas em favor dos costumes locais, daí surgindo o que os romanistas chamam de “Direito Romano Vulgar” (MARTINS, 2008). Mais do que isso, a personalidade das leis e do direito reforçava o enclausuramento das comunidades medievais e impedia a organização de um sistema jurídica universal, aspecto crucial da Justiça romana, cujas normativas eram aplicáveis a qualquer cidadão do império (ROUCHE, 2009).

Por outro lado, da mesma forma que a Igreja Cristã contribuiu para a derrocada do Império Romano – devido ao imenso peso de seu aparato clerical, que exauriu a economia romana –, foi esta mesma Igreja que, moldada pelas instituições clássicas da Antiguidade, desempenhou o importante papel de resistir à queda do império para transmitir as contribuições de um passado não muito remoto para o futuro próximo, servindo de ponte entre duas épocas, entre dois modos de produção e dois sistemas legais, preservando a essência do Direito Romano, uma vez que a Igreja Católica ganhou força justamente em decorrência das ações dos antigos imperadores romanos (ANDERSON, 2016).

Com o desmembramento do Império Romano Ocidental, o poder temporal enfraqueceu e a Igreja Católica acabou se consolidando na única autoridade comum aos fiéis dos diversos principados, fato que reforçou sua influência nos cenários político e jurídico, lhe garantindo o apoio de diferentes governantes em sua missão de evangelização, sem com isso se submeter ao poder destes. Porém, foi no decorrer do século XI que o movimento de reforma da Igreja, também conhecido como reforma gregoriana, ganhou força e resultou no advento de uma nova cultura jurídica e no resgate da ciência do direito (GILISSEN, 1995).

A reforma da Igreja irrompeu do longo conflito entre os papas e os imperadores germânicos sobre a possibilidade da autoridade temporal ter ou não o direito de nomear bispos, tendo contado com a participação de intelectuais que desenvolveram teorias políticas para legitimar o partido que apoiavam. Tal movimento culminou no reconhecimento da supremacia da autoridade eclesiástica sobre a ordem temporal, conquista imputada ao papa Gregório VII, que afirmou sua autoridade perante o imperador alemão Henrique IV, passando o papado a ter reconhecido o seu poder de legitimamente excomungar a autoridade secular e libertando a Igreja do controle temporal ao qual estava sujeita desde o final do Império Romano (KELLY, 2010).

Os 74 títulos das coleções canônicas, que se estenderam até a era pós-gregoriana, trataram de assegurar a supremacia do papado sobre as igrejas locais e sua autonomia em relação ao poder secular, tendo o *Decretum* de Graciano, já em seu prólogo, se preocupado em distinguir as normas de direito divino das normas de direito secular (SCHIOPPA, 2014).

Nesse viés, ao promover a centralização, a autonomia, e a supremacia da Igreja, desvinculando esta do sistema feudal de vassalagem e distinguindo seu sistema jurídico daquele comumente regrado pelos costumes e pelos direitos particulares – ambos de natureza preponderantemente secular –, a reforma gregoriana influenciou severamente o paradigma das relações jurídicas medievais, assim como também influenciaria, mais adiante, a formação do Estado Moderno e de seus sistemas jurídicos (SCHIOPPA, 2014).

Cria-se uma segunda jurisdição, distinta do poder público, dotada de caráter divino e regrada por seus próprios princípios e normas processuais. As relações jurídicas não se configuravam mais apenas entre os indivíduos e a autoridade pública, mas também poderiam compreender uma autoridade divina regrada por normas com um forte conteúdo moral-religioso, e cuja autoridade suprema (Deus) era dotada de um caráter de soberania que faltava às autoridades seculares da época.

O Direito Canônico possuía como premissa básica a regulamentação da conduta de seus clérigos e fiéis, tendo ramificações em diversas áreas, que abrangem, desde questões de cunho material – como as relações matrimoniais e patrimoniais –, até questões de ordem formal – como o Direito Processual. Não obstante ter se destacado com maior presença e domínio no âmbito jurisdiccional apenas após a reforma gregoriana, o Direito Canônico já havia passado por um longo processo de desenvolvimento, desde a edição da *Didaquê* – também conhecida como Doutrina dos Doze Apóstolos –, da *Didascalia Apostolorum* e da

Traditio Apostolica, entre os séculos I e III, passando pelos importantes concílios de Niceia e de Constantinopla, bem como pela edição das Constituições Apostólicas, no século IV, até a edição das decretais – marcadas por uma retórica de teor romanista – e de importantes compilações, a partir do século VI, dentre as quais destacam-se a Dionisiana, Adriana, Hispana, e Dachuniana (PALMA, 2017).

Tais normativas deram ao cristianismo os seus primeiros contornos jurídicos e teológicos, estabelecendo regras sociais oriundas de sua própria liturgia, estabelecendo uma hierarquia eclesial, distinguindo e discriminando as funções a serem exercidas pelos membros do clero, e criando uma perspectiva ética e moral a ser observada pelas comunidades cristãs. Essa nova dimensão ético-moral visava, além de resguardar os dogmas católicos, assegurar a manutenção da ordem pública, razão pela qual pode se identificar na espiritualidade cristã um dos fatores essenciais para o fortalecimento do senso de coletividade que seria necessário à criação do Estado-nação (PALMA, 2017).

O espírito de coletividade oriundo do cristianismo e impulsionado pela reforma gregoriana advém de sua opção pelo temporal e pelo social. A Igreja passou a voltar sua atenção para as temporalidades, e, uma vez que no mundo físico as pessoas não vivem isoladas, mas em Sociedade, o ideal de salvação dificilmente se resolveria na imperfeição do âmbito individual, mas sim na perfeição da comunidade, na dimensão social. E essa Sociedade precisava se elevar a uma dimensão jurídica para poder ordenar-se estruturalmente e com isso se manter e prosperar nos caminhos do senhor, motivo pelo qual a Igreja Católica se dedicou a elaborar todo o arcabouço normativo que instruiria o “Direito Canônico Clássico” (GROSSI, 2014).

Contudo, é importante frisar que a Igreja Católica medieval observava o direito apenas como um instrumento para a ordenação da Sociedade e para sua conseqüente salvação, não compreendendo a conservação do direito como um fim em si mesmo:

Tudo se deve à “instrumentalidade” que o direito assume na ótica da Igreja: Igreja jurídica, extremamente convicta de que é no tempo e no social que se combate e se vence a batalha de cada fiel pela vida eterna e, portanto, extremamente convicta de sua opção pelo direito e, sendo assim, produtora de seu próprio direito, mas também uma Igreja que não tem cultos formalísticos pelo direito, que não o coloca como seu fim (como faz a

sociedade civil, que pode e deve admitir entre seus objetivos a ordem jurídica e sua conservação), que o identifica apenas como instrumento – necessário e imprescindível, mas instrumento – para alcançar o único e verdadeiro fim da Igreja: a conquista da eternidade, a *salus aeterna animarum* (GROSSI, 2014, p. 147-148).

O Direito Canônico Clássico alcançou sua maturidade no século XII com a grande compilação organizada pelo monge italiano Graciano que resultaria num verdadeiro marco jurídico, não apenas para a Igreja Católica, mas para todo o direito ocidental. O *Decretum* de Graciano reuniu em um único manuscrito perto de quatro mil textos eclesiásticos, os quais contemplavam todo o cânone de relações jurídicas da Igreja Católica, desde as fontes de direito até as normas processuais e sanções a serem aplicadas (PALMA, 2017). Nas palavras de Paolo Grossi (2014, p. 252), “Graciano oferece à Igreja pós-gregoriana uma armadura jurídica compacta para enfrentar o século, dominá-lo; oferece, em todo o seu valor, uma grande arma – a do direito – à política teocrática do Pontificado romano”. Seguiram ao *Decretum* de Graciano, as *Decretais* do Papa Gregório IX e as *Decretais* Clementinas, publicadas em 1234 e 1317 d.C., que, junto das Extravagantes de João XXII e das Extravagantes Comuns, completariam, em 1582 d.C., o *Corpus Iuris Canonici*, que vigorou até 1917, o que, independente do fim almejado, demonstra o constante esforço de atualização normativa do Direito Canônico (PALMA, 2017).

Em seu viés técnico, as *decretais* remontam ao *rescriptum* do Direito Romano Pós-Clássico, tratando-se de sentenças judiciais dadas às partes que recorriam à cúria romana, ou uma resposta papal diante de uma indagação jurídica proveniente de um tribunal inferior, ou ainda uma orientação legal direcionada a tribunais ou juízes delegados. Da mesma forma que o *rescriptum* romano, as *decretais* papais também poderiam alcançar abrangência universal, pois, mesmo que dirigidas a destinatários específicos, os canonistas perceberam que uma mesma decretal poderia auxiliar mais de um caso, da mesma maneira que os teólogos utilizam o mesmo trecho bíblico para abordagens diferentes. Por sua vez, o *Decretum* difere das *decretais* por não se tratar de uma resposta a uma consulta feita à cúria romana, mas de um posicionamento papal a respeito de determinada matéria, semelhante a uma lei, em que pese os limites entre essas duas espécies normativas por vezes se mostrar incerto, tendo

o *Decretum* eventualmente sido empregado como uma *decretal* (MALACARNE, 2016).

De modo geral, a reforma da Igreja marcou o processo de transição da Alta Idade Média para a Baixa Idade Média, entre os séculos XI e XII, e foi com o Direito Canônico que se experimentou pela primeira vez o resgate textual da jurisprudência romana. O *Decretum* de Graciano, além de contar com inúmeras normativas dos grandes líderes da Igreja Católica, também contou com um forte conteúdo de inspiração secular que se apoiava principalmente no Direito Romano, em especial no que diz respeito a suas refinadas técnicas processuais, fomentando, assim, a primeira grande compilação daquilo que viria a ser chamado de “Direito Canônico Clássico” (SCHIOPPA, 2014).

Entretanto, os preceitos romanistas mantiveram-se apenas como uma fonte supletiva do direito eclesiástico, admitida quando não conflitante com os decretos dos concílios e dos papas da Igreja Católica. Por outro lado, ainda que o Direito Canônico tenha contribuído para o resgate da cultura jurídica romana ao longo da Baixa Idade Média, este limitou o alcance dos dispositivos de matriz romanista na medida em que lhes impôs preceitos de ordem moral do *ius divinum* (MARTINS, 2008). Nesse viés, o Direito Romano foi profundamente afetado pelo Direito Canônico, uma vez que este flexibilizou alguns dos principais traços da tradição jurídica romanista, adequando-os para om os dogmas cristãos. Dentre tais costumes que sofreram intervenções do Direito Canônico, destacam-se: o reconhecimento do status de igualdade da mulher perante a lei; a viabilidade do casamento somente mediante o consentimento de ambas as partes; a revogação do direito de vida e morte do *pater familias* sobre seus filhos; e, por fim, a redução dos agravos sofridos pelos escravos, tendo se preocupado em resguardar os direitos destes perante os seus senhores (PALMA, 2017).

Sobre esta nova inserção da cultura jurídica romana, contribuições nesse sentido multiplicaram-se através da obra de juristas oriundos de escolas provenientes de uma nova ciência do direito, a qual desabrochou com alvorecer de universidades dedicadas à formação de pessoas com o conhecimento técnico-jurídico (SCHIOPPA, 2014). Essa nova ciência do direito fomentaria uma quimera jurídica composta por normas de ordem secular e canônica, com natureza não estatal, porém, dotada de pretensão universal, denominada como “direito comum” (*ius commune*):

A nova ciência do direito [...] foi a matriz de um conjunto de normas e de doutrinas que assumiram a denominação de “direito comum”. Por um lado,

o direito das relações seculares, por outro, o direito da Igreja formaram assim, respectivamente, os dois mais vastos complexos normativos do direito civil e do direito canônico, ambos universais e ambos “comuns”, porque constituídos de regras e normas superiores e gerais em relação aos vários direitos particulares e especiais, próprios de cada lugar e de cada ordem e classe em que a sociedade se dividia. Nenhum dos dois ordenamentos universais deriva a própria autoridade do Estado: o direito, em sua suprema dimensão normativa, apresenta nesses séculos uma natureza não estatal, um aspecto que encontra posterior correspondência na duradoura relevância dos costumes e no papel central da doutrina como fonte do direito (SCHIOPPA, 2014, p. 59).

Diante da iminência de uma nova ciência jurídica, a escola mais importante e antiga da história do direito ficava situada em Bolonha, na Itália, onde, por volta do ano de 1100, um professor chamado Irnério se dedicou ao ensino do direito através do estudo do *Digesto* de Justiniano. Frisa-se que o advento da escola de direito de Bolonha surgiu num momento muito oportuno, no auge dos conflitos desencadeados pela reforma da Igreja, tendo a contenda entre os papas e o imperador estimulado o desenvolvimento da ciência jurídica, uma vez que ambos poderiam se valer desta para legitimar suas pretensões. Os estudos da escola de Bolonha são divididos em duas fases: a primeira, de 1100 a 1250 aproximadamente, compreende os “glosadores”; ao passo que a segunda, entre 1250 e 1400, é protagonizada pelos “comentadores”. Através de notas marginais (glosas) e comentários aos textos romanos – que visavam muito mais sua aplicação prática do que o seu estudo teórico –, esses estudiosos tornaram o Direito Romano a maior expressão da razão jurídica e política da Baixa Idade Média no contexto temporal, fazendo com que o mesmo fosse recepcionado e fundido com o sistema jurídico de diversos principados medievais, e conferindo ao direito justinianeu, no âmbito civil, a mesma autoridade que Bíblia tinha no plano espiritual (KELLY, 2010).

A profusão de direitos particulares (*iura própria*); ou seja, de normas consolidadas pelos costumes ou promulgadas em âmbito local por autoridades públicas e comunidades cidadinas; aliou-se a uma série de direitos locais e a um sistema jurídico elaborado a partir de uma matriz romanista e canônica, o direito comum. A aliança e convivência entre

essas três espécies normativas dentro de uma mesma base territorial acabou por acentuar a experiência pluralista ao longo da Baixa Idade Média, ou Idade Média Sapiencial (GROSSI, 2014).

Desde sua emergência no século XII, o direito comum manteve-se como normativa geral em relação aos direitos particulares, inaugurando aquela que seria conhecida como “era do direito comum”. A era do direito comum se estenderia até o final do século XVIII e encontraria seu período clássico entre os séculos XII e XV, onde foram registrados os principais avanços no direito civil e canônico, sinais de amadurecimento de uma nova experiência jurídica e que persistiriam até as codificações modernas. Entretanto, ao possibilitar a coexistência de direitos dotados de uma natureza tão diversa, como o romano e o canônico – em que pese a inegável influência mútua entre ambos –, a era do direito comum tornou a levantar problemas de ordem prática e teórica que exigiram dos glosadores e comentadores um esforço intelectual a fim de coordenar e integrar todas essas fontes (SCHIOPPA, 2014).

Uma primeira discrepância entre a matriz romana e canônica no direito comum diz respeito à contraposição entre justiça e equidade, e ao papel desta última na aplicação da Justiça secular. Por *aequitas* compreende-se aquilo “que está subjacente às formas jurídicas, dando-lhes sustentação e conferindo-lhes força incontestável” (GROSSI, 2014, p. 208), não se tratando de um produto da mente humana, mas consistindo na harmonia entre as coisas que circundam e norteiam o agir humano. Nesse viés, duas posições ganharam destaque entre os glosadores. Búlgaro e Rogério distinguiram a equidade escrita (*aequitas constituta*) da não escrita (*aequitas rudis*), dando prioridade a primeira, ou seja, àquela que é sancionada pelas fontes do direito, proibindo os magistrados de se distanciarem do direito escrito em prol da equidade não escrita, restando a esta última apenas a possibilidade de ser transposta para a letra da lei pelo príncipe. Por outro lado, uma segunda corrente, protagonizada por Martinho, defendia que o juiz, em nome da equidade, poderia conceder um juízo processual específico à demanda (*actio utilis ex aequitate*), porém apenas quando a norma escrita não fosse capaz de tutelar o caso em sua completude. Mesmo a tese de Búlgaro tendo prevalecido sobre a de Martinho, ainda assim a orientação dominante tornou a ampliar os limites do poder dos juízes, podendo estes valerem-se da equidade como um instrumento hermenêutico quando a vontade do legislador fosse expressa de forma equivocada pela letra da lei. Reconhecia-se, assim, a possibilidade da equidade fazer frente a letra da lei, porém apenas em situações excepcionais, partindo-se do princípio de que a exceção prevalece sobre a regra, e que o gênero é derogado pela

espécie (SCHIOPPA, 2014). Em suma, “a *lex* é interpretativa da *aequitas*, o príncipe é intérprete da *aequitas*, a *interpretatio* é redução da ação injusta à *aequitas*, a *iurisdictio* é a instauração e a conservação da *aequitas*” (GROSSI, 2014, p. 216).

É possível cogitar que a extensão de um juízo de equidade aos magistrados medievais daria sustentação aos primeiros indícios de um viés protagonista por parte da magistratura no que diz respeito à composição e resolução das relações judiciais. Uma vez que os juízes passaram a desenvolver uma atitude mais determinante no que tange à interpretação e aplicação das normas, a *aequitas* serviu não apenas como um parâmetro de adequação das normas ao caso concreto, mas também reforçou o papel dos juízes enquanto autoridades políticas de um universo medievo isento de uma estrutura administrativa bem delimitada e que identificava no exercício da jurisdição uma atividade central e eivada de forte carga política.

Embora os direitos locais e o direito comum vigessem de forma concorrente, porém, em relativa harmonia, compreendendo-se que a normativa local deveria prevalecer sobre o direito comum – este último comumente preenchia as lacunas do primeiro e servia como seu parâmetro de interpretação e inovação normativa –, uma segunda problemática consiste no que diz respeito à relação entre a lei e o costume, questão esta deveras relevante em uma Sociedade onde pululavam costumes locais. O Direito Romano oferecia duas perspectivas a respeito da relação entre a lei e o costume. Pela tese clássica, que reflete a estrutura das fontes de direito na era republicana, tanto a lei como o costume tinham como fundamento a vontade popular, de modo que ambos compartilhavam de um mesmo nível de legitimação e vinculatividade, podendo a lei ser abrogada por um costume posterior que lhe fosse contrário. Todavia, a tese pós-clássica, pertinente ao período imperial e autocrático da experiência romana, advoga a prioridade da lei sobre o costume, uma vez que a faculdade de legislar teria sido subtraída do povo com o advento do Dominato, retirando dos costumes o seu status de paridade com a lei, posição esta que seria em maior ou menor escala reproduzida pelos glosadores. Dentro da escola dos glosadores, cria-se ainda uma distinção entre costumes gerais e costumes locais, tendo os primeiros a força para ab-rogar a lei, ao passo que os últimos não o teriam, em que pese terem validade no local onde se firmaram, precedendo às normas romanas no âmbito local, orientação esta que se estenderia até o advento das codificações modernas (SCHIOPPA, 2014).

Não obstante a força pujante que os costumes tiveram nas relações jurídicas medievais, a tendência entre os estudiosos das escolas jurídicas

que performaram os principais expoentes acadêmicos do direito medieval em resgatar uma corrente de cunho autocrático, que reconhece a primazia da lei sobre os costumes, demonstra os primeiros contornos de uma tradição monista que encontraria sua expressão máxima com o advento da Modernidade e dos Estados-nação. Apesar da Europa ocidental medieval não contar com um poder político centralizado na Baixa Idade Média, o primado da lei sobre os costumes seria um dos principais alicerces que dariam sustentação ao Estado moderno. Aos poucos e de forma gradativa, os costumes passaram a ser dotados de uma carga normativa marginal no âmbito das relações jurídicas, ao passo que a prevalência da lei passou a exigir governos cada vez mais centralizados e investidos do atributo de autoridade necessário à garantia de sua execução. O pluralismo jurídico inato a uma ordem de juízos distintos e marcados pela multiplicidade de fontes jurídicas caminhava a passos lentos, porém firmes e constantes, para uma ruptura paradigmática de caráter monista que encontraria no Estado sua única expressão jurídica.

No que diz respeito ao direito processual, nas regiões da Europa onde o direito comum integrou as fontes normativas, surge um complexo de procedimentos derivados do direito romano e do direito canônico conhecido como “processo romano-canônico” (SCHIOPPA, 2014). O processo romano-canônico era denominado de *ordo iudiciarius* (ordem judiciária) pelos canonistas, e de *ordo iudiciorum* (ordem dos julgamentos) pelos romanistas, tendo substituído as ordálias como técnica de evidência processual e fixado um rol de garantias antes não existentes nos juízos consuetudinários, o que levou muitos demandantes a reclamar à cúria romana o direito de terem suas causas locais julgadas nos termos do processo romano-canônico (MALACARNE, 2016).

O processo romano-canônico buscou subtrair a violência e os equívocos presentes nas relações jurídicas consuetudinárias, assegurando aos litigantes todos os meios de prova necessários para esclarecer os fatos em análise, cabendo ao juiz examiná-los minuciosamente em vez de se apoiar apenas naquilo que foi jurado ou fundamentado na fé. A organização da instrução probatória importou em uma maior organização judicial, fomentando o respeito ao devido processo legal, passando os envolvidos no contencioso a se preocuparem em apresentar evidências racionais e debater os argumentos da parte contrária (MALACARNE, 2016).

Tendo em vista o caráter pluralista do direito medieval, o processo romano-canônico gozava de múltiplas fontes, as quais foram hierarquicamente organizadas, tendo precedência as normas locais, as quais eram complementadas pelo direito comum. Tratava-se de um

processo eminentemente formalizado, predominantemente escrito e que prezada por regras probatórias minuciosas. No que diz respeito ao procedimento, este iniciava com a redação do libelo acusatório, onde o autor da causa deveria qualificar o réu, bem como indicar o objeto da causa (*petitum*) e os motivos de sua pretensão (*causa petendi*), sendo que o autor só tinha a obrigação de identificar o tipo de ação que fundamentava o seu pedido quando o costume local o exigisse. Elaborado o libelo, o juiz fixava a data da audiência, ocasião na qual ocorria a *litis contestatio*, momento em que ambas as partes apresentavam suas razões diante do magistrado, prestando um “juramento de calúnia” (*juramentum de calumnia*) como prova de sua boa-fé no trâmite do processo (SCHIOPPA, 2014). Além do juramento de calúnia, o processo romano-canônico também contava com um “juramento de malícia” (*juramentum de malitiae*); utilizado no início de certos atos do processo como garantia de boa fé do autor; e o “juramento de dizer a verdade” (*juramentum de veritate dicenda*); exigido apenas nas causas espirituais, sendo fundamentado na verdade, e não na boa fé, ocasião na qual os envolvidos narravam apenas aquilo que consideravam como verdadeiro, deixando de lado todos os argumentos que apresentassem incertezas (MALACARNE, 2016).

A respeito da instrução probatória, antes do advento do processo romano-canônico os juízes apelavam à intervenção divina através de ordálios e julgamentos divinos, nos quais Deus permitiria a parte inocente sobrepujar o culpado naquilo que lhe era imposto à prova. Ademais, num sistema jurídico marcado pela pluralidade de costumes, a própria dificuldade em comprovar a existência de uma regra jurídica consuetudinária consistia num problema costumes, de modo que, até o século XIII, os juízes não distinguiam a prova do fato da prova da existência da norma jurídica. Tal espectro mudou apenas após o amadurecimento do processo romano-canônico, no século XIII, quando os ordálios desapareceram e deram lugar a meios de prova mais racionais, bem como, especialmente no século XV, quando as autoridades seculares ordenaram a redução a escrito dos costumes, a fim de evitar as dificuldades decorrentes da prova das regras de direito (GILLISEN, 1995).

Com os avanços desencadeados a partir do século XIII no campo probatório, o juiz passou a julgar o processo “segundo as coisas alegadas e provadas” (*secundum allegata et probata*), solicitando esclarecimentos apenas quanto entendesse necessário. Entretanto, a prova escrita tinha o mesmo valor que a prova testemunhal, e, no confronto entre estas, o juiz estava munido apenas de sua prudência para resolver o conflito entre

provas de natureza tão distinta (SCHIOPPA, 2014). A falta de critérios objetivos para a análise das provas atribuía à instrução probatória uma carga de subjetividade que conferia ao juiz; num período em que a função jurisdicional ocupava o centro das atividades públicas; um elevado poder e atuação política, visto que suas decisões afetavam não apenas o plano individual, mas também a esfera comunitária, e, no âmbito da jurisdição eclesiástica, o plano religioso.

Podem parecer afirmações ousadas, porém, por mais que a Modernidade tenha delineado as competências de cada Poder e reservado as incumbências de cunho político ao Executivo, é possível afirmar que a centralidade do Poder Judiciário é uma característica que ainda persiste na era moderna, fato que pode ser evidenciado na crescente onda de juízos eivados de um forte ativismo judicial político, tendo muitos magistrados tomado a dianteira e autocraticamente interferido no âmbito político quando de sua provocação pelos litigantes das demandas judiciais.

Finalizando o procedimento romano-canônico, a sentença normalmente era passível de apelação, devendo a apelação ser feita tanto nos termos do Direito Romano como nos do Direito Canônico, sendo permitido apenas duas apelações consecutivas. Chamava atenção o fato de que, se por um lado era vedado apelar do vicário do bispo para o bispo, por outro lado era possível apelar do juiz delegado para o juiz que delegou a jurisdição. Quanto aos efeitos da apelação, além de suspender a primeira sentença, esta também devolvia o processo ao juiz superior e extinguiu tudo aquilo que até então havia sido feito pelo juízo anterior ou pelas partes (MALACARNE 2016). Por fim, quando do trânsito em julgado da sentença condenatória, o sentenciado era obrigado a executar seus termos, podendo a execução se dar de forma coativa quando de seu não cumprimento pelo condenado, através da venda forçada de bens correspondentes ao valor da condenação (SCHIOPPA, 2014).

De modo geral, as relações jurídicas que deflagraram no período medieval, respeitadas suas evidentes limitações de ordem teórica e estrutural, podem ser consideradas complexas. Essa complexidade advém da multiplicidade de costumes, leis, e jurisdições que caracterizaram o período, e que encontraram no direito comum e no processo romano-canônico sua expressão última, um grande complexo de natureza secular e teológica que buscou coordenar ordenamentos distintos nos quais situavam-se indivíduos e comunidades que compartilhavam de um mesmo modo de produção e de uma mesma perspectiva religiosa: o feudalismo e o cristianismo. Por mais que o processo romano-canônico tivesse um viés eminentemente individual, a complexidade das relações jurídicas medievais também encontra guarida no que diz respeito à

relevância da comunidade enquanto um corpo social e político, fonte de juridicidade, e ideal a ser perseguido. Como se verá, a interação entre indivíduo e comunidade, entre o singular e o coletivo, seria deixada de lado pelo paradigma moderno quando da estruturação de suas relações jurídicas, as quais passariam por um processo de simplificação que as reduzira às esferas individual e público-estatal.

Uma vez que o período medieval não possuía uma instância administrativa similar ao Poder Executivo moderno, conforme já aludido, o poder político medieval tornou a coincidir com a função judiciária de interpretar e aplicar o direito, razão pela qual a Justiça medieval ocupava uma posição muito mais central na conjuntura política do que sua contraparte moderna (ANDERSON, 2016). Na medida em que o processo de transição do período medieval para a era moderna se consolidava, novas teorias surgiram com o intuito de promover a laicidade dos governos e dividir a soberania em poderes distintos e supostamente bem definidos, retirando do Judiciário toda a sua carga administrativa e concentrando esta no Executivo.

Restaria ao Judiciário o monopólio da função jurisdicional, a qual sofreria uma mudança na configuração de suas relações jurídicas, tendo o pluralismo e a complexidade normativa, característicos da Idade Média, dado lugar a uma série de operações simplificadoras que se manifestaram através de uma perspectiva monista e autoritária onde o direito estruturava-se num movimento que parte do Estado para a Sociedade. Se no processo romano-canônico as relações jurídicas observavam o seu eixo estruturante na dinâmica que envolvia a interface indivíduo-comunidade; sendo esta última dotada de um ideal de completude sem o qual o indivíduo não alcançaria sua plenitude enquanto ser humano; sob o prisma moderno esta correlação sofreria, mais do que uma inversão, uma ruptura, passando o indivíduo a protagonizar e fundamentar todo o universo das relações jurídicas modernas. A dimensão individual abandonaria a sua contraparte coletiva e passaria a reconhecer um fim em si mesmo, partindo de uma atitude hedonista e individualista que não identificaria mais na comunidade um ideal a ser perseguido. Enfim, a dimensão coletiva representada pela esfera comunitária seria deixada de lado e reivindicada por uma entidade artificial denominada Estado, tendo as relações jurídicas passado a se constituir somente entre as duas figuras que protagonizariam todo o contexto moderno: o indivíduo e o Estado.

3.3A TRANSIÇÃO PARA A MODERNIDADE

O processo de transição do período medieval para a Modernidade se efetivou de forma lenta e progressiva, tendo apresentado os seus primeiros indícios no século XIII através de constantes mutações nas esferas intelectual, econômica, política e jurídica, se consolidando apenas no século XVII com o Iluminismo e as revoluções burguesas. Mesmo que de forma tímida, aos poucos essas nuances na conjuntura social acabaram afetando a dinâmica das relações jurídicas, culminando num processo de transição paradigmática que resultaria no advento da Modernidade e no predomínio de uma ótica racionalista, individualista, monista, disjuntiva, abstrata, idealista e simplificadora do direito enquanto fenômeno social.

No plano econômico, o aumento da população que acompanhou a expansão do modelo de economia feudal resultou na diminuição das porções camponesas, acentuando a diferença social nas aldeias e entre os próprios camponeses, muitos dos quais se viram em condições de dependência para com outros camponeses dotados de mais terras e tecnologias. Aliado a isso, a oposição entre camponeses e senhores se acirrou e deu margem a diversas formas de resistência camponesa, desde apelos à Justiça a paralisações nos serviços, e até mesmo guerras declaradas contra a tributação excessiva e o sistema de servidão braçal. Por outro lado, os senhores feudais passaram a se valer mais do direito enquanto ferramenta de controle social, criando novas obrigações e legitimando legalmente o uso da força para garantir a expansão de seus rendimentos e tomar terras comunais em disputa (ANDERSON, 2016).

Mas foi a divisão de trabalho entre a cidade e o campo – promovida pelo surgimento de grandes centros urbanos onde predominava o comércio e a indústria – o principal responsável pela mudança na configuração da dimensão socioeconômica medieval. A grande demanda de alimentos proporcionada pelo aumento da população das cidades exigiu o desenvolvimento de técnicas agrícolas e a expansão do cultivo através da exploração de novas terras e do manejo de áreas até então consideradas inaproveitáveis (florestas, pântanos, etc.). Alguns senhores feudais mais empreendedores observaram no advento das cidades e na expansão de terras uma oportunidade de tornar terras incultas em produtivas, passando a arrendar estas terras a camponeses, e, como resultado, conseguiram estabelecer vilas inteiras em solo virgem, o que consistia em lucro. Por outro lado, a apropriação de terras livres e o crescimento do mercado possibilitou a venda do excedente das colheitas, deu aos camponeses a oportunidade de acumularem algum dinheiro, de modo que estes passaram a ter a oportunidade de pagar em dinheiro os serviços que deviam ao senhor. Aos poucos o trabalho livre passou a se mostrar mais rentável e produtivo para ambos os lados: para o senhor, que

passou a se familiarizar com o valor que o dinheiro tinha num mundo em transformação; e para o camponês, que teve a oportunidade de comprar a sua liberdade pessoal e a de suas terras, e assim se emancipar (HUBERMAN, 1980).

Entretanto, nem todos os senhores feudais partilhavam desta visão empreendedora, havendo aqueles que, apegados aos costumes antigos e apoiados pela Igreja, se opuseram ao anseio de liberdade de seus servos, dando margem a novos e mais violentos conflitos que irromperam no século XIV. Porém, não se tratavam mais de insurreições locais e facilmente controláveis, pois a valorização e escassez de trabalho – consequências de uma peste que dizimou quase um terço da população europeia no século XIV – despertou nos trabalhadores sobreviventes um sentimento de poder que os levou a tentar conquistar, através do emprego da força, algumas concessões que não obteriam de outra forma (HUBERMAN, 1980).

Mesmo que os camponeses comumente saíssem derrotados de tais levantes, o cenário de crise do feudalismo ocidental impulsionou algumas mudanças no equilíbrio das classes sociais, tendo representado uma virada decisiva na dissolução do modo de produção servil. Em sua maior parte, essas revoltas ocorreram em grandes zonas urbanas, tendo as cidades e as relações comerciais que delas irradiavam influenciado a natureza e o curso dos conflitos da época, sendo que esses mesmos centros comerciais possibilitaram aos camponeses descontentes a fuga da servidão, impulsionando o trabalho na manufatura. Como consequência dessa evasão dos campos para as cidades, os senhores feudais, temerosos em perder o restante de sua mão de obra para os centros urbanos, acabaram cedendo e suavizando as relações servis nos campos, tendo a servidão praticamente desaparecido no século XIV, quando já era considerada um anacronismo em reinos como a Inglaterra e a França (ANDERSON, 2016).

Como Leo Huberman (1980, p. 61) bem destaca, as revoltas diminuíram, mas o modo de produção feudal se viu forçado a ceder perante forças econômicas que não podiam mais ser contidas:

As revoltas diminuíram. Mas por mais que tentassem, os senhores feudais não podiam sustar o processo do desenvolvimento agrário. A velha organização feudal rompeu-se sob pressão das forças econômicas que não podiam ser controladas. Em meados do século XV, na maior parte da Europa ocidental, os arrendamentos pagos em

dinheiro haviam substituído o trabalho servil, e, além disso, muitos camponeses haviam conquistado a emancipação completa. (Nas áreas mais afastadas, longe das vias de comércio e da influência libertadora das cidades, a servidão perdurava.) O trabalhador agrícola passou a ser algo mais do que um burro de carga. Podia começar a levantar a cabeça com um ar de dignidade.

Num primeiro momento, as atividades mercantis dos centros urbanos foram desenvolvidas através de guildas ou corporações de ofício, que surgiram nas últimas décadas do século XII e eram formadas por pessoas que praticavam a mesma arte ou ofício que tinham a intenção de defender seus interesses através da regulamentação da produção. Em sua essência, tais corporações são uma expressão da mentalidade comunitária medieval, que, por influência cristã, sempre observou na comunidade um ideal de perfeição a ser perseguido, e, concomitantemente, acabou por e estruturar coletivamente, de modo que não havia uma separação entre o produtor artesão e os meios de produção. Mais do que isso, por serem autogovernadas, sendo seus dirigentes escolhidos pelos demais membros, as guildas constituíram o pano de fundo através do qual novas teorias buscaram apoio (ANDERSON, 2016; KELLY, 2010).

As guildas tiveram sua cota de participação no poder cívico, porém, os maiores lucros dos centros urbanos medievais provieram da usura e do comércio de longas distâncias. O comércio de longas distâncias teve êxito graças aos avanços concretizados nas tecnologias de navegação, os quais deram um grande ímpeto à economia europeia. Expedições foram lançadas ao mar com o objetivo de identificar rotas marítimas para as Índias a fim de assegurar o comércio de valiosas especiarias até então acessíveis apenas através de rotas terrestres que ficavam sob o monopólio veneziano, culminando na descoberta das Américas e no envio de riquezas abundantes às metrópoles europeias, causando um impacto decisivo nas relações comerciais e desencadeando uma política mercantilista (KELLY, 2010).

No que diz respeito à propriedade, a habitualidade das transações comerciais deu margem a uma nova concepção de propriedade agrária. Onde antes a propriedade era adquirida apenas através da prestação de serviços mútuos, os camponeses, gozando de sua recém-adquirida liberdade de movimentação, passaram a vender ou legar suas terras. O fato da propriedade passar a ser comercializada como qualquer outra mercadoria, importou, conforme o entendimento de Leo Huberman

(1980), no fim do mundo feudal e no desenvolvimento de um novo modo de produção, o qual desenvolveu-se graças a uma série de mutações que também se operaram no plano político e intelectual.

Um novo tipo de estratificação social surge em decorrência da expansão das zonas urbanas, fomentada pela economia, pela aquisição de propriedades urbanas, pela circulação do dinheiro, e pela influência na cidade. As três ordens tradicionais ainda podem ser identificadas em maior ou menor grau, porém surge no contexto medieval um problema relacionado à posição que a burguesia ocupava nesse sistema. É na Idade Média que esta categoria social se origina. Em realidade, tratar-se-ia dos primeiros contornos de uma burguesia que, com a revolução industrial e o capitalismo, se transformaria em classe, mas que já apresenta uma agressividade econômica, representada pela ambição pelo lucro – muitas vezes em face da rapina do nobre –, que promoveu uma simbiose entre nobres e patrícios burgueses. Os nobres até certo ponto ainda permaneciam avessos à vida na cidade e ligados à atividade guerreira, legando aos burgueses todas as atividades de câmbio e de banco, e estes, movidos por um espírito de ascensão social, eram dominados pela preocupação com a prosperidade de seus negócios, se contrapondo ao ócio da classe até então dominante, a nobreza (LE GOFF, 1992).

Como Jacques Le Goff (1992, p. 168) afirma: “a originalidade da cidade medieval é a burguesia”. Foi essa mesma burguesia que, administrando os grandes centros urbanos, se tornaria uma das principais responsáveis pela transição da Idade Média para a Modernidade. Desde o seu papel no desenvolvimento de uma economia capitalista, até o seu incentivo às artes e à cultura – através dos círculos patrocinados por ricas famílias medievais –, a emergência de uma classe burguesa culminaria nas grandes revoluções que, como se verá, transformariam o paradigma político e jurídico no que diz respeito às formas e regimes de governo, e, concomitantemente, levariam ao reconhecimento de direitos inerentes à natureza humana e a uma reconfiguração das relações jurídicas.

Entretanto, ao papel desempenhado pela burguesia nas transformações sociais, jurídicas, e políticas, que sucederiam ao século XIV e seguintes, antecede a redescoberta da racionalidade, da dimensão individual, do mundo natural, em suma, de uma série de renascimentos intelectuais que remeteriam a um resgate das fontes greco-romanas e que comumente é identificado como um período histórico denominado como Renascimento.

Do ponto de vista das ideias e da historicidade, foi o poeta italiano, Petrarca, quem propôs pela primeira vez, no século XIV, a ideia de superação de um período por outro, que se oporia ao seu antecessor.

Embora o termo “Renascimento” só tenha sido cunhado no século XIX, por Jules Michelet, Petrarca sugeriu o resgate dos modos de pensar da Antiguidade Clássica, pois identificava o período que se seguiu a queda do Império Romano como um tempo de barbárie e de trevas. Este renascimento das premissas clássicas tinha como propósito solapar o ideário da Idade Média cristã e dar lugar novamente ao paganismo e às liberdades clássicas, de modo que o indivíduo não se encontrasse mais limitado pela religião e pelas práticas comunitárias, podendo desenvolver sua personalidade e explorar o mundo, a natureza, e as interações sociais. Essa redescoberta do pensamento greco-romano, que se irradiou da Itália para o restante da Europa, foi impregnada de um intenso humanismo que se difundiu em diversas áreas e profissões de destaque, tendo o homem e o seu potencial criador sido colocados novamente em primeiro plano (LE GOFF, 2015).

No que diz respeito à redescoberta do indivíduo, é possível afirmar que até meados do século XII a Idade Média mostrou-se alheia a esfera individual privada, de modo que, se era possível se falar em uma dimensão privada, esta se realizava dentro do âmbito coletivo. Tratava-se de uma espécie de “privado coletivo”, limitado pelos vínculos familiares, comunitários e religiosos, onde os segredos eram necessariamente partilhados pelo coletivo, e, portanto, eram frágeis, sendo que todo indivíduo que buscasse se libertar da esfera coletiva e isolar-se em torno de si mesmo era visto com maus olhos e desconfiança. Mas, se inicialmente a solidão era vista como uma tribulação, aos poucos aqueles que se aventuraram neste caminho e se desgarraram da comunidade passaram a identificar na privacidade do indivíduo uma oportunidade para progredir e prosperar, fato que inclusive foi enaltecido em contos a respeito de cavaleiros errantes, que escapavam da rotina habitual e do convívio comunitário para vagarem solitários em busca de glória e fortuna. Esse desejo de alcançar uma autonomia pessoal ganhou força decisiva com a expansão dos centros urbanos e com o emprego da moeda no cotidiano da vida, alimentando a vontade de se apropriar de bens e de dinheiro para tornar-se menos dependente dos vínculos familiares e comunitários, tendência esta que resultou numa valorização do indivíduo (DUBY, 2009b).

Outra perspectiva que também seria superada pelo pensamento medieval tardio diz respeito à visão do indivíduo acerca do seu corpo, o que também representava até então um grande gravame à liberdade individual. O corpo era considerado algo perigoso, pois, ao mesmo tempo que representava a fortaleza a qual a alma do indivíduo estava vinculada, também consistia num templo para tentações que poderiam por esta em

risco, e, uma vez que a alma transpareceria através do corpo, era sobre ele também que eram impostos os castigos purificadores que expiariam os pecados. As vestimentas de uma pessoa eram consideradas um último invólucro social ante os mistérios e as tentações do corpo desnudo, e frequentemente indicavam a posição que uma pessoa ocupava na Sociedade (as mulheres de “má vida” usavam vestidos amarelos, já as mulheres de boa índole deveriam utilizar tranças presas sob toucas, etc.), sendo a nudez considerada um sinal de regressão e de ruptura com os padrões de sociabilidade, comumente atribuída à luxúria, à loucura, ou à selvageria³⁶ (DUBY, 2009b; BRAUNSTEIN, 2009).

Porém, no limiar do século XIV, a visão medieval sobre o corpo passou a gozar de uma perspectiva ambígua, incidindo num liame entre o suplício e o glorioso que fica muito claro nas artes sacras. Se num primeiro momento a nudez de Adão e Eva retratava a vergonha do casal primordial ao cair em tentação e desacatar a ordem divina, num segundo momento, a nudez de Adão e Eva, assim como a do Cristo crucificado, são dotadas de um tom de triunfo que retrata a pureza e a castidade daqueles dotados de retidão, sendo comumente representados por corpos jovens e belos. Fora das artes sacras, as pessoas passaram a se valer de seus dotes físicos como atrativos para progredirem na vida social, fortalecendo o espírito do individualismo num mundo onde o homem passava a se tornar a medida de todas as coisas, e onde a competição mundana aos poucos se acirrava, tornando a beleza física uma das principais armas que o indivíduo possuía para firmar-se diante da coletividade (DUBY, 2009b; BRAUNSTEIN, 2009). Como consequência imediata, o homem passou a se preocupar não apenas com o ser, mas com o parecer ser, buscando atender aos padrões estéticos e de refinamento da época, tendo as festividades senhoriais e campestres se constituído num importante espaço através do qual o sujeito tinha a oportunidade de expressar junto à Sociedade a sua individualidade e prestígio (LE GOFF, 2015).

O indivíduo se definiu por contraste, na medida em que rompeu com os padrões tradicionais de uma Sociedade medieval fechada, tomando consciência de si e questionando a ordem preestabelecida. Porém, o indivíduo não se desgarrou totalmente da ideologia do bem comum, representada pelo compromisso com a comunidade, pois não havia reputação a ser conquistada fora do âmbito público, razão pela qual

³⁶ Durante as execuções públicas os condenados eram privados de suas vestes e expostos à multidão, uma espécie de punição vexaminosa a fim de expor ao público aqueles que em um ato de selvageria violaram as convenções sociais.

o sujeito afirmava-se na maior parte das vezes com relativa timidez em relação ao modelo de comportamento almejado, que era o do bom cidadão, de modo que a exigência de sociabilidade deixava pouco lugar à expansão do “eu” - um dos motivos pelos quais as festas ganharam destaque enquanto um espaço de expressão da individualidade do ser (BRAUNSTEIN, 2009).

Mais do que o resultado de interações sociais, a consciência do sujeito enquanto indivíduo e a afirmação de sua própria identidade foi decorrente de atividades eminentemente privadas: a leitura e a escrita, hábitos que libertariam o indivíduo de sua obrigação para com a esfera pública e lhe possibilitariam contrastar o mundo medieval com o eu pessoal (BRAUNSTEIN, 2009). A invenção da imprensa por Johann Gutenberg, em meados do século XV, teve um papel fundamental na difusão do conhecimento, tornando este acessível às pessoas comuns, tendo desempenhado um papel de suma importância na Reforma Protestante, uma vez que estendeu o conhecimento da Bíblia à maioria das pessoas alfabetizadas. Desencadeada no início do século XVI por Martinho Lutero, a Reforma Protestante não apenas questionou alguns dos mais importantes dogmas da ortodoxia católica, como também denunciou uma série de abusos e escândalos envolvendo o clero, e que esporam a mundanidade e a falta de escrúpulos dos dirigentes da Igreja Católica, gerando um cisma que durou meio século e que foi inflamado por figuras rebeldes que se opuseram ao domínio da Igreja (KELLY, 2010).

Além da Reforma Protestante, que rompeu com o monopólio da Igreja Católica sobre a interpretação da palavra de Deus, as inovações que se seguiram no campo das ciências naturais, em especial na astronomia, colocaram em cheque antigas ideias defendidas pela Igreja a respeito do universo, o que resultou numa crise nunca antes experimentada por esta, e que, de acordo com John Maurice Kelly (2010), desencadearia o fim da Idade Média e a sua transição para a Modernidade.

Em que pese esta pesquisa coadunar do entendimento de Jacques Le Goff (2015, p. 73) de que o Renascimento não representa um período histórico em particular, mas um subperíodo da Idade Média, nas palavras do autor supracitado, um “último renascimento de uma longa Idade Média”, é possível afirmar que este foi um fenômeno plural, pois, conforme observado, não houve um único renascimento, mas vários renascimentos em diversas áreas do saber e das artes, entre elas o direito. Trata-se de uma etapa de transição do período medieval para o moderno, marcado pela multiplicidade de inovações tecnológicas e pelo amanhecer de uma nova racionalidade, de caráter humanista e influenciada por uma

lógica simplificadora decorrente das ciências naturais e incorporada por outras áreas, inclusive a jurídica.

Durante o período medieval, a produção de conhecimento científico teve um caráter muito mais prático do que explicativo. A Igreja buscou reforçar seus dogmas através de uma releitura cristã das fontes greco-romanas, fundamentando suas premissas – que eram baseadas numa noção estática e hierarquizada do universo, tal qual a própria estrutura da Sociedade feudal – em pensadores do calibre de Aristóteles, dando maior peso a autoridade destes do que à observação e experimentação do mundo natural (RUBANO; MOROZ, 2014). A Igreja priorizava um conhecimento prático e alheio à explicações a respeito do universo e dos fenômenos da natureza, uma vez que tais experimentações poderiam pôr em risco os dogmas que lhe conferiram hegemonia durante toda a Idade Média. Porém, o Renascimento levou ao despertar de uma nova racionalidade, de matriz greco-romana, no entanto, profana, que ordenava ao homem viver conforme a sua razão e de acordo com a sua natureza, e não em cega obediência aos dogmas da Igreja, fomentando, assim, um espírito crítico e independente, de liberdade intelectual, o qual se opunha à dogmática católica que havia dominado o pensamento medieval (KELLY, 2010). Ademais, a mutação do pensamento teológico é um interessante exemplo do triunfo da razão, pois, se num primeiro momento esta se opunha à autoridade dos dogmas católicos, aos poucos esta introduziu-se cada vez mais na teologia, chegando ao ponto de transformá-la numa ciência (LE GOFF, 2015).

O humanismo e racionalismo renascentista não só superaram a dogmática católica no plano intelectual, como também contribuíram para o enfraquecimento da Igreja no âmbito político. Além de possuir a propriedade de grandes extensões de terra – fruto de doações, de tributos e do celibato, que garantia a manutenção de seu patrimônio – a organização centralizada e hierarquizada da Igreja lhe garantia uma unidade e domínio que ultrapassam os limites físicos dos feudos, o que fazia do papado a única autoridade dotada de um teor de universalidade na Europa ocidental (RUBANO; MOROZ, 2014). Descontentes com a interferência e com as constantes exigências financeiras da Igreja Católica, consequência de sua hegemonia política no cenário da Europa ocidental medieval, os soberanos dos novos reinos nacionais logo começaram a assimilar o ideário humanista e racionalista promovido pelo renascimento, prejudicando a influência massiva da Igreja na esfera temporal (KELLY, 2010).

No plano temporal normativo, a positivação dos costumes promovida com maior ênfase a partir do século XV, resultou em

modificações internas e externas no teor destes. Internas, pois o processo de redação e aprovação destes costumes importava num esforço de unificação que resultava muitas vezes em sua romanização. Externas, pois, por serem reduzidos a escrito por uma autoridade secular, seu conteúdo deixou de ser incerto e adquiriu características da lei. Os costumes passaram a gozar dos atributos da certeza, estabilidade e permanência; características essenciais da lei; e muitas destas reduções normativas operadas sobre os costumes resultaram em verdadeiros códigos ou compilações que se tornaram objeto de estudos (GILLISEN, 1995).

Como reflexo desse movimento de positivação e unificação dos costumes, a atividade legislativa; que até o início do século XIII praticamente havia desaparecido; passou a conquistar espaço e aos poucos adquiriu preponderância sobre os costumes, eliminando estes de forma progressiva (GILLISEN, 1995). O entendimento da lei como produto da atividade legislativa era algo totalmente estranho à Idade Média, pois, para a Sociedade medieval, a lei não era algo criado a partir de uma atividade de abstração e positivação de valores e regras de conduta, mas era algo inerente à vida comunitária, ou seja, consistia nos costumes locais (KELLY, 2010).

Monarcas da França, Inglaterra, Sicília, e da Península Ibérica, reforçaram o poder real através de intervenções legislativas em matérias cada vez mais numerosas, atitude esta que foi replicada por poderosos senhores feudais e pelas grandes cidades. E, em função desta progressiva tarefa de positivação das normas – que tinha o propósito de reforçar e assegurar o poder e a autonomia dos grandes reinos e cidades –, o próprio conceito de *lex* sofreu uma mutação em seu sentido, passando a gozar de um conteúdo muito mais autoritário, contrapondo-se à espontaneidade dos costumes locais. Nesse sentido, embora o termo *lex* fosse comumente dotado de ampla significação – compreendendo desde o conjunto de normas jurídicas até os seus aspectos jurisdicionais e técnico processuais –, a mutação promovida pela atividade legislativa da Baixa Idade Média conferiu a esta terminologia o sentido de “norma de direito imposta por uma autoridade exercendo o seu poder num grupo social dado, na maior parte dos casos sobre um território dado” (GILLISEN, 1995, p. 292).

Por outro lado, a retomada da atividade legislativa, aliada ao reconhecimento da soberania territorial dos reinos, e à retomada do estudo do Digesto de Justiniano pelos jurisconsultos da nova ciência do direito, trouxe à tona o questionamento a respeito do reconhecimento do direito de governar do soberano, e da possibilidade do povo revogar essa transferência de poder. Tal indagação gerou opiniões diversas, desde

posições absolutistas; que afirmavam a precedência do príncipe sobre o povo; até perspectivas contratualistas, como a defendida por Tomás de Aquino, que entendia que o Estado era um produto natural da natureza cívica do ser humano, de modo que o poder real era decorrente de um acordo firmado entre o povo e o monarca, podendo este mesmo resistir a um tirano, pensamento este que traçaria os primeiros contornos de uma noção de governo baseada em um contrato (KELLY, 2010).

Já nos séculos XI e XII, os escritos políticos se dedicaram a rivalidade entre Papas e Imperadores sobre o predomínio e extensão das jurisdições eclesiásticas e seculares. A opinião mais aceita na época era a de que a humanidade foi divinamente organizada para que fosse governada por duas autoridades, uma espiritual e outra temporal, de titularidade do Papa e do Imperador, respectivamente, de modo que nenhuma pessoa poderia exercer ao mesmo tempo estas potências. Conforme o entendimento da época, ambas estas dimensões, eclesiástica e temporal, tinham o dever de ajuda e apoio recíproco. Contudo, o poder do Império sobre o Papado era mais evidente do que o contrário, o que gerou um desejo de autonomia da Igreja em relação ao Império, o que foi enaltecido pelos abusos cometidos contra o Papado, como a feudalização de grandes extensões da Igreja e a investidura dos bispos pelos governantes seculares. Esta última controvérsia levou o Papa Gregório VII a proibir a investidura leiga de bispos e excomungar o imperador Henrique IV, no ano de 1076 d.C., o que gerou uma reação deste último na tentativa de nomear um antipapa que substituísse o primeiro. Tal contenda levou à divisão de posicionamentos, dando margem a uma corrente papalista, que presumia a superioridade do poder espiritual sobre o temporal – firmada na autoridade do apóstolo Pedro sobre as portas do Céu, o que levaria a extensão desta prerrogativa às portas do mundo terreno –, e uma corrente imperialista, que defendia a independência do poder secular e a manutenção do antigo status quo, em que as eleições papais ficavam sujeitas à vontade imperial (SABINE, 1964a).

A controvérsia das investiduras demonstra a instabilidade e imprecisão das relações entre Igreja e Império nos séculos XI e XII, ambas fundadas em tradições igualmente bem consolidadas (SABINE, 1964a). Todavia, em termos gerais, pode se afirmar que a noção moderna de Estado enquanto um corpo político juridicamente estruturado, dotado do atributo de soberania, e fonte primária de toda a juridicidade, aparece pela primeira vez na Baixa Idade Média, durante o século XIII, o que possibilitou o desenvolvimento de uma estrutura administrativa estatal que substituiria o antigo sistema feudal e as relações de vassalagem (GILLISEN, 1995). Alguns dos primeiros fundamentos da teoria do

Estado advém da obra de São Tomás de Aquino, que através da fusão de ideais aristotélicos e cristãos, legitimaria o Estado como parte do desígnio de Deus (KELLY, 2010).

Segundo o famoso intelectual da Igreja, a insuficiência material do ser humano individual faz com que este desenvolva uma natureza cívica que identificaria no Estado a estrutura básica de sua existência, e, como a natureza humana era de origem divina, conseqüentemente o Estado, enquanto espaço necessário ao desenvolvimento de suas capacidades e virtudes, também era produto desta mesma divindade (KELLY, 2010). Tendo em vista a natureza sociável do ser humano, sua organização através de um corpo ordenado – que viria a ser o Estado – exige a direção de um governante responsável por coordenar as multidões, responsabilidade esta a qual Tomás de Aquino (1995, p. 126-127) impõe ao rei:

Para pôr em obra o nosso intento, cumpre começarmos pela exposição do que se há de compreender pelo nome de rei. Ora, em todas as coisas ordenadas a algum fim, em que se possa proceder de um modo ou doutro, é mister haver algum dirigente, pelo qual se atinja diretamente o devido fim. Com efeito, um navio, que se move para diversos lados pelo impulso dos ventos contrários, não chegaria ao fim de destino, se por indústria do piloto não fora dirigido ao porto; ora, tem o homem um fim, para o qual se ordenam toda a sua vida e ação, porquanto age pelo intelecto, que opera manifestamente em vista do fim. Acontece, porém, agirem os homens de modos diversos em vista do fim, o que a própria diversidade dos esforços e ações humanos patenteia. Portanto, precisa o homem de um dirigente para o fim. Tem todo homem, dada naturalmente, a luz da razão, pela qual é dirigido ao fim, nos seus atos.

Não obstante ter identificado no rei a autoridade necessária para dirigir o homem em Sociedade, Tomás de Aquino (1995, p. 159; 162) também reconhece na figura do monarca um princípio de razão divina que impele os demais membros da Sociedade a confiarem e se submeterem à justiça e clemência de um único governante, e, sendo este o corpo de Deus na terra, a ordem instituída por este é igualmente dotada de uma natureza divina:

Saiba, por conseguinte, o rei que recebeu este múnus a fim de ser no reino como a alma no corpo e Deus para o mundo. Se diligentemente observar isso, acender-se-á nele, por um lado, o zelo da justiça, ponderando ter sido destinado a exercer no reino o julgamento em lugar de Deus; por outro lado, adquire, ao certo, a suavidade da mansidão e da clemência, considerando cada um dos subordinados ao seu governo, como seus próprios membros [...] Assim como a fundação da cidade ou do reino deriva convenientemente da forma da criação do mundo, assim também é do governo divino que se há de derivar a ordem do governo.

Tomás de Aquino também se preocupa em identificar na lei humana um princípio de razão ordenadora que induz ao bem comum e à felicidade da comunidade:

A lei é uma regra e medida dos atos, pela qual somos levados à ação ou dela impedidos. Pois, lei vem de ligar, porque obriga a agir. Ora, a regra e a medida dos atos humanos é a razão, pois é deles o princípio primeiro, como do sobredito resulta (q. 1, a. 1 ad 3). Porque é próprio da razão ordenar para o fim, princípio primeiro do agir, segundo o Filósofo. Ora, o que, em cada gênero, constitui o princípio é a medida e a regra desse gênero. Tal a unidade, no gênero dos números, e o primeiro movimento, no dos movimentos. Donde se conclui que a lei é algo de pertencente à razão.

Como já dissemos (a. 1), sendo a lei regra e medida, ela depende do que é o princípio dos atos humanos. Ora, como a razão é o princípio desses atos, também nela há algum primeiro princípio, que o é de tudo o mais. Por onde e necessariamente a este há de a lei pertencer, principal e maximamente. Ora, o primeiro princípio, na ordem das operações, à qual pertence a razão prática, é o fim último. E sendo o fim último da vida humana a felicidade ou beatitude, como já dissemos (q. 2, a. 7; q. 3, a. 1), há de por força a lei dizer respeito, em máximo grau, à ordem da beatitude. — Demais, a parte ordenando-se para o todo, como o imperfeito para

o perfeito; e sendo cada homem parte da comunidade perfeita, necessária e propriamente, há de a lei dizer respeito à ordem para a felicidade comum (AQUINO, 2017, p. 1506-1507).

De modo geral, a contribuição de Tomás de Aquino para o desenvolvimento de um novo pensamento político-jurídico consiste na criação de uma justificativa abstrata e universal, que, sem desviar-se dos dogmas cristãos que orientavam o pensamento medieval, possibilitaria ao Estado e ao indivíduo se desenvolverem de forma totalmente independente da comunidade cristã, identificando na lei e no monarca um princípio de razão necessário ao bem comum (KELLY, 2010).

A ideia de “bem comum” é um dos pontos nevrálgicos da obra de Tomás de Aquino, sendo que o mesmo considera que nem tudo o que a razão estabelece visa o bem comum, também podendo se destinar ao interesse privado. Por outro lado, Tomás de Aquino considera que toda lei deve ser ordenada ao bem comum, sendo que a tarefa de “ordenar algo para o bem comum compete a toda a multidão ou a alguém a quem cabe gerir fazendo as vezes de toda a multidão” (AQUINO, 1995, p. 40). Na perspectiva do autor supracitado, embora seja promulgada pelo representante, a lei se constitui participativamente por aqueles que por ela são regulados, pois, nas suas palavras “cada qual é lei para si mesmo, na medida em que participa da ordenação daquele que regula” (AQUINO, 1995, p. 40). Da mesma forma, em sua concepção, a democracia seria o regime político mais justo, pois é aquele que mais se aproxima do bem comum – uma vez que este não está sob o poder de um só – distinguindo-se da aristocracia e da tirania, que, respectivamente, se dedicam ao bem de poucos ou de uma só pessoa (AQUINO, 1995).

Nesse sentido, apesar de reconhecer que a razão pode ser guiada pelo interesse privado, Tomás de Aquino entende que a lei subjaz ao primado do bem público, o qual favorece uma práxis democrático-participativa onde, ao se sujeitar à lei, o indivíduo está se sujeitando a si mesmo. No entanto, hodiernamente podemos identificar uma inversão histórica, de modo que o aparato burocrático-representativo da Modernidade possibilitou ao interesse privado se lançar como bem comum ao atender os pressupostos formais de legitimidade exigidos pelo processo legislativo. Assim, o bem comum viria a tornar-se um dos principais pretextos modernos para a autolegitimação de interesses privados, os quais se tornaram indiscutíveis quando abrigados sob seu manto.

A relação entre o Estado e a natureza associativa do homem, que serviu de justificativa para legitimar o governo civil, também encontrou amparo no pensamento de Marsílio de Pádua, que chegou a afirmar que a causa da discórdia e intranquilidades vivenciadas na Europa medieval ocidental eram decorrentes do desejo do clero em se apoderar dos princípios seculares e acumular bens temporais. O pensador italiano advogava que o clero não possuía a plenitude de poderes que alegava, e que as decretais expedidas pelos pontífices romanos, ou por quaisquer outros pontífices, não deveriam possuir a força de obrigar ninguém a acatá-las caso não fossem estatuídas com a permissão do legislador secular, sendo que este último deveria ser formado pela totalidade dos cidadãos ou ao menos pela sua maioria (PÁDUA, 1995).

Baseado em uma lógica aristotélica e cristã, Marsílio de Pádua distinguiu o reino dos céus do reino dos homens, ressaltando que o governo fixado pela lei humana teria precedência dentro da Sociedade civil, tratando-se de um fator organizador desta, motivo pelo qual todos os grupos sociais deveriam estar subordinados ao governante:

Por conseguinte, de acordo com o que expusemos e concluímos, mediante raciocínios insofismáveis e comprovados, o governo, conforme a lei humana, ocupa o primeiro lugar na sociedade civil e na e para a vida presente aqui na terra, isto é, no propósito de se viver em comunidade civil, tem competência para instituir os outros grupos sociais, determiná-los e conservá-los e todos eles lhe estão subordinados (PÁDUA, 1995, p. 161).

Segundo o intelectual supracitado, até mesmo o clero estava sujeito à autoridade secular. Nem mesmo o ato de excomungar alguém da comunidade cristã não poderia ser realizado pelo clero sem o aval do legislador secular, cabendo ainda a este julgar o mérito e a capacidade das pessoas a serem promovidas aos cargos eclesiásticos, da mesma forma que a fixação da quantidade destes cargos, assim como de igrejas, deveria ser uma atribuição exclusiva do príncipe, baseado naquilo que fosse determinado em lei. O ideal de subordinação da Igreja ao poder secular defendido por Marsílio de Pádua chegou ao ponto de defender a faculdade do legislativo secular, desde que respeitada a lei divina, fazer uso total ou parcial dos bens eclesiásticos para o interesse público e a defesa da comunidade (PÁDUA, 1995).

No entendimento de Marsílio de Pádua (1995), a cidade ou o reino deveriam possuir um único governante supremo, que, de acordo com as leis e com os costumes, teria o poder de decisão sobre todos os assuntos civis, bem como seria o único titular da jurisdição coercitiva, real, e pessoal, sobre cada pessoa, inclusive o julgamento daqueles que fossem acusados de heresia. Por mais que Marsílio de Pádua ainda tenha proposto que algumas competências fossem exclusivas da Igreja – como a de convocar os sacerdotes e fiéis para Concílios Gerais e ordenar canonizações e o culto a santidade de alguém –, ao propor a submissão do clero à autoridade secular, este deu margem ao desenvolvimento de uma teoria da soberania segundo a qual todos os grupos sociais deveriam se submeter ao príncipe, teoria esta que se desenvolveria ao longo da Modernidade e afetaria o molde das relações jurídicas.

Assim, o conceito de Estado secular, autônomo e não subordinado à autoridade religiosa, começou a surgir na Baixa Idade Média e deu margem ao desenvolvimento de uma teoria da soberania externa dos reis, os quais passaram a ser vistos não apenas como soberanos dentro do seu reino, mas diante de qualquer outro monarca, podendo fazer o que bem entendesse em seu território. Tal pressuposto seria confirmado pelo Papa Clemente V através do decreto papal *Pastoralis Cura*, o qual pode ser considerado como a primeira expressão jurídica do conceito de soberania territorial (KELLY, 2010).

A respeito do conceito de soberania, conforme F. H. Hinsley (1972) destaca, mesmo tendo se firmado como herdeiro do apóstolo Pedro na Terra, a doutrina papal não ambicionava conquistar o poder supremo para si, preocupando-se mais em proteger a ordem existente contra eventuais violações de seu éthos, razão pela qual não implicava na ideia de soberania. Porém, na medida em que o Papa se firmou como cabeça da Igreja e investiu monarcas de autoridade divina, a posição dos governantes seculares foi adquirindo um teor teocrático que lhes conferia um poder incontestável, de modo que a luta entre o império e o papado, que havia deflagrado no século XI, tratou-se muito mais de um conflito entre duas autoridades teocráticas do que entre um líder secular e outro espiritual (HINSLEY, 1972).

Tendo em vista o panorama teocrático que dominou o pensamento e as instituições medievais até o século XIII, onde a única soberania a ser observada era a de Deus e da lei – sendo que a lei da comunidade se confundia com a lei divina e não fazia distinção entre legalidade e moralidade –, não havia espaço para o desenvolvimento de um governo secular soberano, de modo que o vazio existente entre a atividade política e a lei, comumente resultava no predomínio de uma autoridade

assegurada pelo emprego da força – que era reservada ao poder secular. Antes de consolidar sua soberania, as autoridades seculares tiveram que livrar-se das amarras da lei divina, fazendo-se necessário dissociar claramente esta da lei do homem, reservando à primeira um plano muito mais ético do que legal. Essa mudança no plano normativo verificou-se ao final do século XIII e aos poucos deu espaço à formação de uma noção de lei pública oriunda da esfera de competência das autoridades seculares e revestida do atributo da legalidade. Diferindo-se da lei divina e dos costumes, o império das leis públicas e sinalizou, ainda que de forma remota, o advento do Estado enquanto organismo artificial e organizador da sociedade e poder soberano. Começava a se propagar o entendimento de que a lei pública, decorrente da autoridade do Estado, diferia-se das normas privadas, e que o poder do governo, por ser necessário à garantia do bem comum, se sobrepunha às relações privadas e aos costumes (HINSLEY, 1972).

Nesse viés, apesar de não poder se afirmar que já existia uma verdadeira teoria do Estado na Baixa Idade Média, todos os elementos intelectuais necessários ao conceito de um poder soberano já poderiam ser identificados ao final do século XIII, tendo acompanhado a paulatina concentração de poder nos governos dos reinos regionais, em detrimento das autoridades universais que se elevavam acima destes, a Igreja e o Império (HINSLEY, 1972).

O primeiro intelectual a criar uma teoria da soberania foi Jean Bodin, no século XVI. Ao definir os atributos da soberania, o jurista francês afirmava que esta tinha como premissa básica o fato de não conter limites no que diz respeito à extensão do poder dela decorrente, nem no que tange à responsabilidade de seu titular ou ao tempo de seu exercício. De acordo com Jean Bodin, nenhum governo temporário ou sujeito à condições e responsabilidades pode constituir-se soberano – exceto se estas limitações forem provenientes da lei divina. A soberania teria como característica fundamental o fato de ser ilimitada, razão pela qual, como o próprio autor bem destaca, o príncipe não está obrigado a prestar contas a ninguém, senão a Deus, pois ele é soberano enquanto os demais são súditos (BODIN, 1997).

O governante é soberano; absoluto e perpétuo; pois o povo teria abdicado de sua soberania para investi-lo de tal atributo, podendo o monarca dispor das pessoas e do Estado a seu bel prazer – apesar disso, é importante frisar que Bodin atribuía um caráter intangível à propriedade privada –, cabendo aos súditos apenas o dever de obediência e sujeição a quem detém a soberania. Nesse viés, a expressão máxima da majestade soberana consistiria na faculdade de dar leis aos súditos, bem como de

revogá-las, dispensando o consentimento dos súditos, que estavam obrigados aos termos da lei, salvo se a norma posta pelo príncipe contrariasse diretamente as leis divinas. Nesse sentido, Jean Bodin (1997, p. 66) explana que “Se a justiça é o fim da lei, a lei obra do príncipe e o príncipe imagem de Deus, pela mesma razão, é necessário que a lei do príncipe seja feita na mesma medida da lei de Deus”. O príncipe, por sua vez, estava isento das leis de seus predecessores e de suas próprias leis – com exceção das leis que dizem respeito à fundação do reino, pois estas normas estariam incorporadas à coroa –, somente se sujeitando às leis de Deus e da natureza, bem como às leis humanas que fossem comuns a todos os povos – o que, neste caso, implicaria na subordinação do poder soberano ao bem comum (BODIN, 1997).

Jean Touchard (1959a) afirma que a amplitude da obra de Bodin impressiona mais do que a nitidez de seu texto, justificando seu conceito de soberania muito mais como um imperativo da existência e da unidade do Estado do que do ponto de vista filosófico. Para Bodin, o fundamento da autoridade soberana é de ordem racional, porém, atenderia a vontade divina, uma vez que a natureza e a razão humana seriam provenientes de Deus, o que indica que o autor francês do século XVI não excluiu a autoridade divina do governo secular, reservando à religião um papel essencial na fiscalização da moralidade e da vida intelectual. Ademais, a obra de Bodin teria incidido em certa dose de contradição no que diz respeito ao caráter absoluto da soberania e a sua limitação pela lei natural, esta última isenta de uma noção mais clara em sua obra. Entretanto, essa mesma sujeição da soberania às leis de Deus e da natureza fez de Bodin, entre os teóricos contemporâneos dos governos absolutistas, aquele que mais teve êxito em restringir os direitos do rei (TOUCHARD, 1959a).

Jean Touchard (1959a, p. 66) atribui o grande êxito alcançado pela obra de Bodin a dois fatores: a universalidade da ideia abstrata de soberania, e a universalidade histórica do método histórico-comparativo:

A riqueza da *República* deve-se a uma dupla forma de universalidade: universalidade abstracta da ideia de soberania que, aquém e além das suas implicações difíceis de coordenar, põe em evidência a condição *a priori* da existência de qualquer Estado, uma certa coesão ao mesmo tempo imposta e reconhecida; universalidade histórica do método histórico-comparativo, que deve permitir separar os elementos comuns à

humanidade entre sistemas jurídicos e morais diferentes.

Em que pese os pressupostos de Jean Bodin tenha sido um amálgama da racionalidade e superstição que habitavam o pensamento filosófico do século XVI, período de transição da Idade Média para a Modernidade, o grande mérito do autor francês foi, nas palavras de George H. Sabine (1964a, p. 387), “tirar a idéia do poder soberano no limbo da teologia, em que a deixara a teoria do direito divino”. Tendo em vista seu caráter racional e utilitarista, a teoria da soberania elaborada por Jean Bodin ganharia popularidade entre um grupo de intelectuais moderados, conhecidos como *Politiques*, os quais identificavam no poder do monarca o princípio de paz e de ordem necessário à unidade nacional, o que motivou tais pensadores a elevar o rei acima de todas as seitas religiosas e partidos políticos. Não obstante, esse mesmo grupo de estudiosos foi o primeiro a defender a convivência pacífica de diversas religiões dentro de um mesmo Estado, pois, uma vez que a divisão do cristianismo já era uma realidade irreversível, tolerar as divergências religiosas era uma atitude necessária à manutenção da unidade nacional, mesmo que isso custasse a unidade religiosa. Frisa-se, porém, que o princípio de tolerância religiosa advogado pelos *Politiques* era de natureza política, e não moral (SABINE, 1964a).

Ao criar uma teoria abstrata do conceito de soberania, Jean Bodin transferiu esta do plano divino para o âmbito da racionalidade das ideias, instituindo uma autoridade suprema na ordem temporal e revestindo o Estado – enquanto comunidade artificialmente criada para organizar a vida em Sociedade –, de uma autoridade antes não experimentada. O discurso de racionalidade que revestia o conceito de soberania elaborado por Jean Bodin legitimou a autoridade secular como governante una e incontestável, fonte do direito e administradora das relações jurídicas dele provenientes, o que, com a transição para a Modernidade, implicaria numa atitude monista que mudaria definitivamente o paradigma jurídico.

Quentin Skinner (1999, p. 625) destaca que os “Seis Livros da República”, de Jean Bodin, já apresentam o Estado dentro de uma acepção moderna do conceito, de modo que seus direitos e poderes já eram analisados pelo autor do Século XVI sob o viés secularista e racionalista que marcaria o pensamento político da Modernidade:

Em fins do século XVI, numa obra como *Os seis livros da república*, de Bodin, não só encontramos o termo “Estado” numa acepção visivelmente

moderna, mas também constatamos que os direitos e poderes do Estado começam a ser analisados no estilo que será característico da modernidade. Fica evidente, antes de mais nada, que Bodin concebe o Estado como o detentor do supremo poder político em seu próprio território. Isso porque, ao discorrer sobre as “cartas de comando” com que os príncipes soberanos anunciavam suas ordens, ele as denomina “rescritos de estado” e “cartas de comando ou estado”, indicando que a autoridade pela qual elas são emitidas é a do Estado (p. 312). Também é evidente que ele considera o Estado a instituição à qual todos os cidadãos devem sua lealdade política, pois trata o crime de sedição não como uma ofensa contra o governante, mas contra o Estado, designando as revoltas de escravos na antiga Roma como rebeliões “contra o estado” e apontando como “povo sedicioso” aquele que procura “tomar a si o governo” por meio da “invasão do estado” (pp.38, 791). Por fim, mostra-se que Bodin concebe o Estado como uma autoridade puramente civil, à qual se atribuem poderes com objetivos tão-somente civis.

Ainda no século XVI, o poder crescente e centralizador dos monarcas afetou a dinâmica das relações entre governantes e governados. A perspectiva acerca da justificação de um poder político absoluto, que, inicialmente, teria um cunho “constitucional” – de inspiração romanista e baseado na ideia de uma concessão do povo a um governante que atuaria como representante da lei –, passou a gozar de um viés estritamente absolutista que alçou os reis acima das classes, dos interesses e das leis, convertendo a antiga premissa de um direito de resistência perante o monarca em uma doutrina de obediência absoluta a este. Entretanto, o conflito entre governantes e governados se amenizou conforme monarquias soberanas e sem limitações se estabeleceram na Europa ocidental, possibilitando aos reinos as condições necessárias para um governo estável. O emprego abusivo do conceito de soberania monárquica, originalmente teorizado por Jean Bodin, foi amplamente utilizado para justificar governos absolutistas (HINSLEY, 1972).

No que diz respeito às origens do absolutismo, alguns autores afirmam que a monarquia absoluta foi uma resposta aos conflitos confessionais que seguiram à Reforma Protestante, ao passo que outros teóricos indicam que as diferentes confissões religiosas que seguiram a

Reforma apenas reforçaram a autoridade soberana do príncipe, não consistindo numa reação ao movimento protestante. Pode se compreender que o conflito confessional serviu como catalisador para a formação de um conceito de monarquia absoluta, o qual pode ser identificado tanto na França, como na Inglaterra e na Alemanha. Porém, de modo geral, o Estado absolutista não foi um conceito de reforma concluso e acabado, mas foi, acima de tudo, o resultado de situações de necessidade, de crises e de desafios que se impuseram à coroa com durante o período de transição da Idade Média para a Modernidade, produzindo reflexos em diversas áreas (ASCH; DUCHHARDT, 2000).

A transição para o absolutismo teve um reflexo imediato nas relações jurídicas e no emprego da normatividade pela autoridade soberana. O absolutismo, conforme Gianfranco Poggi (1981, p. 83) destaca, “transformou a lei, de um *quadro de referência* a cuja sombra a autoridade se estruturava, num *instrumento* dessa autoridade”. Os governantes absolutistas expressaram sua vontade soberana como lei, fazendo desta última um instrumento flexível, maleável, e modificável, capaz de articular e assegurar suas vontades. Como consequência, o poder do governante deixou de ser concebido como um quadro de direitos e prerrogativas e passou a consistir em algo mais unitário, abstrato, e potencial, de modo que, nas palavras do autor supracitado, “começa a desligar-se conceptualmente da pessoa física do governante; poderíamos expressar isso de outra maneira e dizer que o poder contém em si mesmo o governante, irradiando *a sua própria* energia através deste” (POGGI, 1981, p. 84). Em outras palavras, poder e governo tornaram-se ideais anexos ao conceito de soberania, de um poder soberano centralizador que passou a encontrar em si mesmo o fundamento de legitimidade de seu exercício.

O direito passou a receber uma nova abordagem romanista, tendo diversos princípios e regras do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano adquirido validade em muitos territórios. Consequentemente, uma grande gama de relações sociojurídicas passou a ser regulamentada através de marcos normativos que diferiam em muito das leis antigas – muitas delas de origem germânica e elaboradas pelas corporações urbanas –, o que favorecia não apenas o sistema absolutista de governo, mas também atendia a um comércio e a um individualismo ascendentes. Todavia, embora os governantes absolutistas apresentassem sua pessoa como fonte de lei e se valessem da reincorporação do Direito Romano para firmar sua autoridade diante das antigas ordens jurídicas medievais, esses mesmos monarcas não se sujeitavam à lei, considerando-se *legibus solutus*, pois, sendo a lei um produto de sua soberania, não poderia o soberano se

vincular e limitar aos parâmetros legais estabelecidos por meio de sua própria potestade (POGGI, 1981).

Contudo, Ronald G. Asch e Heinz Duchhardt (2000) chamam a atenção para um certo exagero atribuído à soberania legislativa do monarca, uma vez que, na prática, os soberanos constantemente se viam diante de diversas barreiras difíceis de serem superadas para fazer valer a sua vontade através do império da lei. Em especial, as limitações mais evidentes à soberania legislativa do monarca eram aquelas de ordem financeira, de modo que soberanos frequentemente sujeitos à bancarrota somente conseguiam afirmar sua soberania no plano abstrato das ideias, dependendo do apoio financeiro de seus súditos para operacionalizar seus intentos (ASCH; DUCHHARDT, 2000). Para se ter noção da dependência financeira dos monarcas absolutos, Léo Huberman (1980) cita o caso do banqueiro alemão, Jacob Fugger, chefe da casa bancária Fugger, que decidiu a questão de quem seria coroado imperador do Sacro Império Romano ao emprestar 543 mil florins dos 850 mil que custaram a Carlos V da Espanha a coroa, o que demonstra a projeção de uma nova classe social, burguesa, no cenário político do século XVI e seguintes.

Junto à concepção de um Estado absolutista, a Guerra dos Cem Anos e os conflitos entre príncipes, transformaram-se em campanhas de todo um país, alimentando um sentimento nacionalista. Em seus meandros pré-modernos, um sentimento de nação começava a aflorar nas sociedades medievais tardias, em parte por influência da Igreja, que, por um lado, fez brotar através das cruzadas um sentimento de integração nacional, e, por outro, deu margem a formação de instituições nacionais que buscaram frear os avanços da comunidade eclesiástica, razão pela qual Jean Touchard (1959b, p. 126) afirma que a Igreja também contribuiu positivamente para a formação e ordenação das nações modernas:

Seria erro acreditar que o papel da Igreja na formação das nações modernas é exclusivamente negativo. Não há dúvida de que a reacção progressiva dos príncipes, sustentados e justificados pelo elemento «intelectual» que os rodeava, conseguiu libertar, contra os abusos da sociedade eclesiástica, as zonas do poder temporal; sem dúvida também que as perturbações internas da Igreja permitiram aos príncipes alcançar as vantagens do restabelecimento da ordem. Nem por isso o papel da Igreja deixa de se revestir de um aspecto positivo menos essencial: a ela se deve a

preparação e conservação de um quadro territorial e administrativo donde irão surgir as nações e o sentimento patriótico brotou em parte de uma derivação religiosa.

Sob o viés econômico, o progresso do comércio e das cidades possibilitou a ascensão de uma classe média que via nas antigas instituições feudais um obstáculo a ser superado, tendo estes cidadãos; dentre os quais destacava-se um emergente grupo de comerciantes e bancários; observado na autoridade do rei um importante aliado na luta das cidades contra os senhores feudais remanescentes. A nascente burguesia auxiliou os monarcas com empréstimos em dinheiro, possibilitando a estes a formação de um exército nacional que estivesse sempre aos seus serviços e que fosse independente de vínculos de lealdade, o que dispensou a ajuda militar de seus vassalos, e, concomitantemente, fortaleceu o poder real na mesma medida em que enfraqueceu o poder e a influência dos senhores feudais. Em troca do apoio financeiro de seus súditos, os soberanos concederam vantagens aos seus patrocinadores e passaram a contribuir com o desenvolvimento do comércio e da indústria, uma vez que boa parte do dinheiro que fluía para os cofres reais era proveniente da prosperidade destas atividades que estavam em ritmo de desenvolvimento (HUBERMAN, 1980).

Daí pode se afirmar que a hegemonia dos Estados-nação se consolidou graças às vantagens proporcionadas por um governo soberano; forte e central; que atendia aos interesses de uma emergente classe média, especialmente dos burgueses, que aos poucos envolviam os monarcas em relações de dependência financeira cada vez mais acentuadas. Consequentemente, a fim de garantir a prosperidade e o desenvolvimento harmônico da indústria e do comércio nacional, que inflavam o tesouro real, os monarcas começaram a pôr termo aos monopólios regionais, substituindo regulamentações locais por leis nacionais, regulamentando as diversas atividades econômicas em favor de toda a nação, e reforçando o desenvolvimento de um sentimento nacionalista que se expandiu para diversos segmentos e fortaleceu a autoridade do rei enquanto monarca de toda uma nação, como bem discorre Léo Huberman (1980, p. 79):

Surgiram nações, as divisões nacionais se tornaram acentuadas, as literaturas nacionais fizeram seu aparecimento, e regulamentações nacionais para a indústria substituíram as regulamentações locais.

Passaram a existir leis nacionais, línguas nacionais e até mesmo Igrejas nacionais. Os homens começaram a considerar-se não como cidadãos de Madri, de Kent ou de Paris, mas como da Espanha, da Inglaterra ou França. Passaram a fever fidelidade não à sua cidade ou ao senhor feudal, mas ao rei, que é o monarca de toda uma nação.

O nacionalismo que florescia na Europa ocidental, aliado ao quadro de estabilidade política promovido pelos governos absolutistas, e aos progressos no comércio, na navegação, e na exploração de terras além-mar, deram margem ao desenvolvimento de um novo pensamento econômico, denominado mercantilista. Nas palavras de Jean Touchard (1959a, p. 98), “o mercantilismo é antes de tudo uma forma de reagir contra a estagnação, a afirmação de um poder tanto no exterior como no interior”.

Mais do que uma teoria econômica, o mercantilismo foi uma estratégia que tinha como objetivo expressar e firmar o poder de uma nação soberana, não apenas internamente, mas também no plano externo, diante das demais nações soberanas. Os ideais nacionalistas, industrialistas e protecionistas, que alimentaram o mercantilismo, incentivaram a acumulação de ouro e de outras riquezas vindas de territórios ultramarinos, bem como visaram desenvolver ao máximo a indústria nacional, e, simultaneamente, proteger esta última da concorrência estrangeira. O mercantilismo promoveu uma lógica de autoridade e segurança que assinalaria a passagem de uma política municipal para outra nacional, consolidando-se, portanto, numa poderosa estratégia de unificação nacional (TOUCHARD, 1959a).

Concomitante aos primeiros traços do que viria a se constituir no Estado moderno, toda uma gama de direitos subjetivos inerentes aos costumes feudais passou a dar lugar à formulação de um direito objetivo marcado por regras aplicáveis a todos os habitantes de um território, ou a todos os membros de uma determinada comunidade ou grupo social (GILLISEN, 1995). A propagação de um direito objetivo pelos territórios nacionais foi possível apenas em função do quadro de estabilidade e de centralização político-jurídica promovido pelos regimes absolutistas. Foram as monarquias absolutistas que, somadas ao advento de um sentimento nacionalista e de uma estratégia mercantilista articulada por uma nova classe comercial emergente, fomentaram o cenário necessário a uma transição paradigmática no que diz respeito não apenas ao

pensamento, mas também às formas de conceber o Estado e as relações jurídicas dele provenientes.

Em que pese o contínuo avanço da atividade legislativa sobre os costumes e sua preferência pelo desenvolvimento de direitos de natureza objetiva, o caráter pluralista e subjetivo do direito medieval persistiu até o advento do Estado Moderno, que sobrepôs sua hegemonia sobre as comunidades independentes, unificando os ordenamentos jurídicos e reivindicando o monopólio da produção do direito, como bem explana Santi Romano (2008, p. 139):

[...] à medida que se afirma o Estado Moderno e que amplia a sua força e a sua hegemonia sobre outras comunidades até então independentes e, por vezes, antagônicas àquele, se pôde crer que à unificação do ordenamento jurídico estava consumada e, deste modo, desenvolver, sem que houvesse uma contradição muito latente e estridente com a realidade, a teoria que contempla no Estado o senhor e o árbitro não tão somente do seu direito, mas de todo o direito.

No entanto, é inegável que a atitude monista que caracterizaria os sistemas jurídicos modernos foi precedida por um pluralismo jurídico que figurava no centro das discussões da cristandade desde a Alta Idade Média, muitas vezes estando associado a processos que a Igreja identificava como “heresias”, ou seja, formas de pensamento que diferiam do dogmatismo oficial (LE GOFF, 2015). A autenticidade das relações jurídicas medievais, outrora mencionada no título desta seção, consiste justamente no pluralismo que lhes foi característico. Estas “heresias” na forma de pensar o direito deram margem a formação de direitos particulares de natureza subjetiva e consuetudinária que, nas palavras de Paolo Grossi (2014, p. 276), “não possuem pretensões totalitárias, não se colocam em antagonismo frontal com o direito comum; antes, no seu âmbito e ordem, integram-no, especificam-no, chegam até a contradizê-lo com variações particulares; não chegam (nem o pretendem fazer) a negá-lo”. As relações jurídicas medievais se situavam num mundo de autonomias, multifacetado, onde a pluralidade de ordenamentos buscava atender a complexidade oriunda de cada comunidade e pressupunha a convivência e o respeito entre formas de dizer e fazer o direito diferentes. Qualquer atitude expansionista e abrangente no âmbito jurídico se verificaria apenas na medida em que a Modernidade e seus desígnios de

universalização se firmariam, sobretudo com as codificações, como bem destaca o autor supracitado:

As pretensões surgirão rapidamente na era de transição para o “moderno”, e logo acompanharão a vida histórica do novo sujeito político forte, o Estado, num crescendo de afirmações e de realizações. A história de todo o primeiro período da Idade Moderna é marcada por um itinerário solidamente traçado, que vai do pluralismo ao monismo jurídico no âmbito de cada Estado. Muitos Estados, muitas soberanias, muitos diferentes direitos nacionais de cunho tipicamente legislativo regulados por um sólido princípio de hierarquia das fontes. Um particularismo totalmente novo irá proliferar-se, e isso se dará como ruptura de uma unidade, de uma dimensão universal. E a Europa será um mosaico de direitos estatais territoriais, cada qual pretendendo regular de modo cada vez mais exclusivo as relações jurídicas entre os súditos. É o longo caminho que irá desembocar no regime do pleno absolutismo jurídico e da solução mais absolutista no plano das fontes do direito privado: o Código (GROSSI, 2014, p. 277-278).

Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 185-186) discorre no mesmo sentido, afirmando que o absolutismo e a burguesia desencadeariam um processo de centralização jurídica que se consolidaria na Modernidade com a promulgação do código napoleônico, universalizando aquilo que define como o “mito” monista:

Mais precisamente, foi na Idade Moderna que um Direito Estatal “se impôs com muita dificuldade e muito lentamente”. Porém, tal estatização do Direito realmente se efetivaria com o surgimento, na Europa, da racionalização política centralizadora e da subordinação da justiça à vontade estatal soberana. O certo é que, ao longo dos séculos XVII e XVIII, pouco a pouco o absolutismo monárquico e a burguesia vitoriosa emergente desencadearam o processo de uniformização burocrática que eliminaria a estrutura medieval das organizações corporativas,

bem como reduziria o pluralismo legal e judiciário [...] Exame mais atento revela que a solidificação do “mito” monista (legitimação legislativa pelo poder público) é alcançada pelas reformas administrativas napoleônicas e pela promulgação de um único código civil para reger toda a sociedade. Tratava-se da coroação de esforços decorrentes de muitos séculos para consolidar o “mito” da unidade de que cada sociedade teria apenas um sistema jurídico, ou seja, “um só Direito para todos, com o Estado por tutor”.

Essa mudança na configuração das relações jurídicas, de uma postura pluralista e a atinente à complexidade da Sociedade, a uma atitude monista e simplificadora do direito; que repercutiria numa cultura processual individualista e abstrata, bem como na consolidação de dogmas seculares; é o que se dedicará a estudar no capítulo seguinte desta pesquisa. Pois, para propor uma nova dimensão de relações jurídicas, que atenda àquilo que pode se denominar como paradigma da “Pós-Modernidade”, é indispensável a compreensão da contraparte moderna que lhe deu origem e forma – esta última palavra que, aliás, se tornaria um dos grandes sólidos da Modernidade a produzir reflexos severos no âmbito jurídico.

4 O PARADIGMA MODERNO: DE SEUS FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS E POLÍTICOS, À CONFIGURAÇÃO DE SUAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Uma leitura de contraponto, pós-moderna, exige a compreensão do conjunto de crenças e valores que nortearam as relações jurídicas modernas, e que, de forma reflexa, desencadearam uma série de fenômenos de natureza social, jurídica, econômica, e política que delineariam o espectro de uma pretensa Pós-Modernidade. Nesse sentido, compartilhando do conceito de paradigma elaborado por Thomas Kuhn, o presente capítulo do estudo se dedica a analisar o advento da Modernidade e as matrizes ideológicas que influenciaram seu ideário, sobretudo, a natureza e a forma das relações jurídicas dela decorrentes.

Longe de incidir na mesma atitude dos teóricos da Modernidade; que identificaram um novo paradigma designado como “moderno”, e imputaram um status de decrepitude ao período que imediatamente lhe antecedeu; esta pesquisa não identifica a Modernidade como um paradigma a ser superado e relegado ao passado, ignorando suas contribuições e confiando única e exclusivamente num novo ideário pós-moderno. Tem-se a compreensão de que os evidentes vícios da Modernidade não são suficientes para ocultar suas virtudes, mas ensejam novas formas de pensar que exigem o reconhecimento de novos pressupostos aptos a preencher suas lacunas e dar forma a um novo paradigma, pós-moderno, capaz de aperfeiçoar os sólidos de outrora a adaptá-los à complexidade e liquidez dos tempos tardios.

Não obstante tal compreensão a respeito do paradigma moderno, o conjunto de fatores que moldou suas relações jurídicas – não apenas suas virtudes, como também os seus vícios e o quadro crise deles decorrente – faz jus a uma investigação científica apurada. Do contrário, se tornaria inviável a proposição de qualquer contraponto pós-moderno que goze de um mínimo de legitimidade em suas considerações. E, tendo em conta que o propósito desta tese consiste na identificação dos fundamentos necessários para uma teoria pós-moderna das relações jurídicas – identificando sua natureza complexa e sua titularidade e exercício coletivo, através de dinâmicas híbridas que exigem a cooperação entre instâncias representativas e participativas – trata-se de um estudo que não pode se furtar da análise de sua contraparte moderna.

Para tanto, optou-se por inicialmente observar o advento da Modernidade sob o viés epistemológico associado a uma nova perspectiva das ciências, que se propôs a romper as amarras da moral e

ética medievais em prol de um ideal de racionalidade. Depois, passar-se-á a analisar o processo de consolidação da Modernidade através da formação do Estado Moderno e de sua justificação por meio de teorias políticas que assimilaram uma então filosofia moderna de teor cartesiano. Por fim, se discutirá as relações jurídicas na Modernidade, desde seu papel essencial na afirmação dos ideais de progresso e racionalidade que sustentariam o paradigma e garantiriam o desenvolvimento do capitalismo industrial, até a configuração de suas atuais dinâmicas processuais de teor neoliberal.

4.1 OS SENTIDOS DA MODERNIDADE E SUA CONSTITUIÇÃO EPISTEMOLÓGICA

O termo “moderno” surgiu no século V, tendo sido empregado para designar algo novo, o cristianismo, em oposição ao paganismo, e, a partir do Renascimento, seu significado e conteúdo passariam a sofrer releituras a cada período histórico subsequente, até se consolidar como um sinônimo de inovação perante algo, de avanço, de atualidade (BITTAR, 2009). Por sua vez, o adjetivo *modernus* foi introduzido pelo latim pós-clássico e seu significado pode ser traduzido como “atual”, sendo empregado a partir do século XII pela filosofia medieval cristã para designar uma nova lógica terminista a suplantará a antiga lógica aristotélica (ABBAGNANO, 2015). No entanto, o conceito de Modernidade só foi implantado lexicalmente no último quartel do século XIX, quatro séculos após o período inicial que esta englobava, algo que não é de se surpreender, pois qualquer período histórico só pode ser reduzido a um conceito que enfeixe estruturas comuns, com o transcorrer do tempo (KOSELLECK, 2006).

Ademais, deve se tomar o cuidado de não confundir “Modernidade” com “Modernismo” ou “Modernização”.

Modernização é um conceito aliado aos problemas decorrentes dos movimentos de descolonização, assimilação, e ocidentalização posteriores à Segunda Guerra Mundial, os quais correspondem ao embate entre tradições antigas e novas – como a dos povos indígenas da América para com a dos invasores europeus –, cujo conflito tende a rupturas totais ou parciais que resultam em diversos modelos de modernização – equilibrada, conflitual, por tentativas, ou tateante (LE GOFF, 1990).

Já por Modernismo, compreendem-se movimentos de ordem literária, artística e religiosa que marcaram a consolidação de tendências modernas até então difusas em tais formas de expressão, as quais

demonstraram uma espécie de reação ao materialismo, ao acúmulo de capital, à cultura de massa, aos modelos literários e estéticos da antiguidade clássica, e ao imperialismo emergente do final do século XIX, tendo forte incidência na América Latina, e ganhando força através de poetas como Rúben Dário³⁷ (LE GOFF, 1990). Zygmunt Bauman (1998) afirma que, ao mesmo tempo em que o Modernismo se consolidou como um protesto contra as promessas não cumpridas e esperanças frustradas pela Modernidade, este também ressaltou a força e seriedade com que estas mesmas promessas e esperanças foram tratadas. Os modernistas compartilhavam a mesma premissa de aceleração de tempo defendida pela Modernidade, também confiando na natureza progressiva da história, acreditando que toda tradição pretérita é algo a ser violado e descartado, o que permite ao autor supracitado afirmar que “os modernistas eram *plus modernes que la modernité elle même*, eles agiram em nome da Modernidade, por sua inspiração e permissão” (BAUMAN, 1998, p 123).

O sentido empregado nesta pesquisa ao termo “Modernidade” também não se confunde com culto ao belo e à moda, resultado ideológico do Modernismo no que diz respeito ao seu potencial de dúvida, crítica e criatividade. Entretanto, por mais que todos estes conceitos não se confundam, há de se observar que o conflito entre o antigo e o novo está presente em todos eles. Assim, o conflito evidenciado nesta tese corresponde àquele identificado nos campos da história e da ciência, o qual contribuiu para a formação de um paradigma moderno, ou seja, de um conjunto de crenças e valores que influenciaram as superestruturas e todos os planos considerados importantes pela Sociedade ocidental, dentre eles destacando-se, para os fins deste estudo, a dimensão jurídica moderna.

Nesse viés, apesar de não haver um consenso quanto ao marco que inauguraria a Modernidade enquanto um período histórico, os anseios de liberdade e a crença na razão já haviam sido plantados no ideário do medieval tardio, paulatinamente resultando na superação da fé religiosa por um processo de racionalização que buscava explicações lógicas para o desconhecido mundo em que se habitava e no qual a humanidade se sentia refém de caprichos e dogmas jusnaturalistas e/ou divinos (BITTAR, 2009). A partir do século XI, a Europa Ocidental passou a ingressar num paradigma predominantemente sapiencial, tendo o conhecimento científico se manifestado numa dimensão cada vez mais

³⁷ Poeta nicaraguense e um dos maiores expoentes latino-americanos do modernismo literário.

ampla, tanto em quantidade como em qualidade, de modo que a ciência passou a ocupar um lugar central na Sociedade (GROSSI, 2014).

A centralidade protagonizada pela ciência ao final do período medieval possui múltiplas justificativas, dentre elas, o reconhecimento da ciência como um caminho para a verdade, como um elo entre a dimensão física e metafísica capaz de alcançar o infinito e a perfeição. Mais do que isso, a ciência mostrou-se ao ideário medieval não apenas como uma garantia de verdade, mas de ordem, conceito este que; conforme observado no capítulo anterior; ocupava um lugar central em toda a cultura medieval, sendo indispensável à formulação de uma doutrina e de uma estrutura política unitária. Ao separar aquilo que era considerado autêntico daquilo que era espúrio, a ordenação promovida pela ciência consistiu numa tarefa de harmonização e superação das antinomias presentes no ideário eclesiástico que jamais se resolveria no plano da autoridade. Concomitantemente, a ciência se caracterizaria cada vez mais por sua sociabilidade, tendo a autoridade do texto cedido espaço à autoridade dos homens da ciência (GROSSI, 2014).

Não apenas o despertar de uma nova perspectiva racionalista, mas a descoberta de novas terras além do Atlântico e o contato com novas culturas – o que resultaria na introdução do pensamento filosófico pagão à ideologia cristã –, assim como o retorno das matrizes gregas de inspiração nas artes e na ciência, a criação das primeiras universidades, e a ascensão de uma nova classe social que se afirmaria como burguesia mercantil, também contribuiriam para que, mais tarde, pelos idos do século XVII, florescesse uma nova dimensão social e econômica na Europa, a qual daria forma ao espírito da Modernidade (BITTAR, 2009). Nesse sentido, Anthony Giddens (1991, p. 11) afirma que “modernidade refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”.

Jacques Le Goff (1990) destaca que a racionalização da produção seria o signo da Modernidade, o que não se resume apenas a perspectiva econômica, mas também se estende à produção de outros tipos de riquezas e saberes, como o direito, cuja tradição moderna se dedicaria a racionalizar e simplificar suas fontes de normatividade. Jacques Le Goff (2015, p. 123-124) aponta mais precisamente que o advento da Modernidade se situa em meados do século XVIII, correspondendo aos diversos progressos nos campos científico, tecnológico, econômico, filosófico, religioso e político:

Quanto a mim, estimo que a mudança de período, ao final da longa Idade Média, se situa em meados do século XVIII. Ele corresponde aos progressos da economia rural, apontados e teorizados pelos fisiocratas; à invenção da máquina a vapor, imaginada pelo francês Denis Papin em 1687 e realizada pelo inglês James Watt em 1769; ao nascimento da indústria moderna que, da Inglaterra, vai se disseminar por todo o continente. No campo filosófico e religioso, a longa Idade Média se encerra com a obra que introduziu o pensamento racional e laico, a ciência e tecnologia modernas: a *Enciclopédia*, da qual Voltaire e Diderot são os mais brilhantes participantes. Por fim, o término do século XVIII corresponde, no plano político, ao movimento anti-monarquista decisivo da Revolução Francesa [...] Se adicionarmos o renovado fosso entre ricos e pobres, sinal da evolução econômica e financeira, o interesse pela leitura, teatro, jogos, prazeres e o sucesso individual, podemos afirmar que foi em meados do século XVIII que o Ocidente entrou em um novo período.

Dentre tais progressos indicados pelo autor supracitado, a Enciclopédia destaca-se por sistematizar e difundir por toda a Europa do século XVIII, numa breve e completa síntese, os resultados da ciência e da crítica racionalista impulsionada pelos iluministas (ABBAGNANO, 2015). Jean Marie Goulemot (2009) afirma que o traço característico do período moderno seria sua inovação pedagógica, o que pode ser evidenciado através das cartas, dicionários, contos filosóficos, e outras produções, que, a exemplo da enciclopédia, conduziram o homem do Iluminismo à busca de conceitos e ideias legítimas. Era chegada a hora da luz da verdade proveniente da razão substituir definitivamente a ficção proveniente da autoridade e dos dogmas religiosos, de modo que os iluministas se viram tentados a substituir os sacerdotes.

Poderíamos reduzir o Iluminismo a sua invenção pedagógica. No sentido em que, para atingir seu público, o discurso iluminista inventa formas novas: cartas, dicionários, contos filosóficos. Talvez seja este o traço predominante da época. Essa invenção narrativa e enunciativa é

acompanhada de uma busca da legitimidade. O homem do Iluminismo não para de se questionar sobre seu direito à palavra e suas relações com a verdade. Sabemos que ele não escapou à tentação de substituir o padre (GOULEMOT, 2009, p. 387).

Sobre o Iluminismo, é possível afirmar que, do ponto de vista epistemológico, o projeto da Modernidade entrou em foco no século XVIII através da atividade intelectual dos iluministas em desenvolver uma ciência objetiva e uma moralidade e lei universais que romperiam com o *status quo*, tendo estes utilizado do conhecimento produzido e acumulado até então através pelo esforço de pessoas dedicadas à emancipação humana. Estas mesmas pessoas encontraram no conhecimento científico um meio de se libertarem da escassez de recursos e das necessidades humanas, bem como de se defenderem em relação à arbitrariedade das calamidades naturais destino (HARVEY, 2012).

O Iluminismo foi resultado das lutas religiosas dos séculos XVI e XVII e que culminaram no reconhecimento de um princípio de tolerância e na difusão do conhecimento científico. O termo *lume* foi utilizado por Aristóteles para designar a ação do intelecto sobre a alma humana, num sentido análogo ao que ocorre quando a luz revela as cores onde antes só havia escuridão. Na Idade Média, Santo Agostinho utilizou fez menção à “luz da verdade” para se referir a ação divina ao iluminar a alma e lhe direcionar à salvação. O Iluminismo, por sua vez, utilizou o termo para se referir à luz da razão que revelou o mundo natural e rompeu com os misticismos de outrora, dando forma àquele que seria considerado o “século das luzes” (GUILHARDI JR., 2010).

Não obstante possa se falar em diversos iluminismos, e, conseqüentemente, numa variação no alcance e sentido de suas premissas ao longo dos séculos XIX e XX, esta pesquisa se atém ao movimento iluminista francês do século XVIII, uma vez que este contempla os fundamentos daquele que se consolidaria como paradigma moderno.

Assim como a Reforma Protestante lançou a ideia de que cada qual deveria julgar por si, no campo científico, o Iluminismo propôs aos homens que estes observassem o mundo natural com seus próprios olhos, em vez de confiarem cegamente em doutrinas estabelecidas há muito tempo. Como o próprio termo indica, tratou-se de um movimento de revalorização da atividade intelectual que se empenhou em difundir a luz onde antes supostamente prevaleciam as trevas (RUSSEL, 2015b). O domínio científico da natureza possibilitaria o desenvolvimento de formas racionais de organização do pensamento e da Sociedade capazes

de superar o uso arbitrário do poder, bem como as irracionalidades provenientes do mito, da religião, e da superstição (HARVEY, 2012). E, em que pese o sobrenatural e o artificial terem sido rearranjados conforme o gosto dos iluministas, de modo geral, os procedimentos que não se adequassem a uma ordem lógica ou causal, ou que encontrassem justificativa na tradição, foram postos de lado, como ilegítimos ou dependentes de uma reavaliação acerca de sua validade (GHIRALDELLI JR., 2010).

Ao romper com os dogmas de outrora e promover a reflexão científica, o projeto de Modernidade encabeçado pelo Iluminismo revelaria leis universais, eternas e imutáveis a respeito da natureza humana e do mundo ao seu redor, dotadas de certeza e de previsibilidade, capazes de tornar o ser humano senhor do mundo e do seu destino (HARVEY, 2012). Porém, o pensamento iluminista compreende três aspectos diferentes e interligados que remetem a sua possibilidade de autocrítica e destinação social, como bem destaca Nicola Abbagnano (2015): a) a extensão da crítica a qualquer crença e conhecimento, sem exceção; b) a adoção de uma atitude empírica, que contemple instrumentos para a atualização e autocorreção do conhecimento; c) o uso do conhecimento científico em prol da melhoria da vida social e pessoal do ser humano.

Não obstante tais premissas, como se verá na próxima seção desta pesquisa, a crítica iluminista não se limitaria ao campo das ciências naturais, tendo se consolidado numa importante ferramenta de articulação política que contribuiu decisivamente para a secularização do poder e estruturação do Estado moderno. Ademais, em que pese a propagando iluminista denunciar os abusos e malefícios de governos supostamente despóticos, o contexto pós-revolucionário revelaria que as premissas iluministas, no que diz respeito ao âmbito socioeconômico, foram arquitetadas a fim de favorecer uma parcela específica da Sociedade em vez de sua completude, qual seja, a burguesia emergente e os interesses protocapitalistas.

No entanto, apesar do Iluminismo francês do século XVIII ter se consagrado como o principal movimento responsável pela difusão do pensamento moderno, Hannah Arendt (2017) identifica três eventos que ocorreram no limiar do período moderno, durante o Renascimento, e que serviram de base para o Iluminismo e para a Modernidade enquanto paradigma: a descoberta da América, e, concomitantemente, a exploração de toda a Terra pelo ser humano; a Reforma Protestante, que resultou num processo de expropriação de propriedades e acúmulo de riquezas; e a invenção do telescópio, que possibilitou o desenvolvimento de uma nova

ciência a qual se opôs à concepção geocêntrica do universo. Bertrand Russell (2015b) vai além, e destaca que quase tudo que distingue o paradigma moderno dos períodos anteriores já podia ser observado como fruto das principais conquistas do século XVII, motivo pelo qual o autor supracitado entende que o mundo moderno tem início neste mesmo século, pois nele já se encontravam os novos conceitos introduzidos pela ciência que influenciaram agudamente a filosofia moderna e o século das luzes.

O mundo moderno, ao menos no que diz respeito à perspectiva intelectual, tem início no século XVII. Nenhum italiano do Renascimento seria ininteligível a Platão ou Aristóteles; Lutero deixaria Tomás de Aquino horrorizado, mas não lhe seria difícil compreendê-lo. Com o século XVII é diferente: nem Platão, nem Aristóteles, nem Tomás, nem Ockham compreenderiam uma só linha de Newton (RUSSELL, 2015b, p. 53).

Dentre os protagonistas dessa revolução científica que influenciou o paradigma moderno, destacam-se quatro nomes: Copérnico, Kepler, Galileu e Newton. Bertrand Russell (2015b) aponta que estes grandes teóricos, responsáveis por fundar a ciência moderna, possuíam dois méritos a serem destacados. O primeiro consiste em sua enorme paciência em observar o mundo natural. O segundo, importa na grande audácia e articulação das hipóteses por eles levantadas, as quais eram experimentais, ou seja, baseavam-se em evidências e frequentemente contrapunham-se à visão dogmática tradicional, fundamentada na autoridade e na intuição.

Tamanha foi a audácia destes homens da ciência, que as leis naturais por eles reveladas exigiram um esforço de desligamento para com o paradigma vigente à época, que os homens modernos jamais seriam capazes de imaginar, o que resultou numa completa transformação da visão do mundo. Dentre tais transformações, pode se destacar a eliminação de quase todas as teorias animistas³⁸ e a própria compreensão da posição do homem no universo, que, de protagonista e fim último da criação, passou a um mero ponto insignificante diante a imensidão do

³⁸ Animismo é uma forma de religião baseada na crença de que espíritos habitam seres vivos e objetos sem vida, tais como árvores, rochas, nuvens, ventos ou animais (JOHNSON, 1997a, p. 17).

cosmos. Porém, em vez de tais descobertas converterem em humildade o orgulho do homem, os triunfos da Modernidade revigoraram esse orgulho, uma vez que se mostrou impossível permanecer humilde perante triunfos tão grandiosos (RUSSELL, 2015b). Como Bertrand Russell (2015b, p. 67) bem afirma, “era de se esperar que os homens do século XVII se sentissem pessoas magníficas, e não os pecadores miseráveis que ainda diziam ser aos domingos”.

No que diz respeito à filosofia moderna, René Descartes publicou em 1637 aquele que seria um dos maiores alicerces do paradigma moderno em sua dimensão epistemológica, qual seja, o “Discurso do Método”. Fruto do ócio proveniente do isolamento em um quarto com lareira, durante o inverno de um Alemanha em guerra, Descartes se propôs a elaborar uma obra voltada para o presente, em prejuízo das contribuições do passado. Crítico dos pensadores pagãos, afirmava que estes valorizavam conceitos abstratos, como o de virtude, mas não se aprofundavam o suficiente para conhecê-los em seu cerne. Também criticava a diversidade de opiniões que os costumes e o pensamento filosófico produziam sobre um mesmo assunto, considerando que tudo aquilo que é apenas provável, deve ser tido como falso, pois não existem diversas verdades possíveis sobre um mesmo objeto de estudo, senão uma única verdade a respeito de um mesmo tema. Dessa forma, os conteúdos avolumados por opiniões divergentes e provenientes de diferentes autores não estariam mais próximos da verdade, para Descartes, do que o raciocínio mais simples que um homem bem arrazoado pode desenvolver a respeito das coisas que se apresentam à sua frente (DESCARTES, 2006).

Bertrand Russell (2015b) aponta que René Descartes foi o primeiro filósofo a ter sua visão de mundo profundamente afetada pela ciência moderna, não se tratando de alguém que escrevia como um acadêmico, mas como um explorador que ansiava compartilhar suas descobertas. No entanto, foi devidamente cauteloso ao ponto de evitar a censura e perseguição pela Igreja, pelo contrário, desejou convencer esta a ser mais tolerante para com a ciência moderna, o que pode ser observado em sua cosmogonia³⁹, que não negava o Gênesis bíblico, mas afirmava que o mundo poderia ter crescido naturalmente a partir deste (RUSSELL, 2015b).

Quanto ao seu método, Descartes propõe uma disjunção entre o sujeito e o objeto de estudo através de um processo de racionalização que

³⁹ Mito ou doutrina referente à origem do mundo (ABBAGNANO, 2015a, p. 251).

busca o escalonamento e a simplificação dos saberes e experiências, partindo do nível mais simples para o mais complexo, sendo operado por quatro preceitos básicos, como bem descreve o autor:

O primeiro era o de nunca aceitar alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal, ou seja, de evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção e de nada mais incluir em meus juízos que não se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse motivo algum de duvidar dele.

O segundo, o de dividir cada uma das dificuldades que eu analisasse em tantas parcelas quantas fossem possíveis e necessárias, a fim de melhor resolvê-las.

O terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para elevar-me, pouco a pouco, como que por degraus, até o conhecimento dos mais compostos e presumindo até mesmo uma ordem entre aqueles que não se precedem naturalmente uns aos outros.

E o último, o de elaborar em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de nada omitir (DESCARTES, 2006, p. 21).

René Descartes acreditava que o mesmo método empregado com sucesso na matemática poderia ser aplicado também aos demais saberes, de modo que os investigadores destas outras áreas também pudessem alcançar o mesmo nível de certeza observado no campo da geometria e da aritmética. Dessa forma, seu discurso buscou propor preceitos que serviriam de norte aos pesquisadores, a fim de que estes pudessem fazer bom uso de suas faculdades mentais e alcançassem a verdade por trás de seus objetos de investigação científica (RUSSELL, 2017).

Sem abandonar suas convicções religiosas, René Descartes (2006) se dedicou a elaboração de um método racional que buscava superar as incertezas e a relatividade dos filósofos de outrora, dedicando-se a demonstrações que fossem capazes de proporcionar resultados dotados de tamanha certeza que pudessem ser considerados como verdadeiros. A simplicidade e certeza provenientes de saberes como a álgebra e a

aritmética são mencionados em diversos trechos de seu discurso, tendo estes saberes servido de modelo para que o autor estendesse seu método às outras ciências. Nesse sentido, Descartes (2006, p. 21; 28) afirma que “todas as coisas com possibilidade de serem conhecidas pelo homem seguem-se umas às outras”, da mais simples a mais complexa, de modo que cada verdade encontrada constituir-se-ia em uma regra para encontrar novas verdades, inclusive no que diz respeito àquelas ciências dotadas de certa relatividade, outrora ignoradas pelo autor por não serem consideradas “suficientemente firmes”.

E, como cada coisa comportaria apenas uma verdade, aquele que a encontrasse conheceria a seu respeito tudo o que o que se poderia conhecer, razão pela qual seu método seria dotado de um senso de completude que aponta para uma lógica determinista⁴⁰, tendo Descartes (2006) afirmado que as leis naturais criadas por Deus teriam um caráter universalista, sendo observadas em tudo o que existe ou se faz no mundo. Nesse sentido, ao buscar identificar as leis naturais universais que regem o mundo, Descartes propôs um duplo movimento que seria crucial para a consolidação do paradigma moderno: por um lado a desmitificação da realidade e o questionamento e quebra de dogmas; por outro lado domínio e a apropriação da natureza pelo homem.

[...] atrevo-me a dizer que não somente encontrei meio de me satisfazer em pouco tempo no tocante a todas as principais dificuldades que costumam ser tratadas na filosofia, mas também que percebi certas leis que Deus estabeleceu de tal modo na natureza e das quais imprimiu tais noções em nossas almas que, após refletir bastante sobre elas, não poderíamos duvidar que não fossem exatamente observadas em tudo o que existe ou se faz no mundo (DESCARTES, 2006, p. 36).

Logo que adquiri, porém, algumas noções gerais referentes à física e que, começando a comprová-las em várias dificuldades particulares, percebi até onde podem conduzir e quanto diferem dos

⁴⁰ O determinismo compreende dois significados: 1.º ação condicionante ou necessitante de uma causa ou de um grupo de causas; 2.º a doutrina que reconhece a universalidade do princípio causal e portanto admite também a determinação necessária das ações humanas a partir de seus motivos (ABBAGNANO, 2015b, p. 287).

princípios que foram utilizados até o presente, julguei que não podia mantê-las ocultas sem pecar gravemente contra a lei que nos obriga a procurar, no que depende de nós, o bem geral de todos os homens. Elas me mostraram que é possível chegar a conhecimentos que são muito úteis à vida e que, em lugar dessa filosofia especulativa, que se ensina nas escolas, pode-se encontrar outra prática pela qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar, dos astros, dos céus e de todos os outros corpos que nos cercam, tão claramente como conhecemos os diferentes ofícios de nossos artesãos, poderíamos empregá-los da mesma forma em todos os usos para os quais são próprios e assim nos tornar como que senhores e possuidores da natureza (DESCARTES, 2006, p. 50).

Hannah Arendt (2017, p. 341) afirma que “a característica proeminente da dúvida cartesiana é a sua universalidade”. A universalidade da dúvida cartesiana se estende não apenas ao domínio da razão, como também ao domínio da fé, pois a dúvida consiste na perda da auto evidência, o que até então fundamentava o discurso pré-moderno, centrado na figura da autoridade e naquilo que era evidente por si mesmo. No entanto, o que se perdeu na era moderna não foi a capacidade de ter fé, mas a certeza que antes era natural a esta, o que influenciaria todo o desenvolvimento da moralidade moderna, que seria inspirada nas necessidades e ideais dos cientistas, resultando na identificação de novas virtudes cardeais: o sucesso, o zelo, e a veracidade (ARENDDT, 2017, p. 344).

Não obstante seu método tenha influenciado o processo de racionalismo e simplificação que caracterizariam o paradigma moderno, bem como para a definição de um novo padrão de moralidade, o *cogito* cartesiano também contribuiria para o desenvolvimento de uma filosofia individualista moderna. Ao pensar que tudo aquilo sob o qual paira dúvida deve ser considerado com o falso, René Descartes (2006, p. 31) chegou à conclusão de que sua existência poderia ser considerada uma verdade, pois, para pensar, é preciso existir. Logo, chegou àquela que seria sua primeira verdade e o princípio de sua filosofia: “penso, logo existo”⁴¹. Porém, reconhecia em si um ser que não era perfeito, pois, se o conhecer é perfeição maior do que o duvidar, e lhe restavam muitas dúvidas, sua

⁴¹ *Cogito, ergo sum.*

existência não era perfeita, motivo pelo qual utilizou de seu *cogito* para também justificar a existência de Deus, o qual seria um Ser perfeito que teria dado origem a seres menos perfeitos e o qual nenhuma demonstração de geometria seria capaz de alcançar o mesmo status de perfeição (DESCARTES, 2006).

Em que pese possuir um ceticismo em relação aos sentidos e decidir duvidar de tudo o que pode ser objeto de dúvida, em nenhum momento Descartes provou que os pensamentos precisam de um pensador, ao menos não através de evidências, tendo seu *cogito* se justificado apenas em sentido gramatical. Porém, sua decisão em tomar os pensamentos como as certezas empíricas mais relevantes, e não os objetos externos, exerceu forte influência sobre todo o pensamento filosófico que lhe sucedeu, revelando um determinismo inflexível que se empenhou em converter em leis físicas todo o mundo natural. (RUSSELL, 2015b). Bertrand Russell (2017) afirma que o grande mérito de Descartes foi aliar a perspectiva matemática dos pensadores clássicos com a preocupação com o método já observada em teóricos pós-renascentistas, o que lhe valeu o título de fundador da filosofia moderna e o consagrou como um dos alicerces de todo o paradigma moderno.

Como já mencionado, um dos principais reflexos do *cogito* cartesiano na filosofia moderna, foi o desenvolvimento de uma preocupação exclusiva com a perspectiva individual, o que resultou numa constante tentativa de reduzir todas as experiências mundanas – seja entre pessoas distintas ou entre o homem e o meio em que este habita – a experiências entre o indivíduo e ele mesmo (ARENDDT, 2017).

Não seria diferente com as relações jurídicas, que, num primeiro momento, foram regulamentadas pelo arcabouço jurídico moderno através de direitos e garantias individuais que buscaram assegurar a propriedade e as liberdades do indivíduo. Os direitos individuais, considerados como a primeira dimensão dos direitos fundamentais, partiram da perspectiva do indivíduo a respeito de suas próprias qualidades naturais, ou seja, deste para com sua própria pessoa. A influência do individualismo decorrente da perspectiva cartesiana é tamanha nas relações jurídicas, que os primeiros regramentos atinentes à tutela do meio ambiente surgiram apenas em meados do século XX, embora seja possível afirmar que tais normas decorrem mais de uma preocupação do ser humano no que diz respeito ao liame entre sua dependência para com o equilíbrio natural e o seu interesse em explorar os recursos naturais, do que de um desejo em preservar a ordem natural.

De modo geral, a ciência e a filosofia modernas, aliadas à difusão de informações promovida pela invenção da imprensa – esta última

remonta ao século XV, no ocidente – possibilitaram à humanidade uma visão mais precisa a respeito do mundo, bem como converteram o ser humano em um crítico de suas próprias faculdades, de modo que, com exceção das experiências imediatas, tudo deveria ser desafiado e comprovado, pois, compartilhava-se do sentimento de que já não existia nada que o homem não pudesse conseguir caso seus esforços fossem bem dirigidos e aplicados (RUSSELL, 2017). A ciência e a filosofia modernas transformaram a verdade e a moralidade em realidades objetivas, algo capaz de ser conhecido e compreendido racionalmente e cientificamente, possibilitando ao ser humano um aumento do controle sobre a própria condição humana; antes refém dos mitos e dos dogmas religiosos; e uma maior liberdade individual (JOHNSON, 1997).

E nenhum outro saber alcançaria maior êxito nesta tarefa do que a matemática, a qual passou a ser considerada a principal ciência do período moderno, pois através dela o ser humano foi capaz de apreender símbolos, conceitos e dimensões que antes eram considerados limitações da mente humana e que eram dotados de um atributo de certeza apto à experimentação. Como Hannah Arendt (2017, p. 328) menciona, “A moderna matemática libertou o homem dos grilhões da experiência terrestre e o seu poder de cognição dos grilhões da finitude”. E deste protagonismo da matemática nas ciências naturais, derivam duas consequências de grande repercussão no paradigma moderno: a) a premissa de que conhecer significa quantificar, e, concomitantemente, o que não é quantificável é cientificamente irrelevante; b) a redução da complexidade, uma vez que a mente humana não seria capaz de compreender o mundo em sua totalidade, assim fazendo necessário dividir e classificar para então interpretar as relações sistêmicas entre o que se separou (SANTOS, 2010).

A compreensão numérica da realidade – resgatada diretamente da tradição matemática de Pitágoras – conferiu ao ser humano novos poderes sobre o mundo e exaltou todo saber que pudesse ser convertido numa dimensão formal e numérica, como a arquitetura e a música (RUSSELL, 2017). Porém, embora a racionalidade moderna já pudesse observar seus fundamentos na revolução científica do século XVI – através da revolução científica promovida no campo das ciências naturais –, foi apenas no século XIX que o discurso moderno se estendeu às ciências sociais, buscando firmar um modelo global de racionalidade, de cunho totalitário, que negou todas as formas de conhecimento que não se norteariam por seus princípios epistemológicos e regras metodológicas (SANTOS, 2010). É por esta razão que Alain Touraine (2007, p. 86) opta por uma definição de Modernidade que aos costumes e organizações

sociais e surgiram com o alvorecer do século XVII: “a modernidade define-se pelo fato de dar *fundamentos não sociais* aos fatos sociais, de impor a submissão da Sociedade a princípios ou valores que, em si mesmos, não são sociais”.

Essa pretensão à racionalização das ciências sociais – que compartilhava da premissa de uma matematização dos saberes –, quando aliada ao método, também importaria numa mudança de paradigma para o universo das relações jurídicas, o que atribuiria ao direito moderno um caráter muito mais formal e objetivo em relação àquele observado no período medieval. A tarefa de redução e quantificação promovida pelo ideário moderno encontraria nas grandes codificações promovidas a partir do século XVIII o laboratório perfeito para estender o discurso e o método das ciências naturais ao universo social. Ao identificar, dividir e classificar condutas e direitos, as codificações reduziram a complexidade das relações jurídicas à simplicidade de fórmulas pré-definidas, sistematizadas e integradas através de um grande arcabouço jurídico traduzido em normas dotadas de signos numéricos.

O paradigma jurídico moderno deu preferência a quantificar e ordenar as relações jurídicas do que discutir seu mérito e qualidade. Buscou-se atribuir às leis civis a mesma universalidade, segurança, e certeza já observadas nas leis naturais, uma vez que a normatividade decorrente da tradição e da autoridade – em especial aquela proveniente dos diversos direitos particulares e do direito canônico –, já não encontrava mais fundamento no discurso moderno, pois lhe faltavam os atributos supracitados.

Ademais, as leis da natureza são oriundas do reino da simplicidade e da regularidade, portanto, são passíveis de observação e de medição com rigor e precisão, não levando em consideração a posição e o tempo como condições iniciais relevantes para a análise de seu objeto de estudo. E esta mesma perspectiva seria transposta às leis civis pelo ideário moderno, que em seu intento de simplificar, quantificar e regularizar as condutas sociais, pouco levaria em consideração as qualidades pessoais e condições sociais das partes envolvidas, assentando sua lógica numa relação de causalidade formal que privilegia o *como funcionam* as regras em detrimento de *quem são* os envolvidos e de *qual é a finalidade* do conflito.

Não obstante a nova dimensão epistemológica impulsionada pela Modernidade, a conversão das ciências sociais e do direito a uma perspectiva eminentemente formal, trata-se de uma consequência do determinismo mecanicista que contagiou o pensamento moderno, e que, conforme Boaventura de Sousa Santos (2010) destaca, parte de uma ideia

de ordem e estabilidade do mundo que se pretende utilitária e funcional, mas que é reconhecida menos por sua capacidade de compreender o real do que por sua arte de o dominar e transformar, o que atendida aos interesses da burguesia emergente.

O determinismo mecanicista é o horizonte certo de uma forma de conhecimento que se pretende utilitário e funcional, reconhecido menos pela capacidade de compreender profundamente o real do que pela capacidade de o dominar e transformar. No plano social, é esse também o horizonte cognitivo mais adequado aos interesses da burguesia ascendente que via na sociedade em que começava a dominar o estágio final da evolução da humanidade (o estado positivo de Comte; a sociedade industrial de Spencer; a solidariedade orgânica de Durkheim). Daí que o prestígio de Newton e das leis simples a que reduzia toda a complexidade da ordem cósmica tenham convertido a ciência moderna no modelo de racionalidade hegemônica que a pouco e pouco transbordou do estudo da natureza para o estudo da sociedade. Tal como foi possível descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade (SANTOS, 2010, p. 32).

O discurso promovido pela ciência e pela filosofia moderna convergiu com os interesses econômicos e políticos dos burgueses, uma vez que as premissas iluministas, quando transpostas ao universo das ciências sociais, e, concomitantemente, ao âmbito jurídico, mostrar-se-iam uma poderosa ferramenta para o domínio e transformação das relações sociais. E a efetividade deste novo instrumento de transformação e dominação adveio justamente da legitimidade formal atribuída às normas jurídicas pela racionalidade moderna, a qual era incontestável por se tratar de algo novo, atual, e que tinha como premissa básica romper com os mitos e tradições impostos à Sociedade de forma autoritária, ou seja, irracional perante o novo paradigma que se desenhava.

Resta destacar que o pluralismo jurídico característico do direito medieval, atentava contra a lógica cartesiana, tendo em vista que admitia a convivência de ordenamentos distintos, ou seja, de múltiplas verdades dentro de um mesmo prisma científico. Por sua vez, o método cartesiano, adotado pelo paradigma moderno, exigia o alcance de uma verdade única

e universal em cada campo do saber. E, no âmbito jurídico, essa verdade e autoridade universais seriam identificadas no Estado moderno, cuja soberania e o monopólio da jurisdição marcaram o processo de transição de uma tradição pluralista para um monismo jurídico chancelado pela formalização e sistematização do direito.

Nesse sentido, uma vez tendo se analisado os fundamentos epistemológicos que embasaram o paradigma jurídico moderno, é de suma importância tecer uma análise a respeito dos pressupostos econômicos e políticos que embasaram a filosofia e o direito modernos, dando forma às relações jurídicas da Modernidade. Como se trata de uma tese eminentemente jurídica, a presente pesquisa identificará o início do direito moderno com os marcos jurídicos provenientes do contexto revolucionário francês – tendo em vista seu propósito universalista que coincide com a formação de um novo paradigma jurídico –, embora compartilhe do entendimento de que o viés epistemológico da Modernidade já possa ser vislumbrado no século XVII através das contribuições da assim denominada ciência moderna.

4.2 O ADVENTO DO ESTADO MODERNO

A transição do paradigma jurídico medieval para o moderno seria caracterizada por um elo cada vez mais forte entre o direito e o poder político consolidado, levando o primeiro a tomar a forma de um comando dirigido autoritariamente de cima para baixo, culminando num sistema legislativo monista o qual observa na lei a única fonte de juridicidade. A estrutura estatal e as relações jurídicas por ela subvencionadas se desenvolveram ao custo de todo o pluralismo e atividade jurídica sapiencial desenvolvidos ao longo da Idade Média, resultando na perda de seu caráter ôntico e complexidade. Estas foram substituídos pelo conforto de uma visão simplista, repleta de abstrações, e a qual encontrou seu ideal máximo na figura da lei, cujo significado moderno não deve se confundir com o *lex* – conforme empregado pelo Direito Romano –, mas sim com o de *loy*, “volição autoritária do detentor da nova soberania e caracterizada pelos atributos da generalidade e da rigidez” (GROSSI, 2007, p. 38).

Como se verá nesta seção do estudo, ao aliar direito e política, a Modernidade cunhou uma hábil estratégia para se consolidar enquanto paradigma hegemônico, mesmo que o tenha feito de maneira artificiosa, como bem destaca Paolo Grossi (2007, p. 15):

O direito moderno está intimamente vinculado ao poder político como comando de um superior a um inferior – de cima para baixo –, visão imperativista que o identifica em uma norma, ou seja, em uma regra respeitável e autoritária; essa visão, consolidada mesmo recentemente pelo furor da influência kelseniana, tem um custo que, na nossa opinião, é altíssimo: a perda da dimensão sapiencial do direito. Isso porque uma visão desse tipo somente pode se concretizar em um sistema legislativo que tenha apenas uma fonte plenamente expressiva da juridicidade, ou seja, a lei. Uma lei – essa dos modernos – que se concretiza mais em um ato de vontade do que em um ato de conhecimento. Pode também ocasionalmente ser redigida por sábios e ter um grande conteúdo sapiencial, mas tem a sua força não no conteúdo, e sim no fato de provir do órgão máximo de poder político. Ainda que, depois, venha artificialmente se identificar na assembleia legislativa, o representante único da vontade popular, e na lei, a expressão única da vontade geral, trata-se somente de presunções absolutas e de verdades axiomáticas cunhadas por uma hábil estratégia de política do direito.

Longe de fazer uma apologia filo-medievalista às relações jurídicas, há de se honrar o compromisso historiográfico em compreender a virada paradigmática que marcou a transição da Idade Média para a Modernidade e seus reflexos no âmbito jurídico-político. Sob esta perspectiva, há de se ressaltar que o século XVIII consolidaria as bases jurídico-políticas do paradigma moderno, sobretudo a partir da Revolução Francesa, que projetou reflexos no mundo inteiro, fazendo com que a história europeia se projetasse com intentos de uma história mundial. Propagou-se um ideário dedicado à razão e que tinha como lócus de enunciação uma humanidade supostamente pacificada e unificada no centro europeu, tendo como protagonista uma sociedade burguesa que reclamava para si o mundo moderno e negava o antigo. E, como se verá, a primeira vítima da Revolução Francesa foi o Estado Absolutista, de modo que o Iluminismo só adquiriu um sentido político quando se firmou como uma resposta à política absolutista, cuja derrocada deu margem ao advento do Estado Moderno (KOSELLECK, 1999).

Destaca-se que, na medida em que a história da monarquia francesa dos séculos XI a XVIII coincide com a história do processo de tomada de

consciência do Príncipe a respeito da importância do direito – e do monopólio da jurisdição e legislatura – para a definição de um projeto estatal, os períodos pré-revolucionário e revolucionário da França mostraram-se um laboratório ideal para a compreensão do processo de transição de uma etapa protomoderna para a Modernidade (GROSSI, 2007). Sem desconsiderar a importância das revoluções inglesa e americana para a formação do paradigma jurídico-político moderno, a presente pesquisa se concentrará em analisar o advento do Estado moderno a partir do contexto e das teorias que influenciariam o movimento revolucionário francês, uma vez que seu caráter universalista contribuiria decisivamente para a projeção das premissas que embasariam as relações jurídicas modernas.

Num primeiro momento, convém destacar que a transição para o sistema absolutista de governo, entre os séculos XVII e XVIII, resultou na organização de um número relativamente pequeno de Estados independentes e que afirmavam sua soberania perante os demais. A fim de assegurar seu poder perante a ordem interna e externa, os monarcas absolutistas buscaram reforçar sua ordem política interna, estruturando um governo unitário, contínuo, previsível e eficaz. Do ponto de vista dos diferentes estados que compunham a Sociedade da época, os interesses econômicos que os levaram a colaborar com a formação de um governo temporal unitário e soberano, coincidiram, inicialmente, com a segurança propiciada pela imposição da lei e a manutenção da ordem promovida pela autoridade soberana, fatores essenciais para o progresso de suas atividades mercantis. Soma-se a isso o auxílio do monarca na proteção e ampliação dos interesses dos grupos urbanos mais ricos, sobretudo através de expansão para mercados externos, da exploração ultramarina, e da prevenção quanto à concorrência estrangeira. Ademais, a concessão de direitos exclusivos e hereditários a um indivíduo ou família, gerou uma verdadeira competição por títulos de nobreza dentro da burguesia, o que fez da vida na corte uma atividade que podia levar a ganhos econômicos (POGGI, 1981).

A corte por si só era um mundo distinto, imenso e artificialmente construído para enaltecer a autoridade do monarca e ressaltar sua soberania, reforçando os vínculos de dependência da nobreza para com o monarca e enfatizando o status distinto destes últimos para com os demais estados, visto tratar-se de um mundo visível de privilégios. No universo da corte real, restavam aos burgueses e à pequena nobreza os postos inferiores, o que por vezes gerava uma situação de animosidade para com aqueles que possuíam prerrogativas jurisdicionais tradicionais decorrentes de sua linhagem. Já no que diz respeito às pessoas oriundas

das camadas mais vastas da Sociedade, houve um afastamento do Estado, o qual havia se instalado num nível mais elevado e se dirigia a estas como súditos, contribuintes e recrutas em potencial, não os considerando aptos a tomar parte nas atividades estatais, considerando as massas um mero objeto de governo a ser mantido ocupado, pacificado e avesso às questões políticas (POGGI, 1981).

Se do ponto de vista social o Estado absolutista se empenhava em preservar a divisão estamental, no plano político este procurava extinguir ou neutralizar todas as instituições autônomas, inclusive o sistema econômico mercantilista, que estava sob controle do monarca. Por sua vez, as questões religiosas passaram a ser tratadas conforme sua utilidade ou conveniência para o Estado, promovendo-se uma separação entre moral e política que criou um espaço livre de prescrições morais, onde a política pôde se desenvolver de forma independente da moral (KOSELLECK, 1999).

Buscando contribuir para o fortalecimento da dimensão política do Estado, Thomas Hobbes (2013) advogava pela limitação do direito divino àquilo que fosse declarado enquanto tal pelo Estado, entendendo não competir à moral privada de cada indivíduo interpretar os mandamentos divinos, mas somente obedecer aos preceitos assim estabelecidos pelo soberano, desde que respeitadas as leis naturais – a equidade, a justiça, e outras virtudes morais que tornam os homens predispostos à paz e obediência, e que devem ser identificadas na lei civil.

Se os homens tivessem a liberdade de considerar como mandamentos de Deus seus próprios sonhos e fantasias, ou os sonhos e fantasias de determinados indivíduos, dificilmente dois homens concordariam sobre o que seria mandamento de Deus; ainda a esse respeito, cada homem desobedeceria aos mandamentos do Estado. Em conclusão, todos os súditos são obrigados obedecer como lei divina a que for declarada como tal pelas leis do Estado e que não contrariar a lei moral (ou seja, a lei natural). Isso é evidente para a razão de qualquer homem, pois tudo que não for contrário à lei natural pode tornar-se lei em nome dos detentores do poder soberano, não havendo razão para que seja menos obrigatório obedecer a essa lei quando é proposta em nome de Deus. Além do mais, não há nenhum lugar no mundo onde seja permitido que os homens reconheçam como

mandamento de Deus o que não for declarado pelo Estado (HOBBS, 2013, p. 230).

Thomas Hobbes (2013) reconhecia na autoridade soberana tanto o papel de liderança cível como o de liderança religiosa, facultando ao monarca a possibilidade de delegar o papel de pontífice a um terceiro, o qual estaria subordinado à autoridade secular, podendo ser dispensado de suas funções sempre o que soberano considerasse necessário. Sob tal enfoque, Thomas Hobbes não só reconhece a necessidade de adequação da lei divina ao direito secular, como também, do ponto de vista das instituições, submete a Igreja ao Estado civil.

Fica evidente, em razão dessa consolidação do direito político e eclesiástico dos soberanos cristãos, que eles têm sobre seus súditos toda espécie de poder que possa ser conferido a um homem, para o governo de seus atos, seja em política como em religião; eles podem fazer as leis que julgarem melhores para o governo de seus súditos, na medida em que são o Estado e também a Igreja, pois o Estado e a Igreja são constituídos pelos mesmos homens.

Assim, se o entenderem, podem entregar ao papa (como hoje fazem muitos reis cristãos) o governo de seus súditos em matéria de religião. Nesse caso, o papa lhes fica subordinado, exercendo esse cargo em *dominion jure civili* de outrem, pelo direito do soberano civil, e não *jure divino*, pelo direito de Deus. O papa, portanto, pode vir a ser demitido dessas funções, sempre que o soberano considerar isso necessário para o bem de seus súditos (HOBBS, 2013, p. 433-434).

Em seu livro dedicado ao estudo da obra de Thomas Hobbes, Norberto Bobbio (1991) afirma que, ao observar fora do Estado a existência de um poder tão grande quanto este – e que considera que a obediência às suas próprias leis deve preceder a obediência às leis civis –, o teórico inglês identificou na Igreja a mais grave de todas as causas da desagregação do Estado, razão pela qual dedicou boa parte de sua obra a refutar a opinião segundo a qual o poder soberano poderia ser dividido. E, para solucionar esta contenda, Thomas Hobbes se valeu da exegese dos textos bíblicos, numa interpretação antidogmática do cristianismo, que

tinha como fundamento a crença de que o reino de Deus não pertence a este mundo e que Jesus – cuja fé em sua divindade é a premissa básica do cristianismo – não veio ao mundo para comandar, mas somente para pregar sua palavra, deixando o governo das coisas terrenas para a autoridade civil, que estaria munida do poder de, em seu nome, promulgar leis às quais se deve obediência (BOBBIO, 1991).

Ao demonstrar a inexistência de uma autoridade sacerdotal diferente da autoridade civil, Thomas Hobbes reafirmou sua teoria de que o poder soberano deve ser uno e incumbiu exclusivamente ao Estado o poder de decidir sobre as questões espirituais. Assim o fazendo, Thomas Hobbes reduziu as leis naturais ao mandamento de obediência ao Estado, sendo que a definição do que pertence à ordem espiritual e do que pertence à ordem temporal algo proveniente da racionalidade atinente ao próprio direito temporal (BOBBIO, 1991). Igreja e Estado seriam a mesma coisa, mas o liame entre os mandamentos cívicos e espirituais seria definido pela racionalidade proveniente da autoridade temporal, o que permite afirmar que a visão de Thomas Hobbes contribuiu para a associação entre o primado da razão e a dimensão político-temporal, elevando estas perante a dimensão moral-espiritual, e condicionando a última à racionalidade irrefutável da primeira.

Mais do que se dedicar a submeter a esfera moral-religiosa ao domínio da dimensão político-temporal, Thomas Hobbes foi um dos primeiros teóricos a propor e sistematizar com rigor uma teoria do Estado moderna, conceituando este como um grande Leviatã, onipotente e onipresente na ordem civil, um homem artificial criado por um primado de racionalidade que demanda que todos abdicuem de sua liberdade natural para se submeterem a uma autoridade soberana capaz de lhes assegurar a liberdade civil, dotada de um status de pacificação que jamais seria alcançado no estado de natureza:

A natureza (a arte com a qual Deus fez e governa o mundo) é imitada de tal maneira, como em muitas outras coisas, pela arte do homem, que esta pode até mesmo criar um animal artificial. E, sendo a vida um movimento de membros cujo início se verifica em alguma parte dos mesmos, por que não poderíamos dizer que todos os autômatos (artefatos que movem por si mesmos por meio de molas e rodas, como faz um relógio) tem uma vida artificial? O que é, na realidade, um coração, senão uma mola; e os nervos, senão diversas fibras; e as articulações, senão várias rodas que dão

movimento ao corpo inteiro, da maneira como o Artífice o propôs? A arte vai mais além, imitando essa obra **racional** que é a mais excelsa da natureza: o homem. Na realidade, graças à arte criamos essa grande Leviatã a que chamamos de República ou Estado (em latim, *Civitas*), que nada mais é que um homem artificial, bem mais alto e robusto que o natural, e que foi instituído para sua proteção e defesa; nele, a soberania é uma alma artificial que dá vida e movimento a todo o corpo; os magistrados e outros oficiais de justiça e execução são ligamentos artificiais; a recompensa e o castigo (mediante os quais cada ligamento e cada membro vinculado à sede da soberania é induzido a executar seu dever) são os nervos, que fazem o mesmo no corpo natural; a riqueza e a abundância de todos os membros particulares constituem sua potência; a *salus populi* (a segurança do povo) é seu objetivo; os conselheiros, que informam sobre tudo o que é preciso conhecer, são a memória; a equidade e as leis, uma razão e uma vontade artificiais; a concórdia é a saúde; a sedição, a enfermidade; a guerra civil, a morte. Por fim, os pactos e os convênios, mediante os quais as partes desse corpo político se criam, combinam e se unem entre si, assemelham-se àquele *fiat* ou “Façamos o homem” pronunciado por Deus quando da criação (HOBBS, 2013, p. 15-16). **Grifo nosso.**

Thomas Hobbes discorre que mesmo que os homens se reunissem em grande número para fins de defesa mútua e que todos compartilhassem de um consenso no que diz respeito ao objetivo comum de suas ações, ainda assim essa união por si só seria insuficiente. A diversidade de juízos e paixões distribuídos entre esses vários homens tornaria impossível esse consenso caso não se erija algum poder comum que lhes imponha o medo e os coaja a manter a paz entre si. Esse poder se constituiria através de um pacto em que cada homem se obrigue com uma autoridade soberana capaz de usar de todos os meios e forças para neles inspirar o terror, com vistas a ajustar a vontade de todos e possibilitar a concórdia entre estes (HOBBS, 2010). Essa união é o que Thomas Hobbes identifica como corpo político ou Sociedade civil, que, em suas palavras, “pode ser definida como uma multidão de homens reunida em uma só pessoa por

meio de um poder comum, para a sua paz, defesa e benefícios comuns” (HOBBS, 2010, p. 100). E o motivo pelo qual os homens abdicam de sua liberdade para tornarem-se súditos do soberano desta Sociedade civil não seria outro senão o medo de não poderem preservar suas vidas e liberdades de outro modo (HOBBS, 2010).

Como João dos Passos Martins Neto (2006, p. 29) bem assevera, Thomas Hobbes assumiu uma “posição de recusa à filosofia aristotélica, entre outras, em que a retórica predomina sobre a lógica, o discurso de persuasão sobre o de demonstração, o que lhe parecia incompatível com os desígnios da ciência”⁴². Crítico dos teóricos republicanos e democratas – que tinham como inspiração autores greco-romanos e defendiam a crença segundo a qual somente é livre aquele que vive independentemente de um poder arbitrário, razão pela qual se opunham às monarquias –, Thomas Hobbes nega o fato de que viver na dependência da vontade de outrem importaria em uma limitação à liberdade (SKINNER, 2010). O clássico autor inglês afirma que a liberdade não consiste em independência, mas na ausência de impedimentos externos, o que seria possível até mesmo nas monarquias mais absolutas ou nos sistemas jurídicos mais severos, afirmando que o problema não está em compreender a racionalidade da obediência, mas nos interesses dos que não querem ter seu poder limitado por outrem (SKINNER, 2010).

Sob a perspectiva do teórico inglês, mesmo as ações motivadas pelo medo das consequências da desobediência não violam a liberdade do indivíduo, pois ele também tem a liberdade de não as realizar, de modo que o medo e a liberdade seriam conceitos compatíveis. A liberdade seria violada somente quando, por impedimentos externos, alguém é impossibilitado de realizar uma ação que estaria dentro do seu alcance e poder de realização. O homem poderia ser livre mesmo estando submetido a uma autoridade soberana, pois sempre estaria livre para obedecer ou desobedecer conforme sua escolha, o que possibilita a Thomas Hobbes afirmar que, seja o Estado monárquico ou democrático, a liberdade seria sempre a mesma, e só pode ser experimentada através

⁴² Essa recusa à retórica clássica fica evidente na seguinte passagem dos “Elementos da Lei Natural e Política”: Ora, quando um homem raciocina a partir de princípios considerados indubitáveis pela experiência, contanto que se evitem todos os enganos da sensação e toda a equivocidade das palavras, diz-se que a conclusão que ele tira está de acordo com a reta razão; mas quando um homem pode fazer derivar, a partir dessa conclusão e por um correto raciocínio, algo contrário a qualquer verdade evidente, diz-se então que ele concluiu contra a razão. E tal conclusão é chamada de absurdo (HOBBS, 2010, p. 22).

do Estado, não diferenciando seu conteúdo de um regime para o outro (SKINNER, 2010).

A liberdade, a respeito da qual existem honrosas referências nas obras de história e filosofia da antiga Grécia e do Império Romano e, também, nos escritos e discursos daqueles que receberam dessas fontes todo o seu saber em matéria de política, não é a liberdade particular de um homem, mas a liberdade do Estado. [...] Sem isso, viveriam numa condição de guerra perpétua, e sempre na iminência da batalha, com as fronteiras vigiadas e canhões apontados contra seus vizinhos mais próximos. Os atenienses e romanos eram livres, isto é, viviam em Estados livres. Isso não significa que cada cidadão possuísse a liberdade de opor-se a seu representante, mas, sim, que seu representante tinha a liberdade de resistir a outro povo ou de invadir seu território. Nas torres da cidade de Luca está escrita, e conservada até hoje, a palavra *libertas*; entretanto, não podemos daí inferir que o cidadão de Luca tivesse maior liberdade, ou imunidade, do que o de Constantinopla, em relação ao serviço do Estado. A liberdade é sempre a mesma, seja o Estado monárquico, seja popular (HOBBS, 2013, p. 173-174).

Como observado acima, Thomas Hobbes admite que a liberdade propiciada pelo Estado civil se difere da liberdade proveniente do estado de natureza. Isso se deve, pois, ao integrar o Estado civil o súdito realiza um ato de renúncia de sua liberdade natural, ato este considerado como racional pelo autor, o que faz com que qualquer atitude de desobediência às leis impostas pelo soberano seja logicamente irracional, “produto de um raciocínio defeituoso ou a pura expressão do impulso autodestrutivo de retornar ao estado de natureza” (SKINNER, 2010, p. 154).

Ao fazer esta associação, Thomas Hobbes atribuiu à sujeição ao Estado e à autoridade soberana um caráter de racionalidade ímpar, uma vez que qualquer ato de liberdade fora do Estado seria dotado de uma carga de irracionalidade que por si só o seria condenável, de modo que não haveria liberdade verdadeira para além do Estado, apenas barbárie. Thomas Hobbes foi o primeiro de uma série de teóricos contratualistas que contribuiriam para a formulação do Estado e do direito moderno,

sistematizando e ordenando uma série de conceitos essenciais aos mesmos, e analisando, à luz da razão, o processo de transposição de um suposto estado de natureza para a Sociedade civil. Concomitantemente, Thomas Hobbes revestiu de um fundamento lógico-racional a soberania da autoridade temporal e tornou o dever de obediência às leis civis um imperativo da racionalidade sem o qual o indivíduo não poderia se ver livre.

Desde o momento em que comparar o poder do Estado ao de uma fera bíblica – o Leviatã, um réptil monstruoso apontado no Livro de Jó –, o autor inglês atraiu para si o estigma de maldito, de ser um teórico que faz do exercício do poder político sinônimo de tirania, sendo tachado de defensor do despotismo e do totalitarismo, o que lhe levou ao exílio, e a ser criticado por outros autores clássicos, como Rousseau e Montesquieu. Entretanto, por mais que Thomas Hobbes tenha utilizado de sua teoria política para justificar o absolutismo, seus argumentos que fundamentam a sujeição civil e o poder político a partir da ideia de um consentimento, de um ato de vontade, foram decisivos para abrandar teorias que faziam apelo à força bruta, à superstição, e aos costumes. Em verdade, a perspectiva hobbesiana do Estado como uma pessoa artificial estabeleceu as bases da teoria da representação política e produziu reflexos que se estendem hodiernamente, tendo influenciado o direito público (MARTINS NETO, 2006).

Embora seus escritos tenham provocado a ira da Sociedade medieval tardia, o Leviatã assinala a superação de um modo de entender o Estado, que passaria a ser visto como produto da razão e da vontade humana, contribuindo definitivamente para a laicização do pensamento e das instituições políticas (MARTINS NETO, 2006). O pessimismo antropológico de Thomas Hobbes viu no Estado o remédio necessário à natureza corrompida do homem. No entanto, sua concepção laica não identificou o pecado nesse estado de corrupção do qual o homem deveria se livrar, mas sim as paixões naturais provenientes da ignorância, do fanatismo, e, sobretudo, da ânsia pelo poder, cabendo ao Estado Leviatã disciplinar essas paixões (BOBBIO, 1991).

E, da mesma forma que as paixões lhe são naturais, a razão também faz parte da natureza humana, faculdade esta que possibilita ao homem descobrir os meios mais eficazes para alcançar os fins necessários (BOBBIO, 1991). Nas palavras de Thomas Hobbes, “a razão é o passo; o incremento da ciência, o caminho; e o benefício do gênero humano, o fim” (HOBBS, 2013, p. 46). É a reta razão que sugere ao ser humano as regras necessárias à convivência pacífica, sendo a busca pela paz o primado fundamental da razão, uma vez que esta é essencial para a

conservação da vida. Mas, para se obter a paz, é necessário que a maioria das pessoas observem as regras prescritas para uma convivência pacífica, o que torna necessária a instituição de um poder irresistível que torne desvantajosa qualquer ação contrária a este fim. Este seria o fim último do Estado: velar para que os seres humanos atuem segundo a razão e não de acordo com suas paixões individuais (BOBBIO, 1991).

Quentin Skinner (2003) ressalta que os conceitos e terminologias empregados por Thomas Hobbes em sua obra são compartilhados, em parte, até hoje pelo paradigma jurídico-político hodierno, tendo marcado o processo de transição de uma visão de Estado caracterizada por vínculos pessoais e carismáticos, para uma perspectiva mais simples, abstrata e impessoal, instituindo, assim, uma teoria em que o núcleo do poder político não está centrado no povo ou na figura do soberano, mas num organismo artificial denominado como Estado:

Assim, a afirmação de Hobbes pode ser vista como sinalizando o fim de uma fase na história da teoria política e o início de outra que nos é mais familiar. Anuncia o declínio de uma era em que o conceito de poder público foi considerado em termos mais pessoais e carismáticos e aponta para uma visão mais simples e mais abstrata da soberania como propriedade de um órgão impessoal, uma visão que permaneceu desde então entre nós e foi incorporado ao uso de palavras como *état*, *stato*, *staat* e *state* (SKINNER, 2003, p. 22).

Mais claramente do que qualquer escritor anterior sobre o poder público, Hobbes enuncia a doutrina segundo a qual a pessoa jurídica que está no coração da política não é a pessoa do povo nem a pessoa oficial do soberano, mas a pessoa estado artificial (SKINNER, 2003, p. 68)

Nesse sentido, Skinner (2003) afirma que a contribuição de Hobbes para a filosofia política moderna foi essencial para uma redefinição do critério de obediência ao poder soberano, na medida em que o atributo da soberania deixou de ser observado como algo inato aos governantes e passou a residir no próprio Estado enquanto ente artificialmente criado para administrar a soberania. Por essa mesma razão, os cidadãos passaram a dever sua lealdade ao próprio Estado, em vez de dedicá-la a figura do governante. Concomitantemente, o conceito de

traição, em seu sentido jurídico-político, também passou por uma transformação, passando a ser compreendido, a partir de então, não como um crime contra o rei, mas contra o Estado.

Thomas Hobbes tornou a submissão à autoridade estatal, e a observância ao direito emanado exclusivamente pelo Estado, a única alternativa racional à barbárie identificada pelo autor no estado de natureza. As paixões individuais e a moral privada pouco importavam ao autor, uma vez que poderiam levar ao maior dos males: a anarquia. A moral pública – exarada pelo soberano através das leis estatais – era a única digna de nota, pois estava abrigada pela racionalidade proveniente de um estado civil, decorrente de um pacto no qual cada súdito havia abdicado de sua liberdade natural por um bem maior, a busca pela paz sob a tutela do Estado. Sob a perspectiva hobbesiana, qualquer alternativa que não coincidissem com aquela identificada na submissão ao soberano e na obediência à lei civil, seria condenável, ou seja, irracional, pois a paz demanda um governo forte, assim não havendo liberdade senão sob a tutela do Estado.

Intelectual contemporâneo de Thomas Hobbes – embora a publicação de seus escritos tenha sido póstuma –, Baruch de Espinoza, considerado fundador do criticismo bíblico, também foi um dos principais expoentes a contribuir para a contenda entre Estado e religião que marcou a transição para a Modernidade, tendo promovido a separação entre política e moral, e defendido um divórcio entre a teologia e a filosofia, entre fé e razão (TOUCHARD, 1959c). Segundo o autor supracitado, a fé havia se tornado um “mero composto de credulidade e preconceitos que degrada o homem da condição de um ser racional a uma fera, sufocando completamente sua faculdade de julgar entre o verdadeiro e o falso, o que parece, de fato, cuidadosamente promovido com o propósito de extinguir a última centelha da razão!”⁴³ (ESPINOZA, 2017a, p. 11-12).

Ao não admitir que a fé deturpe a razão, Espinoza (2017a) deixa claro seu convencimento de que a filosofia e a revelação divina pertencem a planos distintos e que a razão pertence a um domínio livre da fé. Partindo deste pressuposto, as escrituras sagradas não ensinariam filosofia, mas tão somente obediência, de modo que a última depende da razão para obter sucesso, ao passo que as primeiras não dependem do exercício da razão para tanto. Espinoza compreende que a religião não

⁴³ [...] faith has become a mere compound of credulity and prejudices – aye, prejudices too, which degrade man from rational being to beast, which completely stifle the power of judgment between true and false, which seem, in fact, carefully fostered for the purpose of extinguishing the last spark of reason!

deve procurar escravizar a razão, da mesma forma que a razão não o deve fazer da religião sua escrava, o que permite ao autor ressaltar que ambas podem preservar sua soberania em perfeita harmonia, como pode se observar na seguinte passagem do terceiro volume de seu “Tratado Teológico-Político”:

A esfera da razão é, como dissemos, verdade e sabedoria; A esfera da teologia, é piedade e obediência. O poder da razão não se estende tão longe a ponto de determinar para nós que os homens podem ser abençoados através de simples obediência, sem compreensão. A teologia, não nos diz mais nada, não nos exige nenhum comando, salvo obediência, e não tem a vontade nem o poder para se opor à razão: ela define os dogmas da fé (como assinalamos no último capítulo) somente na medida em que sejam necessários, para a obediência, e deixa a razão determinar sua verdade precisa: pois a razão é a luz da mente, e sem ela todas as coisas são sonhos e fantasmas (ESPINOZA, 2017b)⁴⁴.

Apesar de mostrar uma preferência por governos democráticos – visto que um governo democrático teria menos propensão à comandos irracionais, pois a maioria do povo dificilmente concordaria com estes, assim como por ser a forma de governo considerada por este como a mais natural e atinente à liberdade individual – a visão de Estado compartilhada por Espinoza pressupõe um fundamento racional não-teológico que contribuiu para acentuar a dicotomia entre moral e política, reforçando os governos absolutistas. Como o próprio autor o afirma, a razão e a experiência indicam que não existem meios mais precisos de se propiciar uma vida segura senão através da formação de uma Sociedade com leis fixas, da ocupação de um território e da concentração de todas as forças

⁴⁴ The sphere of reason is, as we have said, truth and wisdom; the sphere of theology, is piety and obedience. The power of reason does not extend so far as to determine for us that men may be blessed through simple obedience, without understanding. Theology, tells us nothing else, enjoins on us no command save obedience, and has neither the will nor the power to oppose reason: she defines the dogmas of faith (as we pointed out in the last chapter) only in so far as they may be necessary, for obedience, and leaves reason to determine their precise truth: for reason is the light of the mind, and without her all things are dreams and phantoms.

num mesmo corpo social, o que na época era proporcionado pelos monarcas (ESPINOZA, 2017a). Tanto as leis de Deus como as leis do homem exigem uma autoridade pública encarregada de assegurar sua observância, do contrário, o Estado seria dissolvido pela opinião privada, e o direito público se transformaria numa série de direitos privados (ESPINOZA, 2017c).

Por mais que inicialmente Espinoza manifestasse seu repúdio aos governos monárquicos, num primeiro momento caberia aos monarcas absolutistas ocupar o lugar desta autoridade pública. Ao divorciar razão e fé, Espinoza abriu o espaço necessário para que a racionalidade se abrigasse no Estado civil e instituisse a submissão ao soberano como um primado necessário a paz pública, mandamento indispensável à liberdade natural, concentrando na autoridade do monarca um status de racionalidade que não seria alcançado tão facilmente apenas administrando-se a razão de cada indivíduo.

Mas pode-se objetar se não será contra o ditame da razão sujeitar-se totalmente ao juízo de outrem, e por conseguinte se o estado civil não repugnará à razão, de onde se seguiria que o estado civil era irracional e não podia ser criado senão por homens destituídos da razão, de modo nenhum por aqueles que se conduzem pela razão. Como, porém, a razão não ensina nada contra a natureza, a sã razão não pode ditar que cada um permaneça sob jurisdição de si próprio quando os homens estão submetidos aos afetos, isto é, a razão nega que tal possa acontecer. Além disso, a razão ensina absolutamente a procurar a paz a qual não pode obter-se a não ser que os direitos comuns da cidade permaneçam inviolados, e por isso quanto mais o homem se conduzir pela razão, ou seja, quanto mais livre for, mais constantemente observará os direitos da cidade e cumprirá as ordens do poder soberano, do qual é súdito. A isto acresce que o estado civil é naturalmente instituído para eliminar o medo comum e afastar as comuns misérias, visando, portanto, maximamente àquilo por que, no estado natural, ainda que em vão, se esforçaria cada um dos que se conduzem pela razão (ESPINOZA, 2009, p. 27-28).

A fim de assegurar sua soberania, os monarcas absolutistas buscaram pôr termo às guerras civis religiosas, restringindo os conflitos à guerra entre Estados. Estes dois fatos são correlatos e também atestam o esforço do absolutismo em separar a moral da política, sendo a guerra civil religiosa algo característico de um governo no qual política e moral estão diretamente aliadas, ao passo que a restrição da guerra ao âmbito externo é uma premissa típica de Estados cuja perspectiva política colocasse à frente da moral pública. Assim, o Estado absolutista contribuiu para uma nova ordem na qual a moral foi limitada a um foro interno, privado, reservando-se à esfera individual do ser humano. E estes, enquanto súditos, deveriam cumprir o seu dever de obediência ao soberano, o qual não tinha interesse pela vida e moral privada daqueles sujeitos à sua soberania, lhe interessando apenas a submissão de seus governados (KOSELLECK, 1999).

Ao questionar um possível enfrentamento entre a lei divina e a lei humana, Baruch de Espinoza (2017d) afirma que, apesar do dever de obediência a Deus preceder os demais, há de se reconhecer que a soberania das autoridades civis tem como compromisso primário preservar e proteger as leis do Estado, as quais estariam vinculadas ao direito divino e natural, razão pela qual seria admissível ao soberano fazer as leis sobre religião que julgasse necessárias. Do contrário, se ninguém se obrigasse a cumprir as leis que contrapusessem sua fé ou superstições pessoais, o direito estabelecido pelas autoridades civis ficaria esvaziado (ESPINOZA, 2017d). E, por mais que Espinoza defendesse o convívio harmonioso entre fé e razão, o absolutismo não se contentaria em promover apenas a separação entre moral e política, mas também se empenharia em submeter a primeira ao império da segunda, identificando na dimensão política e na autoridade civil soberana o fundamento de racionalidade que escapava ao plano moral-religioso e que fomentaria a segurança e unidade necessárias ao desenvolvimento da economia e do Estado.

Se, por um lado, a neutralização dos conflitos religiosos promovida pela separação entre moral e política resultou num quadro de estabilidade política em que a nova elite pode se desenvolver – uma vez que a crença burguesa no progresso moral só ganhou evidência sob o manto de segurança promovido pelo Estado absoluto –, por outro lado a restrição da moral ao âmbito individual despertou um resquício de consciência, um extrato não superado do estado de natureza, que se opôs à razão do Estado absoluto. Tal despertar, aliado ao movimento iluminista, fez com que a separação entre homem e súdito deixasse de ser compreensível, de modo que este passasse a entender que deveria realizar-se politicamente

enquanto homem, fato que desagregaria o absolutismo (KOSELLECK, 1999).

Aliado a este fato, uma parcela cada vez maior da burguesia passou a se identificar não mais como um estado, mas como uma “classe” social, uma unidade coletiva mais abstrata que um estado, não sendo identificável por um estilo de vida ou atividade específica, mas pela posse dos recursos do mercado, ou seja, pela apropriação privada do capital. E os interesses de uma classe são diferentes dos de um estado, não podendo prescindir totalmente da tutela do governo, pois demandam forças capazes de garantir a autonomia do mercado, bem como a apropriação de recursos e a sua proteção perante a classe antagônica – a qual viria a ser o proletariado (POGGI, 1981). Assim, embora a burguesia do século XVIII não fosse uma classe homogênea, já era possível identificar os pressupostos de uma filosofia burguesa que não se limitaria à classe em questão, mas se estenderia a todos os indivíduos, mediante uma corrente universalista que propositalmente confundiria a causa burguesa com a da humanidade (TOUCHARD, 1959c).

E, se, num primeiro momento, o Estado absolutista serviu ao intento de garantir a autonomia e fluidez do mercado, a constante intervenção estatal no mercado – em que pese não se trate de um fator isolado – levou a burguesia a questionar a necessidade de um novo sistema de governo que fosse aberto aos indivíduos e em que a atividade destes não se resumisse a acompanhar à distância a máquina estatal, mas que permitisse à classe a direção e o controle de suas operações (POGGI, 1981). Dessa forma, a tomada de consciência do indivíduo enquanto cidadão, o desenvolvimento de uma economia comercial fora do âmbito estatal, e a auto identificação da burguesia como classe social diversa dos estamentos tradicionais, foram a deixa necessária para o pensamento liberal se desenvolver em contraposição às monarquias absolutas, como bem discorre Perry Anderson (1974, p. 110):

Mas, em geral, a simultânea diminuição do acesso dos plebeus ao Estado feudal e desenvolvimento de uma economia comercial fora dele, emancipou a burguesia de sua dependência subalterna ao Absolutismo. Os comerciantes, fabricantes e armadores do Iluminismo, e os advogados e jornalistas que cresceram junto com eles, agora cada vez mais prosperavam fora do âmbito do Estado, com resultados inevitáveis para a

autonomia política da classe burguesa como um todo⁴⁵.

Considerado um dos fundadores do liberalismo e opositor das ideias hobbesianas – porém, igualmente pragmático e antidogmático –, John Locke defendia que o estado de natureza não era sinônimo de barbárie, mas, sim, uma etapa prévia de paz e cooperação mútua, cujo único defeito consistiria no fato de carecer de organização e de instituições aptas a impor o direito. Segundo o autor supracitado, o objetivo último do governo e da Sociedade civil seria preservar os direitos individuais, direitos estes dotados de um caráter de irrevogabilidade que constituía uma limitação a ser observada pela autoridade soberana, os quais o autor emprega o termo geral “propriedade” para designá-los (SABINE, 1964b).

Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar esta condição, que, embora livre, está repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planejam se unir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens,

⁴⁵ But by and large, the simultaneous diminution of commoner access to the feudal State and development of a commercial economy outside it, emancipated the bourgeoisie from its subaltern dependence on Absolutism. The merchants, manufacturers and shipowners of the Enlightenment, and the lawyers and journalists who grew up together with them, now increasingly prospered outside the ambit of the State, with inevitable results for the political autonomy of the bourgeois class as a whole.

o que designo pelo nome geral de propriedade (LOCKE, 2017, p. 69).

John Locke advogou que o processo de transição do estado de natureza para o estado civil não ocorreu mediante um pacto de submissão, mas através de um pacto de consentimento, em que o indivíduo, por livre disposição, abdicou de suas liberdades naturais para ingressar na Sociedade civil, não pelo medo da violência, mas para salvaguardar uma série de propriedades – a vida, a liberdade, e os bens – que este já possuía no estado de natureza. O objetivo principal do convívio em Sociedade seria, portanto, a preservação das propriedades do indivíduo, uma vez que o estado de natureza careceria de uma lei reconhecida pelo consentimento geral e que servisse de padrão para o certo e o errado. Da mesma forma, também lhe faltava um juiz imparcial para dirimir todas as contendas de acordo com a lei estabelecida e que tivesse o poder de coerção necessário para fazer cumprir seus julgados, e assim evitar um estado de guerra (LOCKE, 2017).

Nesse sentido, o estado de natureza se diferencia do estado de guerra, uma vez que, no primeiro, os homens conviveriam em paz segundo os primados da reta razão, mesmo que sem nenhuma autoridade comum para julgar suas ações e lhes impor a lei natural. Por sua vez, no estado de guerra, o emprego ou ameaça do uso da força de um indivíduo sobre seu semelhante foge à razão e à lei, desencadeando a barbárie, diante da inexistência de uma instituição apta a velar pela justiça e pelos direitos dos indivíduos.

E temos aqui a clara diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra, que, embora alguns homens confundam, são tão distintos um do outro quanto um estado de paz, boa-vontade, assistência mútua e preservação, de um estado de inimizade, maldade, violência e destruição mútua. Homens vivendo juntos segundo a razão, sem um superior comum na terra com autoridade para julgar entre eles, eis efetivamente o estado de natureza. Mas a força, ou uma intenção declarada de força, sobre a pessoa de outro, onde não há superior comum na terra para chamar por socorro, é estado de guerra; e é a inexistência de um recurso deste gênero que dá ao homem o direito de guerra ao agressor, mesmo que ele viva em sociedade e se trate de um concidadão (LOCKE, 2017, p. 40).

Como George H. Sabine (1964b) bem observa, por mais que tenha rechaçado a perspectiva hobbesiana a respeito da natureza humana, a teoria política de John Locke foi condicionada pelo mesmo viés egoísta que o identificado na obra de Thomas Hobbes, uma vez que a autopreservação do indivíduo e de suas propriedades figuram como princípios últimos de sua transição do estado de natureza para a Sociedade civil. A paz e o bem público do povo não seriam o objetivo principal da Sociedade civil, senão uma consequência direta da proteção conferida pelo Estado à propriedade de cada indivíduo que está sob a égide de sua proteção. Em outras palavras, o estado civil seria um artifício criado para assegurar e ressaltar a propriedade e as liberdades do indivíduo, o que, como o próprio autor afirma, seria o único motivo racional para que o homem abdicasse de sua liberdade natural para aderir ao Estado:

Mas, embora os homens ao entrarem na sociedade renunciem à igualdade, à liberdade e ao poder executivo que possuíam no estado de natureza, que é então depositado nas mãos da sociedade, para que o legislativo deles disponha na medida em que o bem da sociedade assim o requeira, **cada um age dessa forma apenas com o objetivo de melhor proteger sua liberdade e sua propriedade** (pois não se pode supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior), e não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo por ela instituído, se estenda além do bem comum; ele tem a obrigação de garantir a cada um sua propriedade, remediando aqueles três defeitos⁴⁶ acima mencionados que tornam o estado de natureza tão inseguro e inquietante (LOCKE, 2017, p. 70). **Grifo nosso.**

Tal perspectiva lockeana levou Josiah Tucker, um de seus maiores críticos, a afirmar que a uma teoria dos direitos naturais centrada no indivíduo deslegitimaria todos os governos existentes e todos os sistemas

⁴⁶ Os três defeitos citados por John Locke seriam as já mencionadas: a) ausência de uma lei geral, fixada e reconhecida pelo povo; b) inexistência de um juiz imparcial que julgasse as contendas conforme a lei estabelecida pelo Estado; c) ausência de um poder coercitivo apto a cumprir as sentenças e velar pelos direitos individuais.

de relacionamentos sociais institucionalizados, pois, se um governo não preenchesse os critérios necessários à observância dos direitos naturais e da liberdade, ele poderia ser considerado uma usurpação. Assim, o erro de John Locke, segundo Josiah Tucker, um de seus maiores críticos, teria sido colocar os direitos e a personalidade do indivíduo numa posição anterior à formação da Sociedade civil, de modo que o seu raciocínio estaria fundado numa visão essencialmente antissocial da natureza humana (POCOCK, 2003).

Não obstante o fato de compartilhar de uma perspectiva egoística e antissocial do homem, um dos maiores méritos da teoria política de John Locke para a formação do ideário jurídico-político moderno seria a justificação da propriedade privada e a formulação de um direito de resistência ao soberano que não se dedicasse a preservar a vida, as liberdades e os bens dos indivíduos. Mesmo que a justificação da resistência em nome de direitos inalienáveis seja uma bandeira muito mais antiga do que John Locke, seu nome era conhecido por todos aqueles que se dedicavam à filosofia política no século XVII e XVIII, e suas ideias formariam parte do credo democrático e da agenda liberal. Como George H. Sabine (1964b, p. 532) bem destaca, “A sinceridade, a profunda convicção moral, a autêntica fé na liberdade, nos direitos humanos e na dignidade da natureza humana, juntamente com a moderação e o bom senso de que ele fazia praça, tornaram-no o porta-voz ideal de uma revolução da classe média”.

John Locke (2017) se dedicou a demonstrar que os homens podem adquirir propriedades e porções distintas daquela que Deus destinou à humanidade em comum, mesmo sem o consentimento expresso de seus semelhantes. De acordo com suas observações, mesmo que a terra e as demais criaturas pertencessem originariamente a todos os homens em comum, cada indivíduo guarda a propriedade exclusiva de sua própria pessoa, e sobre esta ninguém mais possui direito, senão o próprio sujeito. Consequentemente, tudo aquilo que fosse fruto de seu trabalho também seria passível de apropriação pelo indivíduo, passando a constituir parte de seu patrimônio privado, uma vez que este teria tirado algo do estado em que a natureza havia lhe concebido e acrescentado a este objeto o trabalho proveniente de seu corpo (LOCKE, 2017).

Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem nenhum direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra

produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e em qualidade (LOCKE, 2017, p. 43)⁴⁷.

A racionalidade observada no pensamento de John Locke naturalizou o processo de apropriação privada de bens antes considerados comuns, desde que a estes bens o indivíduo tenha consagrado uma quantidade considerável de trabalho suficiente para retirá-los de seu estado de natureza em que ele era comum, assim criando sobre eles um direito de propriedade (LOCKE, 2017). Tal lógica, que justifica a apropriação privada com base na força de trabalho dedicada pelo indivíduo ao objeto de seu labor, permitiu teóricos como John Dunn e Quentin Skinner afirmarem que os tratados políticos de John Locke seriam o texto clássico da política calvinista radical, o que também levou Josiah Tucker a acusar Locke de confundir os princípios da liberdade civil com os da liberdade religiosa (POCOCK, 2003).

É interessante ressaltar que, em que pese se tratar de um termo que aparece repetidas vezes em sua obra, John Locke atribuí ao termo “propriedade” um sentido genérico, englobando neste conceito uma série de direitos individuais, desde a propriedade propriamente dita de bens, até a vida e as liberdades do ser humano. Porém, o destaque dado por sua obra ao dever dos governantes em preservar e garantir o direito de propriedade dos indivíduos – cuja proteção consistiria no único motivo razoável para estes terem consentido em abdicar de sua liberdade natural em favor do Estado – acabaria se tornando uma das principais bandeiras

⁴⁷ É notório que o capitalismo moderno não se aterá às observações de John Locke no que diz respeito à apropriação privada se limitar apenas aquilo que fosse excedente, preservando o direito dos demais indivíduos a terem acesso, em quantidade e qualidade suficiente, aos bens necessários a uma vida digna.

da burguesia revolucionária no que diz respeito ao exercício de um direito de resistência contra a autoridade soberana.

Acerca do direito de resistência contra o soberano, John Locke (2017) admite que em alguns casos é legal ao povo resistir ao soberano, como quando este tenta derrubar o governo em proveito próprio e prejuízo de seus governados, ou quando se coloca em situação de dependência perante uma nação estrangeira, perdendo seu direito de governar na medida em que falhou com seu dever de preservar a liberdade do povo. John Locke afirma que é reservado ao povo o direito de resistir ao seu soberano apenas quando este agir de forma injusta e ilegal, pois

Qualquer pessoa que usar a força ilegalmente, como todos fazem em uma Sociedade em que não existe lei, coloca-se em estado de guerra contra aqueles contra quem ele a usa, e nesse estado todos os vínculos anteriores são cancelados, todos os outros direitos cessam e cada um tem o direito de se defender e resistir ao agressor (LOCKE, 2017, p. 98-99).

Nesses termos, o povo teria o direito de resistir ao soberano que se colocasse contra toda a Sociedade civil e tiranizasse o poder, uma vez que a autodefesa seria um direito natural que não poderia ser negado à comunidade, nem mesmo contra seu soberano, cabendo ao povo, portanto, julgar aquele no qual depositou sua confiança e destituí-lo caso a tenha violado (LOCKE, 2017).

Entretanto, se a inviolabilidade da propriedade privada e o direito de resistência ao monarca tirano formaram algumas das principais premissas do ideário liberal e do movimento revolucionário burguês, igualmente, senão com maior expressão, a teoria lockeana de uma lei moral – denominada pelo autor como “lei de opinião” –, que se difere da lei divina e da lei civil, também representaria um golpe fulminante ao Estado absoluto.

John Locke (1999) afirma que as leis que regulamentam as relações humanas se dividem em três: a lei divina; a lei civil; e a lei de opinião, ou reputação. Pela primeira os homens julgariam se suas ações seriam pecaminosas; pela segunda se seus atos consistiriam em crimes; e pela terceira, se suas atitudes seriam virtuosas ou não. A lei de opinião funcionaria como medida do vício e da virtude, servindo como um indicador das ações em sua própria natureza, se devem ser julgadas como certas ou erradas, de modo que toda ação considerada viciosa seria

condenável, portanto, passível de reprimenda. Se trataria, assim, de uma opinião pública acerca das ações a serem consideradas meritórias ou condenáveis, partindo de um consentimento tácito decorrente dos costumes e convicções dos cidadãos de um determinado Estado, que, ao externarem os pontos de concórdia de sua moral individual, a tornariam pública e poderiam velar por sua observância, inclusive no que diz respeito aos governantes (LOCKE, 1999).

[...] segundo a lei da opinião ou da reputação, o "vício" e a "virtude" são nomes pretendidos e supostos em toda parte como indicadores das ações em sua própria natureza como certas e erradas [...] Deste modo, em toda parte a medida daquilo que se denomina e se considera virtude e vício consiste em sua aceitação ou rejeição, em seu louvor ou condenação. Estabelece, assim, por um secreto e tácito consentimento, em várias sociedades, tribos e grêmios de homens no mundo, um conjunto de ações que são julgadas por eles meritórias ou condenáveis, segundo o julgamento, as máximas e os costumes de certo lugar (LOCKE, 1999, p. 135-136).

Reinhart Koselleck (1999), um dos mais importantes expoentes da história dos conceitos⁴⁸, discorre que, ao defender a autonomia da lei moral, John Locke demonstrou a existência de leis provenientes da moral privada, de uma esfera de influência alheia ao Estado, provocando, assim, uma ruptura entre o direito natural e o direito civil – que haviam sido reunidos por Thomas Hobbes para justificar as monarquias absolutas. Essa ruptura permitiu à legislação moral do cidadão – quando projetada ao espaço público e consolidada em opinião pública –, concorrer diretamente com a legislação política do Estado, se distinguindo desta não apenas por seu conteúdo, como por sua forma de ação, que, apesar de agir apenas no plano da consciência e lhe faltar o poder de coerção estatal, produz efeitos políticos imediatos, pois obriga o indivíduo a agir não apenas conforme as leis civis mas, sobretudo, de acordo com a opinião pública difundida na Sociedade.

⁴⁸ Ramo das ciências humanas, alternativo à orientação positivista, que se dedica a estudar a semântica histórica de conceitos e termos, mostrando como uma palavra pode ser associada a diferentes significados.

Ao limitar a moral à esfera privada e exigir o dever de obediência pública, o monarca deu margem à organização de uma atividade política autônoma e paralela ao Estado, protagonizada pela elite burguesa e que se refugiou na clandestinidade do foro privado, valendo-se do véu do segredo para contornar e afrontar a autoridade soberana. Foi o caso das organizações maçônicas, onde elementos políticos e religiosos formaram uma aliança que deu forma social própria à burguesia e aliou esta à nobreza desprovida de direitos políticos, tornando-se o centro de união entre pessoas que publicamente teriam permanecido distantes umas das outras (KOSELLECK, 1999). Nas palavras de Reinhart Koselleck (1999, p. 68), “a liberdade em segredo torna-se o segredo da liberdade”, e foi através da moral privada alimentada pelo segredo de sociedades secretas que a burguesia moderna nasceu e se opôs ao Estado absolutista, tonando as lojas maçônicas a instituição social mais forte do ponto de vista da moral do século XVIII e isentando estas de qualquer juízo moral devido a uma suposta não pretensão política, como bem afirma o autor supracitado:

Ao rejeitar a política, os maçons estabelecem-se, ao mesmo tempo, como consciência da política. A separação entre política e moral implicava um veredicto moral sobre a política vigente. Enquanto a política dos príncipes absolutistas reinou, o segredo encobria os maçons com o manto da inocência moral e da ausência política (KOSELLECK, 1999, p. 74).

Essa isenção política declarada em nome da virtude acabou por se revelar uma presença política indireta, de modo que o segredo dos maçons serviu para ocultar as consequências políticas de seus planos morais, cujo fim último consistia em expandir para o domínio público o sistema de governo que vigorava no interior de suas lojas. Diante da impossibilidade de eliminarem diretamente o poder das monarquias absolutas, as sociedades secretas se encarregaram de enaltecer as antíteses morais do governo, transformando o juízo moral reservado à esfera privada em um processo de crítica política que desencadearia a crise do Estado absoluto (KOSELLECK, 1999).

O conceito de crítica passou a ser associado ao de razão, de modo que esta última se converteu num exercício constante da primeira, cabendo a esta revelar a estrutura temporal necessária ao progresso e denunciar os obstáculos opostos a este, qual seja, a política até então

vigente e a autoridade soberana. A razão converteu-se em crítica, e a crítica tornou-se porta-voz da opinião pública, adquirindo um status de soberania e reduzindo o monarca à condição de homem, e, enquanto tal, denunciou este como um usurpador da *potentia*, alguém que comete violência contra a Sociedade, um tirano. O juízo moral protagonizado pelo movimento iluminista passou a ser concebido como a verdadeira fonte do direito, negando-se qualquer diferença jurídica entre a jurisdição estatal e aquela decorrente da racionalidade proveniente da crítica. Sob este aspecto, o monarca só seria considerado legítimo se agisse conforme um direito baseado na moral iluminista, de modo que o exercício da soberania, se embasado num direito que não fosse moralmente adequado, era visto como um ato de violência, o que culminou na relativização da soberania estatal e na identificação do governante como inimigo público, fato que legitimaria uma revolução baseada no progresso moral e que se enxergava como mera reação a um tirano (KOSELLECK, 1999).

Nas palavras de Reinhart Koselleck (1999, p. 150) “A crise transforma-se num tribunal moral cujas leis estão escritas no coração dos críticos burgueses”, e o fim da crise consistiria no castigo daqueles considerados criminosos pelos súditos agora reunidos como Sociedade civil, fato que inauguraria a Modernidade e daria ensejo a um novo paradigma jurídico. Dito isto, ao final do século XVII as monarquias absolutistas passaram a enfrentar diversas frentes de oposição protagonizadas por diferentes atores sociais inflamados pelo cenário de crise econômica e social dentro do qual se elevavam os governos absolutistas (TOUCHARD, 1959c). E, embora o monarca preservasse sua soberania, o Estado absolutista perdeu poder e prestígio, tendo se endividado com uma burguesia que estava descontente com o controle da coroa sobre a administração financeira, e que tinha plena consciência do poder social que o seu dinheiro representava – embora se vissem destituídos de qualquer decisão política sobre o Estado (KOSELLECK, 1999).

Com o tempo, a filosofia individualista promovida pelo ideário iluminista passou a conquistar o pensamento econômico, e inclusive os próprios mercantilistas, que passaram a enxergar as premissas capitalistas como princípios universais. As restrições econômicas impostas pela monarquia absoluta mostraram-se inconciliáveis com as necessidades de um novo sistema econômico emergente, que se baseava não mais em vínculos tradicionais, mas em obrigações contratuais que exigiam uma nova Sociedade que protegesse a propriedade privada e zelasse pelo cumprimento de tais compromissos de caráter pessoal estabelecidos

entre indivíduos que já não podiam mais contar com a força dos costumes para proteger seus investimentos (HUNT; SHERMAN, 2000).

Tendo como premissa o individualismo, a filosofia liberal se desenvolveu como uma concepção política que contemplava o indivíduo como um ser privado, primando por metas e liberdades que seriam só suas e observando o governo, acima de tudo, como uma entidade responsável por preservar e proteger sua atividade individual a ponto de rejeitar o intervencionismo estatal em sua esfera de personalidade. A própria concepção de virtude - que era contemplada como uma qualidade moral quase indistinguível da propriedade - passou a ser redefinida através do conceito de “maneiras”, cabendo ao comércio a função de refinar e polir tais estas, o que levou os indivíduos a abdicarem de sua antiga concepção de virtude em prol do enriquecimento de sua personalidade (POCOCK, 2003).

Do ponto de vista do pensamento econômico, a escola fisiocrática francesa se dedicou a prescrever ações a serem empreendidas para remediar a pobreza ao mesmo tempo em que professou a não intervenção do governo nas relações econômicas. Por outro lado, defendeu uma atitude despótica no que tange à defesa da propriedade e à punição daqueles que representassem um entrave a esta (CHÂTELET, DUHAMEL, PISIER-KOUCHNER, 2000). Nessa esteira, o *Laissez-faire*⁴⁹ se consolidaria em um ideal que restringia o grau de intervenção governamental nos assuntos econômicos àquilo que fosse essencial para a proteção da vida e da propriedade, bem como para a manutenção da liberdade de adquirir, o se opunha a quase todas as restrições mercantilistas e governamentais, favorecendo o livre-comércio interno e externo (BRUE, 2006). Por sua vez, a Escola Econômica Clássica, protagonizada por Adam Smith, defenderia que uma Sociedade regulada pelos interesses pessoais dos próprios indivíduos promoveria mais o interesse comum do que uma nação na qual o emprego do capital ficasse restrito à direção de determinado um soberano, conselho ou assembleia:

Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo[...] É evidente que cada indivíduo, na situação local em que se encontra,

⁴⁹ Os fisiocratas franceses, sob a presidência de François Quesnay, adotaram como lema a frase criada por um comerciante francês chamado Vicent Gournay: “Laissez-faire!” - “Deixem-nos em paz!” (HUBERMAN, 1986, p. 126).

tem muito melhores condições do que qualquer estadista ou legislador de julgar por si mesmo qual o tipo de atividade nacional no qual pode empregar seu capital, e cujo produto tenha probabilidade de alcançar o valor máximo. O estadista que tentasse orientar pessoas particulares sobre como devem empregar seu capital não somente se sobrecarregaria com uma preocupação altamente desnecessária, mas também assumiria uma autoridade que seguramente não pode ser confiada nem a uma pessoa individual nem mesmo a alguma assembléia ou conselho, e que em lugar algum seria tão perigosa como nas mãos de uma pessoa com insensatez e presunção suficientes para imaginar-se capaz de exercer tal autoridade (SMITH, 1996a, p. 437).

No entanto, Adam Smith admitia o intervencionismo estatal, mas de forma deveras reduzida, admitindo-o sobretudo quando da proteção da Sociedade perante ameaças estrangeiras, bem como na administração da justiça e de instituições públicas, assim como na execução dos contratos e no controle sobre a taxa de juros (BRUE, 2006).

O comércio e as manufaturas raramente podem florescer por muito tempo em um país que não tenha uma administração de justiça normal, no qual as pessoas não se sintam seguras na posse de suas propriedades, no qual a fidelidade nos contratos não seja garantida por lei e no qual não se possa supor que a autoridade do Estado seja regularmente empregada para urgir o pagamento das dívidas por parte de todos aqueles que têm condições de pagar. Em suma, o comércio e as manufaturas raramente podem florescer em qualquer país em que não haja um certo grau de confiança na justiça do Governo (SMITH, 1996b, p. 360).

Nesse sentido, a Escola Econômica Clássica de Adam Smith defendeu a obrigação do Estado servir à sociedade através da garantia e manutenção da liberdade de mercado, não intervindo na vida econômica e restringindo seu campo de atuação cada vez mais após a instauração do mercado. Este último deveria reinar por si só, sendo desnecessárias quaisquer mediações a respeito da demanda e produção que não aquelas

estabelecidas pelo próprio mercado, onde cada qual deveria atuar como motor do desenvolvimento social, segundo seu próprio interesse e orientado pela “mão invisível” do mercado, assim contribuindo para a organização e bem-estar social (LOURENÇATO, 2005).

Mas os interesses dos iluministas burgueses não se limitavam a assegurar a autonomia do mercado, uma vez que esta poderia ser resguardada sem a necessidade do reconhecimento de direitos políticos individuais inatos enquanto a crítica burguesa mantivesse o controle sobre as massas e definisse a opinião pública. O que despertou o interesse dos iluministas e ativou politicamente a classe burguesa, foi, em realidade, o vislumbre de um novo projeto de Estado no qual o público se consolidasse como um domínio aberto a cada indivíduo, onde os governantes representassem os interesses preponderantes na Sociedade civil, Sociedade esta que se converteria no eleitorado responsável por legitimar o poder estatal e em nome do qual este mesmo Estado ficaria a serviço (POGGI, 1981).

Foi na obra de Jean-Jacques Rousseau que a burguesia iluminista encontrou o fundamento definitivo para transformar sua moral privada – já externada como opinião pública – em uma vontade geral e soberana, capaz de se opor ao governante e de depô-lo. Contrariando a tradição iluminista, Jean-Jacques Rousseau observou, não na razão, mas nos sentimentos, a base comum da sociabilidade humana. Rousseau compartilhava de uma visão do estado de natureza que concebia os homens como naturalmente bons, seres dotados de uma conduta exclusivamente instintiva, e que possuíam um sentimento de horror e compaixão pelo sofrimento de seus semelhantes. Caberia à comunidade, enquanto um corpo moral coletivo, atribuir às ações humanas a moralidade que lhes carecia no estado de natureza, e, assim, substituir o instinto natural do ser humano pelo sentimento de justiça e legalidade provenientes da Sociedade civil. Dessa forma, quaisquer atitudes egoístas e calculistas não seriam típicas do homem natural, mas de indivíduos provenientes de sociedades já pervertidas, que teriam moldado os vícios e as paixões de seus integrantes em vez de lhes conduzir à retidão (SABINE, 1964b).

Jean-Jacques Rousseau (2003, p. 27) afirma que “renunciar à própria liberdade é renunciar a qualidade de homem”, de modo que a primeira lei natural seria a de cada indivíduo cuidar da conservação desta mesma liberdade, motivo pelo qual a sujeição de uma multidão a um só soberano não seria uma associação de homens livres, senão uma relação entre senhor e escravos. O único pacto social atinente à liberdade natural seria aquele no qual “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o

seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU, 2003, p. 32).

Para solucionar esta contenda entre liberdade e soberania, Jean-Jacques Rousseau buscou teorizar uma forma de associação na qual o indivíduo não abdicasse totalmente de sua liberdade em favor de um soberano absoluto, mas em que este, ao reunir-se com seus semelhantes em Sociedade civil, obedecesse apenas a si mesmo e assim permanecesse livre, em uma experiência social fraterna, e em igualdade para com os demais cidadãos. O que este pretendia, em suas palavras era: “Achar uma forma de Sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre quanto antes” (ROUSSEAU, 2003, p. 31).

A força que permitiria este elo de liberdade e associação seria o que o autor denominou como “vontade geral”, algo superior a qualquer desígnio particular, mas que não consistiria numa autoridade externa a qual o indivíduo se submeteria a despeito de si mesmo, senão, tratar-se-ia da corporificação de sua própria moral privada numa dimensão coletiva, razão pela qual, ao se submeter à vontade geral, estaria se submetendo a si mesmo (ROUSSEAU, 2003).

Nesses termos, o pacto social idealizado por Jean-Jacques Rousseau conferiria à Sociedade civil um poder absoluto sobre os cidadãos que lhe integram, de modo que a soberania consistiria no exercício da vontade geral, ao passo que o soberano tratar-se-ia de um ser coletivo. E, em função da natureza coletiva da estrutura de poder concebida pelo autor supracitado, a soberania não poderia ser alienada nem dividida, pois “ou a vontade é geral, ou não; ou é a do corpo do povo, ou só de uma parte dele” (ROUSSEAU, 2003, p. 40). Este mesmo caráter coletivo empregado pelo autor à sua concepção de soberania permite afirmar que o pacto social proposto por Rousseau estabelece entre os cidadãos um nível de igualdade antes não observado pelos teóricos contratualistas, uma vez que todo ato de soberania, ou seja, de vontade geral, deveria favorecer a todos igualmente, proporcionando, assim, as mesmas condições e os mesmos direitos aos cidadãos (SABINE, 1964b).

Jean-Jacques Rousseau inicia seu “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens” identificando duas espécies de desigualdade. Uma de ordem natural, estabelecida pela própria natureza. Outra de ordem política, decorrente da ação e das convenções humanas:

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles (ROUSSEAU, 2014, p. 14).

Rousseau (2014) afirma que a desigualdade política surgiu desde o momento em que os homens passaram a desejar a estima pública e em que a apropriação privada se introduziu, passando os homens a perceber a utilidade em se apropriar dos bens e do trabalho alheio⁵⁰. Por sua vez, o autor advoga que o fim do status de igualdade – promovido pela apropriação privada – resultou em desordem, de modo que a Sociedade teria se tornado um palco de guerra no qual os indivíduos que lhe integram já não podem mais renunciar as conquistas obtidas às custas da felicidade do gênero humano (ROUSSEAU, 2014)⁵¹. E, tendo em vista a

⁵⁰ [...] desde o instante que um homem teve necessidade do socorro de outro; desde que perceberam que era útil a um só ter provisões para dois, a igualdade desapareceu, a propriedade se introduziu, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas se transformaram em campos risonhos que foi preciso regar com o suor dos homens, e nos quais, em breve, se viram germinar a escravidão e a miséria, a crescer com as colheitas (ROUSSEAU, 2014, p. 43).

⁵¹ Foi assim que os mais poderosos ou os mais miseráveis, fazendo de suas forças ou de suas necessidades uma espécie de direito ao bem de outrem, equivalente, segundo eles, ao da propriedade, a igualdade rompida foi seguida da mais horrível desordem; e assim que as usurpações dos ricos, os assaltos dos pobres, as paixões desenfreadas de todos, sufocando a piedade natural e a voz ainda mais fraca da justiça, tornaram os homens avarentos, ambiciosos e maus. Levantava-se, entre o direito do mais forte e o direito do primeiro ocupante, um conflito perpétuo que só terminava por meio, de combates e morticínios). A sociedade nascente foi praça do mais horrível estado de guerra: o gênero humano, aviltado e desolado, não podendo mais voltar atrás, nem renunciar às infelizes aquisições já obtidas, e

irreversibilidade desse quadro de desigualdade, em função do desenvolvimento e progresso das artes e do espírito humano, cabe ao direito positivo a tarefa ingrata de legitimar tais desigualdades morais que contrariam o direito natural (ROUSSEAU, 2014)⁵².

Nesse sentido, ao lado da liberdade, Rousseau reconheceria a igualdade como um dos dois objetos principais do Estado, e uma pré-condição para a própria liberdade, o que, segundo o autor, não importaria na necessidade de equalizar os graus de riqueza e poder entre os cidadãos:

Se indagais em que consiste justamente o maior bem de todos, que tal deve ser o fim de todo sistema de legislação, achá-lo-eis resumido nestes dois objetos principais, a *liberdade* e a *igualdade*; a liberdade, porque toda a dependência particular é outra tanta força tirada ao corpo do Estado; a igualdade, porque sem ela não pode subsistir a liberdade. Já disse o que é liberdade civil; quanto à igualdade, não se entenda por essa palavra que os graus de riqueza e poder sejam absolutamente os mesmos; mas que a respeito da potência, esteja ela salva de toda a violência e nunca se exerça, senão em virtude do posto e das leis; e quanto à riqueza, entendo que nenhum cidadão seja assaz opulento que possa comprar outro, e nenhum tão pobre que seja constringido a vender-se: isso supõe da parte dos grandes moderação nos bens e no crédito, e da parte dos pequenos, moderação na avareza e cobiça (ROUSSEAU, 2003, p. 58-59).

Alain Touraine (2009) afirma que Jean-Jacques Rousseau buscou formular um princípio de cidadania que rompesse com a desigualdade que dominava a visão de Sociedade civil de seus contemporâneos, motivo pelo qual sua concepção de contrato social compreende um soberano que

não trabalhando senão para a sua vergonha pelo abuso das faculdades que o honram, se colocou também na véspera de sua ruína (ROUSSEAU, 2014, p 47).

⁵² Resulta do exposto que a desigualdade, sendo quase nula no estado de natureza, tira a sua força e o seu crescimento do desenvolvimento das nossas faculdades e dos progressos do espírito humano, tornando-se enfim estável e legítima pelo estabelecimento da propriedade e das leis. Resulta ainda que a desigualdade moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural todas as vezes que não concorre na mesma proporção com a desigualdade física (ROUSSEAU, 2014, p. 60).

é ao mesmo tempo a própria Sociedade, sendo esta responsável por constituir o corpo social e a razão do Estado. Seu pensamento consiste na primeira grande crítica interna da Modernidade, tendo deslocado o fundamento por trás da transferência de direitos para um soberano, do medo da guerra e da morte, para desigualdade que leva a uma ordem política oposta à Sociedade civil, motivo pelo qual seu apelo à vontade geral consiste num instrumento de luta contra a desigualdade (TOURAINÉ, 2009).

No entanto, conforme Alain Touraine (2009) também destaca, por mais que a vontade geral se consolide no pensamento de Rousseau como um instrumento de luta contra a desigualdade, esta não deve se dedicar a defender exclusivamente os interesses da maioria ou do terceiro estado, devendo se voltar apenas para os problemas gerais da Sociedade, ou seja, para aquelas questões que dizem respeito à sua própria existência. Segundo Touraine (2009), apesar de seu apelo aos sentimentos, as críticas de Rousseau à desigualdade social não são tecidas por conta de uma paixão direcionada às massas, mas em nome da Ilustração, tendo sua teoria centrado um ideal de natureza que é sinônimo de ordem e harmonia, ou seja, de razão. Nesse sentido, sua crítica modernista da Modernidade – Touraine assim a considera pois trata-se de uma abordagem naturalista mais esclarecida em relação aos demais filósofos das luzes –, na realidade, não se apoia num ideal de liberdade pessoal ou na luta coletiva contra o poder, mas concentra-se na oposição entre a ordem e a desordem, no interesse da comunidade contra o interesse privado, na soberania política a serviço da razão (TOURAINÉ, 2009).

Por outro lado, Rousseau tem consciência de que a vontade geral não pode se impor absolutamente aos interesses privados dos indivíduos e das categorias sociais aos quais pertencem (TOURAINÉ, 2009). Na medida em que a soberania passa a ser administrada pela vontade geral, esta não poderia transpor os limites das convenções gerais, ou seja, não poderia interferir na esfera privada quando tal intervenção não coincidissem com o interesse geral. Dessa forma, mesmo integrando um corpo coletivo, o indivíduo concebido dentro do modelo de pacto social elaborado por Rousseau pode desenvolver suas liberdades e se apropriar e dispor dos bens que as convenções gerais permitirem. Tais convenções gerais tomariam a forma de leis, as quais são consideradas pelo teórico como atos de vontade geral responsáveis por fixar as condições de associação civil e por defendê-las dos desígnios particulares (ROUSSEAU, 2003).

A filosofia política de Jean Jacques Rousseau não compartilhava do mesmo individualismo, utilitarismo, e racionalismo que levaram Thomas Hobbes e John Locke a criarem teorias fundamentadas numa

visão egoística do ser humano, onde a razão levava estes a cooperarem única e exclusivamente por conta das vantagens individuais que obteriam ao ingressar num grupo social que tinha como premissa básica a proteção do direito de possuir e gozar de propriedades. Inspirado em clássicos como Platão, o autor suíço criou uma teoria do contrato social que tem como grande mérito o fato de identificar, não no indivíduo, mas na comunidade, o seu fundamento e instrumento moralizador. Através da obra de Rousseau, a Sociedade deixou de ter um atributo meramente utilitário e isento de valor, passando a constituir o mais alto valor moral a partir do qual os indivíduos, agora cidadãos, desenvolveriam suas faculdades mentais e morais, e se realizariam enquanto seres humanos (SABINE, 1964b).

Apesar de ser o primeiro autor a realizar uma crítica interna da Modernidade e alertar sobre os vícios de um racionalismo e individualismo exacerbados, a obra de Jean-Jacques Rousseau é marcada por uma série de paradoxos que contribuíram para que esta se constituísse em uma das pedras fundamentais sobre as quais a burguesia erigiria o Estado moderno, fazendo o uso equivocado e capcioso de algumas das principais premissas do autor, como as ideias de vontade geral e liberdade civil (SABINE, 1964b). Ao mesmo tempo em que defendia uma visão coletivista a qual elevava a vontade geral da comunidade sobre os indivíduos, Rousseau também reconhecia a existência de direitos individuais irrevogáveis, inclusive contemplando a propriedade como um direito social e a consagrando como um dos mais sagrados direitos da cidadania (ROUSSEAU, 2003).

A fim pois de o pacto social não ser um vão formulário, nele tacitamente se inclui essa obrigação, a única que pode fortificar as outras; que, se qualquer um se recusa obedecer à vontade geral, todo o corpo o force à obediência; isso não significa outra coisa exceto que o obrigarão a ser livre porque a condição com a qual se dá cada cidadão à pátria lhe assegura toda a independência pessoal; condição que faz o artifício e jogo da máquina política, e que só legitima os compromissos civis, os quais sem isso se tornariam absurdos, tirânicos e sujeitos aos maiores abusos (ROUSSEAU, 2003, p. 34).

Cifremos todo este paralelo em termos de fácil comparação: o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito sem limites

a tudo que o tenta e pode atingir; ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui (ROUSSEAU, 2003, p. 35).

Valendo-se desta alternância entre o plano coletivo e o individual, e do ideal de virtude moral – identificado por Jean-Jacques Rousseau nas pessoas mais simples e que compunham a grande massa –, a burguesia, e a pequena nobreza, utilizaram das premissas de Rousseau para transformar sua moral privada e interesses de classe, não apenas em opinião pública, mas numa vontade geral dotada do atributo de soberania necessário para a derrocada do antigo regime. Mais do que isso, o argumento e os paradoxos da obra de Rousseau também contribuiriam para que a burguesia, ao mesmo tempo que se valesse de um discurso coletivista para convencer as massas de que seus ideais correspondiam à vontade geral, também conseguisse resguardar suas liberdades individuais, lhes conferindo maior proteção, em especial no que diz respeito à propriedade privada.

Estava armado o cenário intelectual perfeito para a ascensão de um novo paradigma jurídico-político e para a fundação Estado e do direito moderno. O suposto abuso de poder cometido pela monarquia francesa ao longo do século XVIII foi a deixa necessária para que o movimento iluminista burguês propagasse suas premissas e despertasse nos súditos a consciência de cidadãos, de modo que o triunfo do Iluminismo adveio da expansão do foro interior privado ao domínio público, momento em que a Sociedade, sob a influência do iluminismo burguês, reclamou para si a participação no poder público. Assim, ao supostamente corromper-se, o mesmo Estado absoluto responsável pela separação entre política e moral viu esta ruptura voltar-se contra ele mesmo, tão logo tornando-se réu acusado de imoralidade por cidadãos desprovidos de poder político, mas que se entendiam de um ponto de vista moral e atendiam a uma opinião pública formulada pela crítica decorrente da razão iluminista (KOSELLECK, 1999).

Essa mesma opinião pública, agora compreendida como uma vontade geral que estaria sempre de acordo com a reta razão, retiraria a soberania da figura do monarca e a transferiria para cidadãos sob o comando de uma burguesia iluminista. E, sob primado da razão, o Estado moderno desenvolveria uma estrutura monista e representativa que desqualificaria toda proposta que lhe fosse alternativa, uma vez que seriam irracionais, pois, fora dos parâmetros jurídicos, políticos, e epistemológicos, do paradigma moderno, não haveria civilização, senão

barbárie – o que inclusive serviria de pretexto para empreitadas imperialistas disfarçadas sob um manto de racionalidade e civilização.

Dessa forma, o racionalismo impulsionado pelo século das luzes acabaria se tornando um subterfúgio utilizado para legitimar uma estrutura de dominação estruturada a partir do Estado moderno para atender aos interesses e tradições da classe burguesa, agora detentora do poder político e articuladora das relações jurídicas de um novo paradigma. Como George H. Sabine (1964b, p. 585) bem afirma, “a razão seria dobrada e posta a serviço dos costumes, da tradição e da autoridade, com ênfase correspondente sobre os valores da estabilidade, unidade nacional e continuação do desenvolvimento”.

A crise política, fomentada pela crise social e de consciência, pulverizou as estruturas sociais e os princípios absolutistas, o que, com o final do reinado de Luís XVI, durante a Revolução Francesa, contribuiu para a difusão e a universalização dos ideais burgueses, fato que foi facilitado pela irradiação da língua francesa por todo o território europeu, dando preponderância aos ideais dos iluministas franceses, que se estenderam nas mais distantes capitais europeias – o que demonstra um desnível entre a influência intelectual e o poderio econômico e militar da França no século XVIII (TOUCHARD, 1959c).

Apesar de consistir na primeira grande revolução triunfante do século XVIII, a Revolução Americana foi mais uma decorrência da pressão dos fatos⁵³ do que de uma longa maturação ideológica – em que pese alguns de seus princípios norteadores; como o fundamento do governo consistir na preservação dos direitos naturais; já se encontrassem na obra de John Locke. Por sua vez, fruto de uma longa tradição ideológica que não se restringia à produção intelectual da França – em especial os contratualistas⁵⁴ e os fisiocratas⁵⁵ –, o movimento revolucionário francês tomou a dimensão de uma verdadeira revolução ocidental, nele já se identificando alguns dos principais pressupostos do

⁵³ Pode se mencionar o monopólio comercial da metrópole com as Antilhas, a alta tributação imposta aos colonos americanos, e a tradição puritana e de liberdade pessoal da *common law* (TOUCHARD, 1959d).

⁵⁴ Teoria que reconhece como origem ou fundamento do Estado (ou, em geral, da comunidade civil) uma convenção ou estipulação (contrato) entre seus membros.

⁵⁵ A Fisiocracia é uma escola do pensamento econômico do século XVIII que reconhece a existência de uma ordem natural racional nos fenômenos econômicos, de modo que qualquer tentativa de intervir nela ou modificá-la é inútil ou prejudicial, de modo que a máxima fundamental da política econômica deve ser a de deixa-la caminhar por sua própria conta – *laissez faire* (ABBAGNANO, 2015c, p. 352).

paradigma jurídico-político moderno, como: soberania da nação; racionalismo; utilitarismo; e individualismo. Em suma, o grande diferencial da Revolução Francesa em relação às revoluções que lhe antecederam foi o fato desta ter se constituído como a primeira revolução filosófica (TOUCHARD, 1959d).

Alain Touraine (2009) afirma que a perspectiva iluminista de uma Sociedade que fosse tão transparente quanto o conhecimento científico fez com que eventos como a Revolução Francesa se transformassem numa resistência não apenas ao despotismo, mas também a todos os corpos que lhe fossem intermediários – como era o caso da Igreja. TOURAINE (2009, p.30) ressalta que “a modernidade mais divide do que une”. Segundo o autor supracitado, a concepção de Modernidade elaborada pelos iluministas se limita a um viés revolucionário e nada mais que isso, pois “ela não define nem uma cultura, nem uma sociedade; ela mais incita as lutas contra a sociedade tradicional do que esclarece os mecanismos de funcionamento de uma nova sociedade” (TOURAINE, 2009, p. 27).

Por outro lado, a Alain Touraine (2009) argumenta que filosofia iluminista não se tratou de uma filosofia do progresso, mas, de ordem, a qual buscou unir o pensamento da antiguidade clássica ao cristão, promovendo um pensamento de secularização do mundo sagrado que se empenharia numa tentativa de unir o homem e o universo. Porém, a ideologia iluminista por si só não conquistaria espaço dentro das estruturas de poder e impulsionado uma revolução filosófica que moldaria o pensamento moderno e suas relações jurídicas. Deve se somar aos marcos teóricos do Iluminismo a contribuição decisiva das mídias da época na difusão da propaganda iluminista, destacando-se o papel das gazetas, enciclopédias, dos cafés, bem como a expansão da franco-maçonaria, que em 1789 já compreendiam um total de 629 lojas (TOUCHARD, 1959c).

Traçando um paralelo no que diz respeito à propaganda iluminista a respeito das monarquias absolutistas, Ronald G. Asch e Heinz Duchhardt (2000) alertam que, diferente do que usualmente é atribuído aos regimes monárquicos dos séculos XVII e XVIII, estudos recentes apontam que os denominados “monarcas absolutistas” faziam uso de seu poder dentro dos limites legais. Autores como Nicholas Henshall (2000) chegam a afirmar que não havia distinção entre as monarquias absolutas e limitadas, pois ambas possuíam o dever de manter uma constituição equilibrada, não sendo termos mutuamente exclusivos, mas que agiam de forma diferente – por meio de prerrogativas e de consultas, respectivamente.

A distinção vital era entre monarquias absolutas e despóticas, que tinham opiniões opostas sobre os direitos de seus sujeitos - não entre monarquias absolutas e limitadas, que eram dois aspectos do mesmo. O discurso político da Era Moderna empregava uma retórica de harmonia que combinava o que parecia ser o oposto. Era dever do governante manter uma constituição equilibrada. Os governos francês e inglês agiram, portanto, tanto por meio de prerrogativa como por meio de consulta. É por isso que os contemporâneos se referiram enigmaticamente aos mesmos governantes como absolutos e limitados. Assim, os dois termos não foram considerados mutuamente exclusivos porque se referiam a diferentes áreas da atividade do governo que tinham regras diferentes (HENSHALL, 2000, p. 53)⁵⁶.

Nicholas Henshall (2000) diferencia os termos “monarquia absoluta” de “absolutismo”, de modo que este último, dotado de uma carga pejorativa, foi utilizado pelos iluministas franceses como um sinônimo para despotismo. Essa tendência não só levou o discurso do século XIX a observar os monarcas absolutos como governantes que detinham o monopólio do poder e negavam os direitos de participação de seus súditos, como também passou a contrapor a forma absoluta de governo na França com o governo limitado da Inglaterra – quando na verdade ambas as monarquias partilhavam de características comuns em sua essência (HENSHALL, 2000).

⁵⁶ La distinción vital era entre monarquias absolutas y despóticas, que tenían puntos de vista opuestos sobre los derechos de sus súbditos – no entre las monarquías absolutas e limitadas, que eran dos aspectos de la misma cosa. El discurso político de la Edad Moderna empleaba una retórica de la armonía que combinaba lo que aparentemente era opuesto. Era el deber del gobernante mantener una constitución equilibrada. Los gobiernos francés y inglés actuaban, pues, tanto mediante la manera de prerrogativa como mediante la manera consultiva. Esta es la razón por la que los contemporáneos se referían enigmaticamente a los mismos gobernantes como absolutos y limitados. Entonces, los dos (términos) no se consideraban mutuamente excluyentes porque se referían a distintas áreas de la actividad gubernamental que tenían reglas distintas.

A “autoridade absoluta” é diferente do “absolutismo”. A primeira é uma espécie de autoridade coexistente com os outros; O segundo é uma agenda de confronto. “Absolutismo” significava despotismo – da maneira que normalmente poderia ser observada na Europa pós-napoleônica. Nos anos vinte do século XIX, o “absolutismo” e a “monarquia limitada” eram alternativas um ao outro. Eles foram projetados na época do antigo regime, no qual o governante era forçado a operar de forma absoluta e limitada. O discurso do século XIX destacou a forma absoluta na França e a limitada na Inglaterra: daí o mito da tirania francesa e da liberdade inglesa [...] Os historiadores do século XIX viram o “absolutismo” e o “despotismo” como termos que poderiam ser trocados, conferindo o monopólio do poder ao governante e negando os direitos e a participação de seus assuntos (HENSHALL, 2000, p. 77; 81)⁵⁷.

Em um ensaio publicado em resposta aos escritos de Nicholas Henshall, Ernst Hinrichs (2000) afirma que as diversas monarquias que se consolidaram no território europeu entre os idos dos séculos XVI a XVIII não seguiram um mesmo padrão, embora o conceito de “absolutismo” tenha sido cunhado com base numa possível generalização de algumas situações excepcionais do desenvolvimento histórico destas monarquias. Nas palavras do autor supracitado, “O absolutismo como uma construção abstrata dos historiadores submeteu a realidade das nações europeias da Idade Moderna à uniformidade de um epistemológico *a priori*, que, como mostram as pesquisas mais recentes,

⁵⁷ “Autoridad absoluta” es diferente de “absolutismo”. La primera es una especie de autoridad coexistente con otras; la segunda es una agenda de confrontación. “Absolutismo” significaba despotismo – de la forma que normalmente se podía observar en la Europa post-napoleónica. En los años veinte del siglo XIX, “absolutismo” y “monarquia limitada” eran alternativas contrarias entre sí. Entonces fueron proyectadas havia atrás sobre el antiguo régimen, en el que un gobernante estaba forzado a operar tanto de forma absoluta como de forma limitada. El discurso del siglo XIX destacó la forma absoluta en Francia y la limitada en Inglaterra: de ahí el mito de la tiranía francesa y la libertad inglesa [...] Los historiadores del siglo XIX vieron el “absolutismo” y el “despotismo” como términos que se podían intercambiar, y que conferían el monopólio del poder al gobernante y negaban los derechos y la participación de sus súbditos.

não existe nessa realidade”⁵⁸ (HINRICHS, 2000, p. 95-96). Dessa forma, a renúncia do conceito de absolutismo não privaria as monarquias europeias de seu perfil histórico, mas traria maior clareza aos estudos a respeito da contribuição de cada qual para a formação do projeto político-jurídico da Modernidade, considerando-se o tamanho, a situação geográfica, e o potencial internacional e universalista de cada país em questão – este último ponto que, conforme já mencionado, a França demonstrava grande propensão no que diz respeito à projeção dos ideais iluministas que dariam forma ao paradigma moderno (HINRICHS, 2000).

Perry Anderson (1974, p. 111-112) é categórico ao afirmar que a queda do Estado absoluto francês não se deve a uma atitude despótica de seus governantes, mas, sim, a fatores econômicos e estruturais decorrentes da pouca flexibilidade de seus fundamentos feudais, caracterizados por um rígido nexos entre Estado e nobreza, o qual desencadeou uma crise interna que eclodiu na Revolução Francesa:

Em 1788, a dívida do Estado era tão grande – pagamento de interesse sobre isso, representando quase 50% das despesas correntes – e o déficit orçamentário tão agudo, que os últimos ministros de Luís XVI, Calonne e Lomenie de Brienne, resolveram impor um imposto sobre a terra na nobreza e no clero. Os Parlamentos resistiam furiosamente a estes esquemas; a monarquia em desespero decretou sua dissolução; então, recuando ante o alvoroço das classes proprietárias, restabeleceu eles; e, finalmente, capitulando as demandas dos Parlamentos para um Estado-Geral antes que qualquer reforma tributária fosse concedida, convocou os três Estados em meio à desastrosa falta de grãos, desemprego generalizado e a miséria popular de 1789. A reação aristocrática contra o Absolutismo dali passou à revolução burguesa que a derrubou. De forma adequada, o colapso histórico do Estado Absolutista Francês estava vinculado diretamente à inflexibilidade de sua formação feudal. A crise fiscal que detonou a revolução de 1789 foi provocada por sua

⁵⁸ El absolutismo como constructo abstracto de los historiadores sometió la realidad de las naciones europeas de la Edad Moderna a la uniformidad de un a priori espitemológico, la cual, como muestran las investigaciones más recientes, no existía en esa realidad.

inabilidade jurídica para tributar a classe que este representava. A própria rigidez do nexo entre Estado e nobreza precipitou a queda de ambos⁵⁹.

Não obstante tais estudos hodiernos a respeito da relativização do conceito de absolutismo, a história demonstra que seu emprego e identificação com governos despóticos fez com que, em meados do século XVIII, as monarquias absolutas fossem convertidas em inimigas pelo iluminismo burguês, passando a ser alvo de uma retórica política antagônica da qual, salvo algumas exceções, os monarcas já não podiam mais esquivar-se (ASCH; DUCHHARDT, 2000). Como se observará ao longo deste estudo, a Modernidade criaria seus próprios antagonistas e se empenharia em desqualificar tudo aquilo que atentasse contra o seu padrão de racionalidade – abstrato, simplificador, dogmático, e capitalista –, de modo que tudo aquilo que fugisse a sua razão de Estado e ao direito posto por este, logo seria estigmatizado como ultrapassado ou anárquico, um atentado a sua *raison d'être*: a preservação do próprio paradigma moderno. E, nesse ínterim, a reconfiguração do padrão de relações jurídicas promovido pela Modernidade se tornaria uma estratégia decisiva para a manutenção do *status quo*.

Ao promover o ideário da burguesia como interesse público e apresentar seu programa de governo, o iluminismo burguês também tinha que se preocupar com aspirações democrático-populistas que impulsionavam ideais como os de soberania popular, fraternidade e igualdade, outrora defendidos pelo movimento iluminista, mas que poderiam representar um risco aos objetivos da elite burguesa. Para frear

⁵⁹ By 1788, the State debt was so large – payment of interest on it accounting for nearly 50 per cent of current expenditure – and the budgetary deficit so acute, that Louis XVI's last ministers, Calonne and Lomenie de Brienne, resolved to impose a land tax on the nobility and clergy. The Parlements furiously resisted these schemes; the monarchy in desperation decreed their dissolution; then, retreating before the uproar from the propertied classes, reestablished them; and finally, capitulating to the Parlements' demands for an Estates-General before any tax-reform was granted, convoked the three Estates amidst the disastrous grain shortage, widespread unemployment and popular misery of 1789. The aristocratic reaction against Absolutism therewith passed into the bourgeois revolution which overthrew it. Fittingly, the historical collapse of the French Absolutist State was tied directly to the inflexibility of its feudal formation. The fiscal crisis which detonated the revolution of 1789 was provoked by its juridical inability to tax the class which it represented. The very rigidity of the nexus between State and nobility ultimately precipitated their common downfall.

o avanço de uma reforma democrático-participativa, o Estado moderno foi artificialmente estruturado pelos intelectuais modernos como uma organização formal e complexa em sua estrutura e hierarquia. Não se tratou de uma imposição divina ou do produto natural do desenvolvimento histórico, mas tomou a forma de uma realidade “feita”, deliberadamente arquitetada por um grupo hegemônico, e que tem como *télos* a expansão contínua de seu próprio poder, dirigindo-se aos indivíduos de maneira abstrata e geral através de uma linguagem que não leva em consideração as características e condições particulares de cada cidadão: a lei (POGGI, 1981).

A lei oriunda do Estado moderno retira sua legitimidade de uma lógica jurídico-racional que fundamenta sua validade no ato formal de ter sido produzida de acordo com regras processuais emanadas pela própria autoridade estatal. Ao justificar a validade de suas normas através de um critério exclusivamente formal e definido por ele mesmo, o Estado moderno despersonaliza o exercício do poder, de modo que os cidadãos já não obedecem mais uns aos outros, mas à lei, cuja racionalidade oriunda de suas regras processuais eleva esta acima de quaisquer pretensões ou reivindicações individuais, criando uma relação de identidade entre Estado e direito (POGGI, 1981).

Nas palavras de Gianfranco Poggi (1981, p. 111):

O direito moderno é, outrossim, um corpo de leis promulgadas; é direito *positivo*, deliberado, feito e validado pelo próprio Estado no exercício de sua soberania [...] dentro do sistema de governo, o direito é o modo clássico de expressão do Estado, a sua própria linguagem, o veículo essencial de sua atividade. Pode se visualizar o Estado, em seu todo, como um conjunto legalmente constituído de órgãos para a criação, aplicação e cumprimento de *leis*.

Como Paolo Grossi (2007) afirma, o legalismo abstrato foi uma herança das monarquias absolutas que o governo pós-revolucionário do final do século XVIII acolheria sem reservas, pelo contrário, se esforçaria ainda mais em reduzir o direito à lei, e o fez através de simulacros democráticos que identificavam a vontade legislativa com a vontade geral. O autor supracitado afirma que “o drama do planeta moderno consistirá em realizar o processo de absorção do direito na lei, na sua identificação na lei; para isso, basta que essa seja lei, mesmo que seja ruim

ou iníqua” (GROSSI, 2007, p. 44). O pluralismo e a antiga sobreposição e integração de fontes cedeu lugar a uma atitude monista cuja única fonte normativa que tem sua validade e hierarquia reconhecida é a lei, esvaziando toda a comunicação entre direito e Sociedade, numa espécie de canalização obrigatória entre a politização e a formalização das relações jurídicas (GROSSI, 2007).

Há um evidente protagonismo da lei no paradigma jurídico-político moderno, o suficiente para alguns dos edifícios vazios erguidos pela Modernidade – como a lei, legalidade, e a segurança jurídica – mostrarem-se merecedores de promoção e proteção pelo Estado, o que este o faria através de sua legitimação formal antes de sua legitimação social. O paradigma moderno vincula a lei a uma dimensão eminentemente formal e sem conteúdo, cuja legitimidade decorre do simples fato de ser proveniente de um sujeito soberano que se identifica cada vez mais com o legislador, ou seja, com a esfera representativa, em prejuízo da participativa. O Estado moderno garante aos cidadãos um conjunto de garantias formais, deixando de lado a práxis jurídica, sua casuística, ou seja, a correspondência entre a lei e aquilo que a coletividade reputa como justo, razão pela qual não é de se estranhar a desconfiança que o cidadão comum tem para com a lei, a qual apresenta-se para ele como um simples comando autoritário. Em outras palavras, obedece-se a lei por seu caráter formal, e não pelo seu aspecto material (GROSSI, 2007).

O protagonismo da lei e da magistratura, aliado ao monismo estatal, ao racionalismo abstrato, e a uma perspectiva eminentemente individualista e representativa das relações jurídicas, dariam forma a um paradigma jurídico no qual a dimensão coletiva não encontraria mais espaço para se desenvolver, tendo esta se esvaído e se confundido com o âmbito público e o privado. A esfera privada e a estatal conquistariam os holofotes dos planos jurídico e político, reservando à Sociedade um papel de figuração na composição e administração das instituições modernas.

Consequentemente, as relações jurídicas projetadas pela Modernidade se dedicariam a tutelar os bens públicos e os privados, não destinando aos bens coletivos mecanismos de tutela processual adequados e dotados de legitimidade em sua esfera de deliberação. E, como se observará posteriormente, a complexidade decorrente de uma etapa já tardia da Modernidade demanda uma nova dimensão processual apta a solucionar os vícios inerentes aos esforços de simplificação operacionalizados pelo paradigma moderno no âmbito das relações jurídicas. Dessa forma, mostra-se de suma importância uma análise dos

modelos processuais promovidos pela Modernidade e o impacto destes nas relações jurídicas de uma Modernidade tardia.

4.3 AS RELAÇÕES JURÍDICAS NA MODERNIDADE

O racionalismo promovido pela Modernidade levou à secularização do pensamento cristão e ao desenvolvimento de uma perspectiva humanista na qual o indivíduo passou a identificar-se como um ator social dotado de uma consciência moral própria (TOURAINÉ, 2009). Porém, conforme observado, uma vez tendo conquistado a hegemonia, a elite burguesa constatou nos ideais democráticos e participativos reformistas uma ameaça aos seus intentos, razão pela qual a despersonalização do poder, promovida pela formalização dos pressupostos de legitimação da soberania, encontrou na lei uma estratégia apta a concatenar o discurso ideológico moderno com os objetivos políticos e econômicos da burguesia.

Ao favorecer um modelo econômico capitalista e afirmar a obrigação do Estado em reconhecer e assegurar os direitos individuais, as legislações modernas contribuíram para que a propriedade passasse a ser menos identificada com aquilo que preenche a essência do ser humano do que com aquilo a que este tem direito. Tal mudança de perspectiva vinculou diretamente os conceitos de direito e propriedade, de forma que, de pré-requisito para as relações políticas entre pessoas, a propriedade passou a se constituir em um sistema de relações juridicamente tuteladas entre pessoas e coisas (POCOCK, 2003). Ademais, a modernização econômica também contribuiu para que os princípios do pensamento racional se transformassem em objetivos e políticas sociais, de modo que a Modernidade, de um conjunto de ideais, passou a ser identificada como grande projeto a ser perseguido, o qual tinha como premissa básica a ideia de progresso (TOURAINÉ, 2009).

E seria a lei o canal de comunicação entre o século das luzes e a era do progresso, tendo ela servido de plataforma para que os ideais iluministas – agora convertidos em objetivos e políticas sociais – conquistassem a segurança e autoridade necessárias para que se firmassem e irradiassem no âmbito das relações jurídicas. A lei tornou-se a via mais segura para a união entre idealismo e materialismo, o que atribuiu à premissa de modernização o caráter impositivo necessário para que o ideal de progresso não se limitasse mais ao mundo das ideias, mas se estendesse, também, aos modos de produção, à industrialização, à

urbanização, à administração pública, e, sobretudo, à configuração das relações jurídicas.

Dessa forma, o ideal de progresso produziria reflexos imediatos na vida em Sociedade, passando a observar os problemas sociais como um conflito entre um passado a ser superado e um futuro a ser conquistado, o que, mais do que natural, mostrar-se-ia uma exigência da racionalidade. Conforme Alain Touraine (2009, p. 72) destaca:

A ideia de progresso ocupa um lugar intermediário, central, entre a ideia de racionalização e a de desenvolvimento. Este dá primazia à política, aquela ao conhecimento; a ideia de progresso afirma a identidade entre políticas de desenvolvimento e triunfo da razão; ela anuncia a aplicação da ciência à política e por isso identifica uma vontade política com uma necessidade histórica.

É por esta mesma razão que, apesar do universalismo promovido pelos ideais da Revolução Francesa e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão alcançarem apenas algumas elites, o sentimento de necessidade promovido pelo ideal de progresso alimentou uma visão historicista dominada por um conceito de totalidade que uniu as massas, em nome da nação e da história, contra as minorias que resistiam à modernização das instituições, transformando o processo revolucionário em algo natural e necessário (TOURAINÉ, 2009).

Reinhart Koselleck (2006) afirma que o conteúdo semântico do termo “revolução” não é unívoco, variando de movimentos sangrentos, golpes políticos, e inovações científicas, à transformações de longo prazo que afetam o cotidiano, se tratando, portanto, de um conceito geral, porém, ambivalente, que pode significar todos esses sentidos ao mesmo tempo, ou apenas um deles. Nas palavras do autor supracitado, “É quase como se no interior da palavra revolução habitasse uma força revolucionária capaz de fazer com que a expressão se dissemine continuamente e seja capaz de conter em si o mundo todo” (KOSELLECK, 2006, p. 62). Enfim, o termo “revolução” trata-se de um produto linguístico da Modernidade, e com a Revolução Francesa este conceito se associaria à ideia de progresso e importaria num esforço racional de aceleração do tempo pelo homem, como pode se observar no próprio discurso de Maximilien de Robespierre a respeito da Constituição de 1793: “É chegada a hora de conclamar cada um para seu

verdadeiro destino. O progresso da razão humana preparou esta grande Revolução, e vós sois aqueles sobre os quais recai o especial dever de acelerá-la” (ROBESPIERRE apud KOSELLECK, 2006, p. 25).

A ideia de aceleração do tempo, até então temida por anteceder o Juízo Final, passou a ser observada no contexto pós-revolucionário como um conceito histórico relacionado à esperança do progresso, embora tenha se tratado de uma antecipação subjetiva do futuro desejado por aqueles que detinham o poder, motivo pelo qual os levantes sociais contrários ao ideal de progresso promovido pelos revolucionários, foram considerados *rebeliões*, e não revoluções, sendo então reprimidos (KOSELLECK, 2006). Nesse sentido, pode se afirmar que, se por um lado o ideal revolucionário promoveu um processo de aceleração que ajudou a impulsionar avanços tecnológicos e sociais, por outro lado, esse mesmo conceito mostrou-se “uma reivindicação consciente de dominação por parte daqueles que se viram iniciados nas leis de progressividade de uma revolução entendida como tal” (KOSELLECK, 2006, p. 74).

A aceleração temporal contida no ideal de progresso aproxima o presente do futuro, a fim de possibilitar que mudanças ocorram num curto espaço de tempo, de modo que a Modernidade também nasce de um processo de disciplinarização do tempo pelo homem. Nesse sentido, a disciplina do tempo e a ordem proveniente desta se devem, em muito, à secularização promovida pela Modernidade, a qual rompeu com os preceitos medievais cristãos de uma temporalidade vinculada a um ser eterno. Em seu lugar surge um processo de humanização do tempo histórico, o qual, sob a influência de um capitalismo emergente, criou o sentimento de uma necessidade de economia de tempo, essencial ao progresso econômico, porém prejudicial a algumas instituições tradicionais, como a família e a religião (SPENGLER, 2010).

A Modernidade promoveu um distanciamento entre as noções de tempo e espaço muito maior que o observado nas mais desenvolvidas civilizações pré-modernas. É a separação entre tempo e espaço, e a consequente aceleração do primeiro, que dá a tônica da Modernidade, conforme destaca Anthony Giddens (1991, p. 26):

O dinamismo da modernidade deriva da *separação do tempo e do espaço* e de sua recombinação em formas que permitem o “zoneamento” tempo-espacial preciso da vida social; do *desencaixe* dos sistemas sociais (um fenômeno intimamente vinculado aos fatores envolvidos na separação do tempo-espço); e da *ordenação e reordenação*

reflexiva das relações sociais à luz das contínuas entradas (*inputs*) de conhecimento afetando as ações de indivíduos e grupos.

Antes de um fenômeno físico ou decorrente da subjetividade da psique humana, o paradigma moderno favoreceu o desenvolvimento do tempo enquanto uma instituição social. E, se a premissa básica do direito é contribuir para a instituição do mundo social, há de se reconhecer a interação existente entre esses dois conceitos, de modo que o direito pode ser identificado enquanto uma instituição temporal. Dentro do âmbito jurídico, a Constituição é o principal instrumento de ligação com o futuro, nela se encontrando todos os principais objetivos de uma nação – embora as promessas constitucionais sejam comumente acompanhadas de uma sensação de incerteza e insegurança avessas aos desígnios imediatistas da temporalidade moderna (SPENGLER, 2010).

Porém, se por um lado o ideal de aceleração do tempo promovido pelo desejo de progresso resultou em avanços tecnológicos e sociais, por outro, quando aplicado ao direito positivado pelo Estado, esta mesma premissa pode resultar na criação de um instrumento de dominação política apto a garantir – através de regras e princípios racionais dotados de um padrão de legitimidade meramente formal – o futuro desejado pela classe hegemônica. Em realidade, mais do que antecipar o futuro, o direito se propôs a garantir que este se tornasse estático no que tange às normas de conduta social, de modo que o padrão almejado pelos detentores do poder se tornasse pouco suscetível a variações em seu alcance e conteúdo que não coincidisse com o desejado por estes.

Mesmo que o primado da razão e o ideal de progresso incorporado à percepção temporal – convertido pela racionalidade moderna em uma necessidade histórica – fossem compartilhados pelos intelectuais e líderes modernos, em algumas ocasiões, o contexto pós-revolucionário desconsiderou o discurso racional que lhe deu sustentação, em prol dos interesses políticos. Bertrand Russell (2017, p. 306) cita como exemplo dessa inversão de premissas o caso de Lavoisier, um dos principais precursores da ciência moderna:

O que todos esses pensadores igualmente enfatizavam era o primado da razão. Depois da Revolução Francesa, que destronou a religião reinante, foi inventado um ser supremo e a ele foi dedicado uma festividade especial. Essencialmente, isso foi uma deificação razão. Ao

mesmo tempo, a revolução mostrou escasso respeito pela razão em outras questões. Lavoisier, o fundador da química moderna, foi acusado perante um tribunal revolucionário da época do Terror. Ele fora coletor de rendas públicas e de fato sugerira algumas valiosas reformas fiscais. No entanto, como funcionário do *ancien régime*, foi acusado de crimes contra o povo. Quando se alegou que se tratava de um dos maiores cientistas, o tribunal replicou que a república não precisava de cientistas. E assim Lavoisier foi guilhotinado.

O destino de Lavoisier revela algo que até então não estava explícito: a burguesia, enquanto classe hegemônica, fez uso do discurso racional promovido pela ciência moderna para secularizar o poder e tomar as rédeas deste. Tão logo firmou seu poder político num contexto pós-revolucionário, a burguesia flexibilizou os pressupostos de racionalidade provenientes da ciência ao favor de seus interesses políticos e econômicos. Como Juan Ramón Capella (2002, p. 119) bem afirma, o Estado Liberal inaugurado pelas revoluções políticas burguesas assimilou as características de um duplo Estado: “de um estado que por uma parte reveste as aparências externas do modelo ilustrado mas que, por outra, dispõe de uma reserva de domínio político excepcional, a margem de tal modelo, que pode empregar em caso de emergência”.

O direito consolidaria essa dupla função, tendo a sistematização promovida pelas grandes codificações, aliado o discurso racionalizador moderno aos interesses de um capitalismo emergente. Assim, as relações jurídicas modernas passaram a gozar de um nível de legitimidade formal antes inédito, pois a Modernidade atribuiu às normas estatais um caráter de racionalidade e certeza incontestável perante o novo paradigma hegemônico, que não conseguia mais conceber um padrão de normatividade alheio àquele proveniente do Estado, não obstante por vezes o discurso racional viesse a ser superado por interesses socioeconômicos e políticos.

Antonio Padoa Schioppa (2014) afirma que a Revolução Francesa foi dotada de um certo teor antijudicial, uma vez a diversidade de fontes de outrora foi substituída pela exaltação da lei do Estado, a qual, além de se consolidar no principal instrumento da política, também foi considerada a responsável por restaurar a certeza do direito, reduzindo a função jurisdicional à aplicação direta e automática da lei. As inovações introduzidas pela Assembleia Nacional Constituinte, entre 1789 e 1791,

influenciaram não apenas a história constitucional francesa, mas todo o paradigma jurídico europeu durante o decurso do século XIX, sendo que muitas das reformas introduzidas pela Constituinte tiveram suas raízes nas propostas iluministas.

Produto da Constituinte, e com possível inspiração nas constituições das colônias americanas – embora com um fundamento político e jurídico diferente destas –, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi elaborada com o intuito de expressar alguns princípios norteadores da nova ordem que os revolucionários pretendiam instituir, tendo como fundamento algumas das principais premissas iluministas, agora transformadas em fórmulas jurídicas, como: a) a incorporação da teoria jusnaturalista sobre a liberdade originária do homem e sobre a ilicitude de discriminações por status⁶⁰; b) a preservação dos direitos individuais como fundamento de toda forma de associação política⁶¹; c) a vinculação entre os ideais de soberania, Estado e nação, não atribuindo a primeira ao domínio de um indivíduo em particular, mas ao corpo político como um todo⁶²; d) o reconhecimento da lei como expressão da vontade geral, e do tratamento igualitário de todos perante esta⁶³; e) a negação de um regime absolutista e uma necessária separação de poderes entre autoridades distintas⁶⁴; f) a inviolabilidade, e até mesmo a sacralidade – o que é deveras controverso num cenário de secularização do Estado – da propriedade privada⁶⁵ (SCHIOPPA, 2014).

⁶⁰ Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum (FRANÇA, 2017).

⁶¹ Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão (FRANÇA, 2017).

⁶² Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente (FRANÇA, 2017).

⁶³ Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos (FRANÇA, 2017).

⁶⁴ Art. 16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (FRANÇA, 2017).

⁶⁵ Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização (FRANÇA, 2017).

Nesse viés, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o grande texto normativo responsável por arrematar a Modernidade enquanto paradigma, pondo um fim a debates que já se estendiam por mais de dois séculos a respeito dos direitos e dos deveres do homem e do Estado. É essa Declaração a responsável por unir e dar coerência a dois conceitos aparentemente opostos: o dos direitos individuais inalienáveis, defendido por John Locke, e o da existência de uma vontade geral soberana, defendido por Jean-Jacques Rousseau. Em suma, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi responsável por conciliar o interesse individual ao bem comum, assim aliando o interesse de cada um com o da sociedade em geral. Foi esta declaração a responsável por consolidar a compreensão da lei enquanto uma expressão da vontade geral e instrumento da igualdade, na mesma medida em que também afirmou seu dever na guarda dos direitos individuais e na imposição de limites às liberdades. Trata-se de um documento que, apesar de burguês, também é jusnaturalista, de modo que o seu individualismo inato se mostra ao mesmo tempo um triunfo do capitalismo e um instrumento de resistência ao poder estatal, fato que por si só já demonstra uma contradição interna que se tornaria evidente na Sociedade industrial e que exigiria um redimensionamento de suas relações jurídicas (TOURAINÉ, 2009).

O individualismo proveniente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afetou profundamente as relações jurídicas na medida em que transformou as liberdades em um direito exclusivo do indivíduo enquanto tal, não as identificando mais como um direito concedido a determinadas corporações ou classes sociais (SCHIOPPA, 2014). O indivíduo tornou-se o ponto de partida das relações jurídicas na Modernidade, no entanto, este foi definido à margem da sociabilidade, de modo que esta se passou a ter uma atenção secundária do ponto de vista normativo, passando a ser observada como uma mera função acidental da individualidade (CAPELLA, 2002).

Em realidade, conforme Juan Ramón Capella (2002) afirma, a irrelevância da sociabilidade humana tratou-se de uma exigência do capitalismo moderno para o desenvolvimento de uma nova concepção do ser humano, entendidos não mais como membros de um coletivo, mas como autômatos programados de acordo com princípios egoístas que os levam a agir em busca de seu prazer e segurança individuais. Nesse sentido a teoria do estado de natureza serviu como um construto abstrato apto a alavancar a concepção extra social do indivíduo, conforme explana o autor supracitado:

Assim, a noção de estado de natureza, que se concebe sempre como uma hipótese teórica ou de razão para refletir sobre o poder político, e não como um estágio histórico empírico concreto, permite que a *razão* legitime as instituições básicas da economia capitalista – propriedade, trabalho assalariado, acumulação e contrato abstrato – *antes de que o poder político ou estatal o tome em consideração*. Esta naturalização permitiu apresentar certos *direitos* (à vida, à propriedade e a alienar) como um *prius* lógico a respeito da existência de poder político-jurídico em sentido próprio. Se seguirá falando, pois, durante certo tempo, de *direitos naturais*. Trata-se, contudo, de direitos naturais de razão (não dependentes da fé religiosa). Aparecem como inatocáveis pelo estado, pois se estabelecem na condição natural da humanidade, e o estado se institui para mantê-los. Os direitos à vida, à propriedade e a capacidade contratual ficam assim *naturalizados*. Se o estado interferir neles aparecerá como *ilegítimo*, isto é, como não conforme ao conjunto de crenças sacralizadas laica e socialmente acerca do aceitável (CAPELLA, 2002, p. 107).

A exaltação de uma concepção extra social do indivíduo acentuou o processo de simplificação das relações jurídicas, tendo estas se dividido em duas esferas distintas e que não se mostram intercáláveis. A esfera privada diz respeito somente às relações jurídicas provenientes do âmbito individual, possuindo um teor considerado politicamente irrelevante, sem interferência direta sobre a coletividade. Por outro lado, a esfera pública importa no interesse de toda a coletividade, possuindo, portanto, um caráter político, não podendo interferir no plano privado – exceto para estabelecer seu marco regulatório –, uma vez que se trata de matéria comum a todos, não havendo homens na esfera pública, senão cidadãos (CAPELLA, 2002).

Como pode se observar, o paradigma moderno dissociou o interesse público em relação ao privado, mas não fez distinção quanto ao interesse coletivo, o qual foi diluído entre as duas esferas de interesse já mencionadas, sendo comumente confundido com o âmbito público estatal. Consequentemente, a Modernidade não reconheceu a Sociedade como sujeito de direito, legando a tutela dos bens jurídicos coletivos ao Estado, resultando num padrão bipartite de relações jurídicas

disciplinadas de forma atomizada e desintegrada (NUNES; PILATI, 2014). As relações jurídicas modernas não consagraram o coletivo como bem jurídico autônomo, nem lhe destinaram disciplina jurídica própria e integrada com as dimensões privada individual e público estatal, como bem salienta José Isaac Pilati (2012, p. 32):

O jurídico na Modernidade, pois, não consagra o coletivo como bem autônomo, mas o dilui nos meandros do ordenamento. Em benefício do privado, desclassifica o coletivo na substância. Proclama-o como direito, mas lhe dá a forma jurídica de dever. Negando-lhe autonomia jurídica como bem, despersonaliza-o na esfera do sujeito, suprimindo a participação efetiva da Sociedade; sonega-lhe a tutela específica de processo coletivo – para relegá-lo ao faz-de-conta de uma segurança jurídica praticamente nula por ineficaz e inoperante. É um paradigma, enfim, que se caracteriza por eliminar a dimensão de direito subjetivo dos bens fundamentais coletivos.

Ao desconsiderar a dimensão coletiva, a pluralidade de fontes normativas, e o aspecto participativo da jurisdição, as relações jurídicas modernas se firmaram num modelo individualista, monista e autocrático, que buscou assegurar prioritariamente os interesses do capitalismo e da burguesia, deixando a Sociedade, enquanto sujeito coletivo de direito, à margem dos processos de deliberação, não apenas jurídica, como política (NUNES; PILATI, 2014).

Assim, Findada a Assembleia Nacional Constituinte, a Monarquia Parlamentar instaurada pela Constituição Francesa de 1791 rompeu com as pretensões democráticas, participativas, e universalistas da Revolução Francesa, tendo estabelecido um sistema eleitoral censitário (NUNES; PILATI, 2014). Pode se afirmar que o que se operou foi uma verdadeira transição de poder entre déspotas, passando da monarquia absoluta para o despotismo dos homens do dinheiro, resultando numa igualdade assegurada apenas sob a perspectiva formal, no âmbito do tratamento perante a lei, persistindo os problemas de desigualdade de ordem material (BAGGIO, 2008).

Em evidente contraste com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cada uma das fases da Revolução que se seguiram ao início da Constituinte viu a predominância de uma facção que buscou dominar as outras através do emprego da força, mediante uma estrutura política

sem divisão de poderes, o que, nas palavras de Antonio Padoa Schioppa (2014, p. 316), resultou num “regime caracterizado por uma verdadeira ditadura de assembleia”, concomitantemente levando a uma espiral de Terror em que as garantias de proteção do indivíduo foram totalmente invertidas. O destino do próprio Robespierre traduziu a derrocada da matriz democrática revolucionária, pois o líder dos Jacobinos – apesar de seu regime despótico – enfrentou a alta burguesia ao dar maior assistência aos pobres e estender-lhes os direitos políticos, através da Constituição Francesa de 1793, para logo em seguida ser preso e guilhotinado, sem julgamento (OLIVEIRA, 2011).

Após a morte de Robespierre, o governo revolucionário passou a ser controlado por políticos oriundos da alta burguesia, os quais firmaram seu controle sobre os espaços de representação política através de um regime denominado como “Diretório”, que marcou o fim da participação popular no processo revolucionário. O Diretório persistiu até que em 18 de Brumário do ano VIII (09 de novembro de 1799) o golpe de Estado protagonizado pelo general Napoleão Bonaparte dissolveu a Assembleia do Diretório e instituiu o Consulado, cabendo a Bonaparte as funções de primeiro cônsul. Dentre os feitos de Bonaparte, destacam-se uma série de reformas legislativas que afetariam diretamente o espectro das relações jurídicas da França e da Europa como um todo, em especial as codificações realizadas no âmbito do direito privado, penal e processual (SCHIOPPA, 2014).

Os esforços para a incorporação do direito em instrumentos normativos planejados e estáveis tiveram origem na Áustria e na Prússia, ainda no século XVIII, quando da edição dos primeiros códigos nacionais a entrarem em vigor. Tais códigos tinham como premissa básica a uniformização dos sistemas jurídicos espalhados pelo território de tais nações, e podem ser considerados “uma expressão da convicção da época sobre o poder organizador da razão pura, a principal certeza da era do Iluminismo” (KELLY, 2010, p. 411).

Diferente das codificações pré-modernas, os códigos modernos não se resumiram à recompilação de um arcabouço legislativo prévio, mas se dedicaram a sistematizar, organizar e simplificar a legislação, a fim de tornar o direito calculável e de lhe atribuir a segurança jurídica necessária às exigências do mercado. O princípio de calculabilidade compartilhado pelas codificações modernas fomentou uma juridicidade omnívora que buscou qualificar juridicamente todos os aspectos imagináveis da vida social. E, ao erigir uma regulamentação tão ampla e minuciosa, as codificações se propuseram a criar uma norma permanente – dado o seu caráter geral e estruturante –, a qual se mantivesse à margem

das mudanças políticas, e perpetuasse no tempo a visão e os desígnios de seus elaboradores (CAPELLA, 2002).

Por outro lado, as codificações regulamentaram de maneira exclusiva as principais áreas disciplinadas pelo direito comum e pelos direitos locais, extinguindo definitivamente a pluralidade das fontes de direito e das formas de jurisdição (OLIVEIRA, 2011). Foram elas as responsáveis por excluir do ordenamento jurídico as fontes normativas subsidiárias anteriormente em vigor, rompendo com um imenso patrimônio de normas acumulado no decorrer dos séculos, o que importou no fim da vigência das leis, dos costumes, do Direito Romano, da jurisprudência dos tribunais, do direito comum, e de qualquer outra fonte de direito que regresse as matérias disciplinadas pelos códigos. Estes últimos se tornaram uma fonte exclusiva, o que impedia inclusive a atividade jurisdicional de realizar qualquer tarefa de heterointegração com outras fontes normativas (SCHIOPPA, 2014).

No que diz respeito às codificações francesas, estas tiveram o objetivo precípua de excluir da atividade jurisdicional toda incerteza e arbitrariedade, minimizando o máximo possível a função interpretativa e criativa dos juízes, reduzindo-os a um papel semelhante ao de máquinas munidas de uma rede completa de soluções e programadas para aplicá-las automaticamente a qualquer problema que lhes fosse apresentado (KELLY, 2010). A razão seria o mestre de obras desta construção legislativa, e que foi sua realização suprema no âmbito jurídico, sendo que, nas palavras de John Maurice Kelly (2010, p. 412), “o produto destilado da longa serpentina dessa história foi um código que se bastava a si mesmo como orientação para o juiz e cuja mera promulgação era a garantia suficiente de sua validade; fora dele, nem o juiz, nem o cidadão podiam recorrer a outros valores”.

A transição do direito comum ao das codificações configurou um momento de ruptura na história do direito ocidental, transformando todo o paradigma das relações jurídicas modernas e dando origem ao moderno positivismo legislativo, ratificando uma tendência monista e autocrática no que diz respeito à tutela dos bens jurídicos (SCHIOPPA, 2010). Consequentemente, no plano acadêmico, a reflexão histórica e teórica perdeu espaço para uma análise estritamente formal do direito – uma vez que a primeira poderia comprometer a estabilidade imposta pelas codificações –, tendo a escola da exegese (*école de l'exégèse*) ganhado destaque por dedicar-se exclusivamente à apreciação do conteúdo de cada artigo dos códigos, colocando a vontade do legislador à frente de valores fundamentais. Houve uma verdadeira progressão paradoxal, pois “O que foi originalmente projetado como uma declaração estável do direito

natural acabou eclipsando o direito natural” (KELLY, 2010, p. 412), ou seja, a forma se sobrepôs à substância do direito.

Dentre as codificações promovidas por Napoleão Bonaparte, destaca-se o Código Civil, composto por 2.281 artigos, dotados de uma força normativa semelhante à Constituição. O próprio Bonaparte considerou o Código Civil o produto mais importante e duradouro de seu governo, o que se deve ao fato deste ter conjugado a tradição romanista com a consuetudinária e por representar uma primeira disciplina coerente de toda a cultura civilista, o que possibilitou ao Código Civil substituir qualquer outra fonte de direito em descontinuidade com o paradigma moderno. Além disso, sua subdivisão – livro I, as pessoas; livro II, os bens e as modificações da propriedade; livro III, as diversas maneiras de aquisição da propriedade – reiterou a tendência moderna de colocar a propriedade no centro da disciplina jurídica, o que já podia se observar na Declaração de 1789, dado o status de “sagrada e inviolável” atribuído por esta a propriedade (SCHIOPPA, 2014). Enfim, soma-se à centralidade da disciplina jurídica da propriedade, o caráter positivo atribuído a esta por meio do sufrágio, o qual só era exercido por aqueles que acumulassem uma quantia específica de bens, vinculando o exercício da cidadania à apropriação privada (KELLY, 2010).

Aliado às codificações, a configuração de um sistema de tribunais estável, funcional e hierarquizado também foi uma exigência do primado de segurança jurídica da Modernidade (CAPELLA, 2002). E, no que diz respeito à interpretação e integração dos Códigos Napoleônicos, com o tempo, o Supremo Tribunal de Justiça acabou se consolidando em sua principal fonte, fato que consolidou um processo já iniciado pela Assembleia Constituinte ao instituir o Tribunal Superior de Justiça, que tinha como função dar uniformidade à interpretação da lei em todo o Estado, garantindo, assim, a projeção de uma nova ordem judiciária. Esse processo nomofilático demonstra o efeito unificador da Revolução, o qual buscou aumentar o atributo de certeza do direito, mesmo que em prejuízo do mérito das questões sob análise:

A instituição do Tribunal Superior de Justiça, que retomava e generalizava uma função anteriormente exercida pelo *Conseil du roi*, tinha a função de garantir a uniformidade da interpretação da lei em todo o Estado: uma função nomofilática fundamental destinada a aumentar a certeza do direito e não a reexaminar o mérito do caso concreto. Também neste terreno se apreende o

efeito unificador da revolução, não mais questionado desde então: enquanto o Antigo Regime mantivera treze tribunais soberanos e inapeláveis em outras tantas regiões históricas, cada uma dotada de seus próprios costumes processuais e substanciais, a reforma de 1790 criou um único tribunal supremo competente para todo o território do Estado (SCHIOPPA, 2014, p. 311).

José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 410) afirma que “A história do processo pode ser traçada também em termos de quem o domina, ou seja, de quem são os atores relevantes no seu desenvolvimento”. E foi a Modernidade que consolidou o direito da autoridade pública de julgar em última instância as contendas existentes entre os indivíduos, tendo a Revolução Francesa também promovido uma grande ruptura com o sistema judicial e processual, na medida em que o Estado se apropriou de todas as funções judiciais. O moderno Estado liberal conquistou o monopólio da função jurisdicional mediante a universalização da cidadania através de um primado de igualdade formal que submetia todos, sem distinção, à mesma lei. E assim o fazendo, todos os conflitos passaram a ser universalmente administrados por um único sistema de tribunais, com base em um mesmo sistema de regras procedimentais (LOPES, 2008).

A respeito do processo judicial no paradigma moderno, inicialmente incumbe destacar que o intento de disciplinarização do tempo se estende à seara processual, uma vez que a concepção de tempo aplicada ao processo se dissocia daquela observada no cotidiano. Trata-se de uma resposta à incerteza proveniente do mundo social, um estratagema de controle utilizado para evitar o imprevisível e assim racionalizar e impor ordem à jurisdição. O processo moderno não corre em tempo real, mas num tempo recriado que faz com que a tutela judicial muitas vezes aconteça a “destempo” dos litígios, o que permite afirmar que há uma preeminência da forma sobre a substância dos julgados, a fim de possibilitar o controle sobre a máquina judiciária (SPENGLER, 2010).

As reformas decorrentes da Revolução Francesa e do Código de Processo Civil de 1806 aboliram os privilégios e as jurisdições particulares do período pré-liberal, consolidando um único sistema de tribunais que fez do procedimento instituído pelo Estado a única via racional para o exercício dos poderes públicos. Dessa forma, a Modernidade inaugurou aquele que seria conhecido como “liberalismo processual”, caracterizado por uma sobrevalorização dos princípios do

dispositivo e da escritura, tendo em vista a suposição de uma cidadania paritária – decorrente do reconhecimento de um princípio de igualdade formal –, onde cidadãos autossuficientes não necessitavam do auxílio estatal na tutela de seus interesses (NUNES, 2012).

A igualdade formal, por pressupor a inexistência de disparidades entre os indivíduos, gerou, também no processo, uma impossibilidade de compensação de desigualdades sociais e econômicas. Por outro lado, o princípio do dispositivo viabilizou um protagonismo processual das partes no qual o juiz exercia um papel muito mais passivo e imparcial durante a instrução probatória, atuando mais incisivamente apenas no momento decisório. Tal dinâmica processual possibilitou um sistema que facilitava a manipulação do processo pela parte mais hábil, atribuindo a este o aspecto de um mero jogo semântico procedimental, em prejuízo da justiça, o que fez com que o modelo liberal mostrasse seu esgotamento ainda no século XIX (NUNES, 2012).

De modo geral, as relações jurídicas decorrentes do Estado liberal se firmaram em torno da dinâmica existente entre Estado e indivíduo proprietário, cada um deles com sua própria ordem potestativa – conforme já observado –, porém, em perfeita simbiose. O jurídico na Modernidade estabelece lugares prévios para pessoas, fatos, coisas e ações, com base numa lógica antropocêntrica de apropriação e sob o abrigo de uma normatividade monista e paleopositivista caracterizado por uma reduzidíssima simplicidade, avessa a uma realidade mutável, e que faz de seu arcabouço conceitual o próprio cânone de sua juridicidade. Sob sua égide, não há complexidade que não seja aquela desenvolvida na forma e no âmbito do direito estatal, reforçando o papel do Estado como sujeito de direito, no entanto, sem romper com um individualismo voltado à acumulação de capital (PILATI, 2012).

Como consequência, o padrão de racionalidade oriundo das relações jurídicas modernas abriu um fosso quase intransponível entre; de um lado; os bens coletivos, e; do outro lado; os bens públicos e privados (PILATI, 2012). A Modernidade não reconheceu a autonomia dos bens jurídicos coletivos, assim como não distinguiu a Sociedade enquanto titular destes direitos, relegando os mesmos a um voluntarismo estatal fundado numa filosofia individualista que se faz valer através de instâncias representativas, ignorando o âmbito participativo que lhes seria natural (PILATI, 2012).

O paradigma jurídico moderno se consolidou através de um processo de simplificação das relações jurídicas que; amparado pelo discurso reducionista e racionalizador das ciências modernas, e por uma nova classe social que se apropriou da ótica iluminista para legitimar seus

interesses políticos e econômicos, e, assim, consolidar sua hegemonia; limitou estas ao domínio público (estatal) e privado (individual), deixando de lado toda uma categoria de bens e sujeitos de direito (bens coletivos extrapatrimoniais de titularidade da Sociedade). A Modernidade promoveu uma verdadeira operação de redução do conteúdo e dimensão das relações jurídicas, em relação ao observado na Antiguidade Clássica e na Idade Média, paradigmas estes que, por mais que fossem isentos de um método que lhes assegurasse sua racionalidade, ainda assim respeitavam a complexidade de seu momento histórico e compreendiam esta em sua disciplina jurídica – não obstante também tenham seus vícios e limitações.

Em que pese as revoluções burguesas terem inaugurado o “constitucionalismo liberal” – e com isso assegurado uma primeira dimensão de direitos fundamentais que tratou de afirmar as liberdades individuais perante a autoridade estatal –, as dinâmicas processuais firmadas pelo moderno Estado liberal se desenvolveram com base no binômio Estado-indivíduo e com foco no ideal de livre apropriação privada. A tutela dos interesses coletivos foi anulada ou minimizada a instrumentos processuais insipientes e que se desenvolveram através de instâncias e autoridades representativas do Estado, reforçando a identificação destes interesses com aqueles eminentemente públicos, ou seja, estatais e alheios à participação da Sociedade no processo de tomada de decisão. Enquanto corpo coletivo, a Sociedade foi considerada irracional diante dos intentos ordenadores da razão moderna – por ser volátil e não ser passível de uniformização –, tendo o paradigma moderno destinado a tutela da Sociedade ao Estado. E o fez, pois, este último era dotado dos padrões de certeza e racionalidade universais que careciam à Sociedade, e que estavam plasmados nas normas de conduta positivadas pelo aparato estatal em suas constituições e códigos. Ou seja, a Sociedade era proveniente de racionalidade apenas quando abrigada e representada pelo Estado.

É interessante observar que essa negligência em relação à dimensão coletivo-social coincide com o abandono do princípio da fraternidade pelos revolucionários franceses, que alegavam que as raízes cristãs de tal premissa eram incompatíveis com o ideal republicano (OLIVEIRA, 2011). Porém, é possível afirmar que o “esquecimento” do princípio da fraternidade foi um artifício necessário à substituição da democracia direta; originalmente proposta pelos revolucionários; pela democracia indireta, essencial à implementação do projeto de Modernidade almejado pelas lideranças burguesas (NUNES; PILATI, 2014). Assim o fizeram, pois, a fraternidade é o pressuposto básico para

uma práxis democrático-participativa, o que já não atendia mais aos desígnios dos detentores do poder, compreendendo-se por fraternidade a “potência humana de transformação e mudança em prol da dignidade capaz de promover os direitos humanos como uma convenção coletiva de cunho político-jurídico” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 192-193).

Por mais que o liberalismo processual primasse pelo protagonismo das partes no processo, este protagonismo se desenvolveu numa dinâmica entre indivíduos que buscavam resguardar suas liberdades individuais e afirmá-las perante seus semelhantes e perante o Estado. O liberalismo processual jamais possibilitou o desenvolvimento de uma práxis fraterna na resolução dos conflitos, não concebendo capacidade processual à Sociedade, pois sequer reconhecia a existência de interesses sociais, uma vez que as relações jurídicas modernas se desenvolveram apenas com base no já mencionado binômico Estado-indivíduo. A Sociedade se fez representar em juízo apenas através do Estado, e mediante instâncias eminentemente representativas, ou seja, isentas de qualquer convenção coletiva que pudesse ser atribuída de um caráter fraterno.

Contudo, o Estado liberal e o liberalismo processual que animaram as relações jurídicas no contexto pós-revolucionário passaram a ser questionados na medida em que o capitalismo industrial do final do século XIX revelou algumas de suas intempéries, não apenas no plano social, como no econômico, o que levaria a uma reconfiguração das relações jurídicas modernas, que clamariam por uma postura mais ativa do Estado diante destas.

Crawford Brough Macpherson (1991) utilizou o conceito de “troca compensatória” (*trade off*) para ilustrar a postura das sociedades liberais diante do dilema existente entre a preservação dos direitos fundamentais e o avanço do capitalismo. Tal conceito se aplica a situações em que, quando diante de duas coisas desejáveis, mas consideradas incompatíveis entre si, cede-se uma determinada quantidade de uma delas para obter mais da outra. É o que aconteceu no contexto pós-revolucionário e industrial, quando o Estado liberal subordinou o exercício de direitos ao livre curso da economia capitalista, operacionalizando, assim, uma troca compensatória dos direitos fundamentais pelo crescimento econômico (MACPHERSON, 1991).

As inovações tecnológicas que possibilitaram melhorias no processo de produção, contribuíram para a concentração de riquezas nas mãos de poucos industriais. Concomitantemente, a elevação do pressuposto de livre concorrência a níveis destrutivos resultou no monopólio do poder econômico por parte de um número reduzido de empresas, obrigando outras menores a se associarem para preservar sua

sobrevivência no mercado (HUNT; SHERMAN, 2000). Assim, a prerrogativa liberal de uma Sociedade autorregulada pelo mercado acabou perdendo sua validade, tendo em vista não ser mais possível uma relação igualitária entre compradores e vendedores, e, conseqüentemente, uma transação comercial que fosse seguramente justa (MACPHERSON, 1991).

Da mesma forma, também não era possível assegurar que as relações jurídicas velassem pela paridade entre as partes, uma vez que os mais ricos acabavam sendo privilegiados dentro de um sistema processual onde o juiz, no papel de representante do Estado, assumia uma postura de passividade na tutela dos interesses em juízo, manifestando-se apenas no momento decisório, o que não equivalia a uma garantia de equidade na prestação jurisdicional (NUNES, 2012).

Tais problemas fizeram com que a burguesia – antes avessa à intervenção do Estado no domínio socioeconômico –, passasse a exigir uma atitude mais proativa por parte do governo, a fim de garantir sua própria subsistência no mercado nacional e internacional, favorecendo a expansão e consolidação de um Estado politicamente poderoso (BERCOVICI, 2003). Adeptos das teorias liberal e socialista chegaram a uma espécie de consenso segundo o qual a formação de um Estado de Bem-Estar seria a alternativa mais acertada diante das condições socioeconômicas das nações ocidentais do início do século XX, uma nova ordem social que combinasse de maneira mais harmoniosa os já conhecidos pressupostos do mercado e do Estado, ou seja, os interesses públicos e os privados (BUEN L., 1997).

Assim, no final do século XIX e início do século XX, ocorreu uma reversão na troca compensatória realizada pelo Estado liberal, tendo o livre mercado cedido espaço ao advento de um Estado intervencionista e ao reconhecimento de direitos sociais. O Estado liberal se transformou em um Estado de Bem-Estar Social (MACPHERSON, 1991).

Em Função desta mudança de paradigma no que diz respeito a atividade estatal, as relações jurídicas passaram por um redimensionamento de seu conteúdo e forma. Constituições do início do século XX – como a do México, de 1917, e a de Weimar, de 1919 – inauguraram aquele que seria conhecido como “constitucionalismo social”, o qual tinha como premissa básica o reconhecimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais, direitos sociais que tinham como fundamento o princípio da igualdade em seu viés material, exigindo ações concretas do Estado a fim de tornar possível uma democracia social, como bem discorre Gilberto Bercovici (2003, p. 11):

As Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, como a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação: direitos ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas Constituições consistem em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade. As concepções sociais ou socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico, são, assim, consideradas fundamentos do novo “constitucionalismo social” que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e alguns americanos.

As inovações jurídicas promovidas pelo constitucionalismo social não se limitaram ao plano do direito material, mas também implicaram na reestruturação de institutos jurídicos processuais. O “socialismo processual” promoveu uma ruptura com os sistemas liberais até então vigentes, primando por uma simplificação procedimental que permitisse maior acessibilidade à Justiça por parte das pessoas em situação de hipossuficiência. Como resultado deste processo de simplificação, houve uma inversão no que diz respeito a proatividade dos sujeitos processuais: as partes e os advogados passaram a assumir uma postura muito mais passiva quando em comparação aos sistemas liberais, ao passo que os magistrados passaram a ocupar o papel de protagonistas da relação processual. Em suma, o foco das relações processuais passou da autonomia privada para a autonomia pública (NUNES, 2012).

O Estado Social de Direito se mostrou avesso à inércia de um juiz que assume o papel de mero espectador nas relações jurídicas, conformado com a condução do litígio pelas partes, um juiz boca da lei. O socialismo processual exige dos magistrados a consciência de seu papel enquanto agentes estatais e corresponsáveis pelo bem comum da nação (DINAMARCO, 2008). Contudo, em que pese ser inegável a existência de uma função política do Judiciário, esta não deve consistir em decidir

sobre questões de mérito político, mas garantir efetividade ao sistema de direito do qual depende a integridade do Estado. Ou seja, embora o Judiciário apresente uma função política, seu conteúdo deve permanecer jurídico, em que pese algumas decisões judiciais possuam efeitos políticos secundários (LEITE, 2014). O papel político do juiz consiste, portanto, em dar efetividade aos direitos, dentre eles o direito fundamental do cidadão participar das decisões políticas, o que corresponde ao que Roberto Basilone Leite (2014) denomina como “ativismo judicial jurisdicional”.

Mas o que se observa comumente no socialismo processual em realidade trata-se daquilo que o autor supracitado identifica como “ativismo judicial político”, postura que leva o juiz a ampliar o campo de abrangência de suas decisões a ponto de alcançar questões de mérito exclusivamente político (LEITE, 2014). E, em que pese um juiz politicamente passivo – que não invade a esfera área de competência afeta à administração pública – ser preferível a um juiz politicamente ativo, os primeiros são comumente considerados como ineficazes, algo que parte de uma confusão conceitual entre os conceitos de ativismo judicial e eficácia judicial. Um juiz politicamente ativo não importa em um magistrado judicialmente eficaz, quando em muito pode contribuir para um desequilíbrio entre as instituições (LEITE, 2014).

O jurista francês, Antoine Garapon (1996, p. 54) questiona os perigos que o ativismo jurisdicional pode trazer à democracia:

Governo de juízes, ativismo jurisdicional, protagonismo judicial, tentação da justiça redentora... São muitas palavras que permitem designar os novos perigos que a justiça pode criar à democracia. Como avançar neste debate passional, frequentemente excessivo, entre a justiça e a democracia? O termo inglês *judicial discretion* – literalmente “aquilo que é deixado ao critério do juiz” – parece ser mais apropriado para designar o poder deste último que, se nunca é inexistente, também nunca é total. O actual presidente do Supremo Tribunal israelita, Aharon Barak, observou, oportunamente, que não é possível falar de activismo do juiz quando este último tem a possibilidade de escolha entre uma solução juridicamente correcta e uma outra que não o é. Não se trata já de activismo, mas de incompetência. O activismo começa quando, entre

várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.

Antoine Garapon (1996) afirma que o protagonismo judicial se manifesta de duas formas: a) através de um vulgo “clericalismo” dos juízes, quando estes consistirem numa corporação forte; ou b) pela atuação de alguns magistrados sustentados pela mídia. Além de um risco para o equilíbrio das instituições, um ativismo judicial político também pode resultar na desagregação da Justiça, pois o Judiciário deixa de se identificar enquanto um poder instituído e passa a consistir na soma de individualidades. O protagonismo decorrente do socialismo processual sujeita os magistrados ao que o autor supracitado chama de “tentação populista”, o que leva alguns juízes a se libertarem dos vínculos hierárquicos mediante o apelo à mídia, e, conseqüentemente, à opinião pública. E, ao se alimentarem do descrédito da política, alguns destes magistrados se lançam como o último recurso da sociedade, despertando uma mentalidade de cruzado que faz com que estes cultivem uma verdade autossuficiente que dispensa a mediação do processo, em que pese, diferente do gestor público, usufruem de uma total irresponsabilidade política que lhes resguarda da crítica popular (GARAPON, 1996).

O juiz torna-se o novo anjo da democracia, que reclama um estatuto privilegiado do qual já expulsou os homens políticos. Sente-se investido de uma missão redentora em relação à democracia, coloca-se numa posição de destaque, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção em relação ao político. A justiça concluiria, assim, o processo de despolitização da democracia (GARAPON, 1996, p. 74-75).

De modo geral, o constitucionalismo social buscou instituir não um Estado burguês de direito, mas um Estado Social de Direito dentro do qual os cidadãos – agora identificados como proletariado – poderiam se emancipar em relação à burguesia, da mesma forma que, com o Estado de Direito, os burgueses conseguiram se emancipar em relação às monarquias absolutas. O Estado Social de Direito buscou subordinar a economia capitalista de mercado a comandos jurídico-políticos, fazendo da economia um meio de ação para o Estado, e não o contrário. No

entanto, premissas emancipatórias como a firmada pelo Estado Social de Direito levariam a uma reação imediata da burguesia, que manifestou apoio a soluções ditatoriais a fim de restabelecer e assegurar sua hegemonia política e social, o que desencadeou, mais adiante, a formação de Estados totalitários. Assim o fazendo, a burguesia renegou sua própria história, marcada pela resistência aos privilégios jurídicos e políticos dos estamentos medievais (BERCOVICI, 2003).

Não obstante o reconhecimento de direitos sociais e a implementação de um sistema processual de cunho social, esta segunda etapa da juridicidade moderna não se afastou das premissas básicas que deram forma ao paradigma moderno em sua essência. Pelo contrário, ao dar maior enfoque para o Estado na disciplina e configuração das relações jurídicas, o constitucionalismo social e as reformas processuais que lhe sucederam acentuaram ainda mais os ideais de redução e abstração modernos, refugiando-se na racionalidade proveniente do Estado, e consolidando uma atitude monista, representativa e autocrática no âmbito da jurisdição moderna.

Mesmo tendo adotado a denominação “social”, tais reformas jurídicas não importaram no reconhecimento da Sociedade enquanto sujeito de direito, nem dissociaram a tutela dos bens coletivos daquela destinada aos bens públicos. As relações jurídicas desta segunda Modernidade continuaram sendo administradas exclusivamente dentro do binômio Estado-indivíduo. Em realidade, ao ampliar o poder político do Estado e estender sua esfera de atuação, o constitucionalismo social e o socialismo processual acentuaram ainda mais a identificação da Sociedade com o Estado, negligenciando a coexistência dos interesses coletivos com os públicos e os individuais, tendo a esfera pública absorvido em definitivo esta primeira categoria de bens jurídicos. Da mesma forma, não se falou no resgate do princípio da fraternidade, nem foram previstas as instâncias participativas que lhe seriam naturais, de modo que as relações jurídicas continuaram a ser animadas pelos mesmos princípios que nortearam efetivamente a etapa liberal (liberdade e igualdade), tendo a igualdade apenas sido interpretada sob um novo viés, de cunho material.

Em uma análise mais crítica, é possível afirmar que a etapa “social” da Modernidade jurídica, antes de uma conquista no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, foi um simulacro utilizado para preservar e perpetuar o sistema econômico capitalista em um momento de fragilidade do mesmo, quando suas intempéries estavam expostas. Em realidade, o que a burguesia desejava não era uma democracia social, mas um Estado forte que não interferisse demasiadamente no domínio

econômico, e que amenizasse as externalidades dos efeitos não desejados do sistema capitalista, assim assegurando a continuidade do sistema e legitimando o mesmo perante as massas (BUEN L., 1997).

Mas, já na década de 60, o Estado de Bem-Estar demonstrou um desgaste decorrente de crises fiscais e de governabilidade, em especial com a crise do petróleo, em 1973, momento em que as maiores economias do mundo sentiram o impacto do crescimento de seu principal insumo. Tal crise resultou na elevação dos custos sociais do Estado e em uma grande onda de desemprego, o que exigiu uma solução para além do legalismo e do intervencionismo habituais. Líderes de algumas das maiores potências do planeta, como a Inglaterra e os Estados Unidos da América, amparados pelos argumentos acadêmicos da Escola de Chicago⁶⁶, iniciaram uma campanha contra os efeitos “nefastos” do Estado de Bem-Estar, apresentando uma alternativa denominada como “neoliberal” (BUEN L., 1997).

A agenda neoliberal propôs políticas de ajuste estrutural que resultaram, por um lado, nas privatizações, no livre-comércio e na abertura comercial ao capital estrangeiro. Por outro lado, o neoliberalismo promoveu o corte e flexibilização de programas e garantias sociais firmadas pelo Estado de Bem-Estar, a fim de liberar os investidores dos custos excessivos que dificultavam a acumulação de capital e o crescimento da economia. Soma-se a estas premissas a eleição do pagamento da dívida externa como nova prioridade dos governos, tendo como objetivo reforçar a confiança dos credores externos, assim assegurando o fluxo de capitais necessário à recuperação econômica das nações capitalistas (PETRAS, 1999).

O ideal de justiça social promovido pelo Estado de Bem-Estar foi substituído pelos princípios de competitividade, produtividade e qualidade, motores da globalização econômica (BUEN L., 1997). Mas o que se observou em realidade não foi o crescimento econômico decorrente de uma livre concorrência, senão, o monopólio do mercado por um número reduzido de empresas, o que justifica o argumento de James Petras (1999) de que o neoliberalismo foi mais um estratagema

⁶⁶ Escola de Chicago é o nome dado a um enfoque do trabalho sociológico associado ao Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago, fundado em 1892, e que foi o primeiro de seu tipo nos Estados Unidos. É conhecida como “escola” por causa de sua concentração característica em problemas urbanos, seu uso pioneiro de métodos ecológicos e etnográficos, e desenvolvimento de ideias básicas que evoluíram e se transformaram no que é hoje a perspectiva interacionista (JOHNSON, 1997b, p. 88-89).

utilizado para reconfigurar as relações socioeconômicas e concentrar o poder político e a riqueza nas mãos de uma pequena oligarquia.

Ou seja, o neoliberalismo realizou uma nova inversão no modelo de troca compensatória, tendo o Estado Social de Direito sido substituído por uma economia capitalista predatória que flexibilizou direitos sociais a fim de potencializar o ganho econômico (MACPHERSON, 1991). E, a fim de promover as premissas neoliberais em uma escala antes não observada, a globalização fomentou um processo de ocidentalização e aculturação que internacionalizou os princípios de livre mercado e eficiência financeira que servem de motor ao sistema capitalista. A globalização possibilitou uma verdadeira homogeneização e dominação universalista, instrumentalizando ao seu favor os direitos individuais e rechaçando qualquer categoria de direito que atentasse contra sua lógica de mercado, ainda, neutralizando quaisquer diferenças que ameaçassem o capitalismo neoliberal (DULCE, 1997).

José Isaac Pilati (2017b, p. 02) discorre a respeito do esgotamento da Sociedade estatal e do paradoxo antropológico contido nesta nova ordem, neoliberal e globalizada:

A sociedade estatal, costurada com fronteiras – mas de centro e periferia; baseada numa democracia representativa formal – mas de abissais diferenças sociais; voltada à acumulação a qualquer custo – mas às custas do planeta e da sobrevivência da espécie – essa sociedade diabética, que tudo adoça com dinheiro e minimiza com insulinas estatais paliativas – está chegando ao seu próprio limite de esgotamento. É um modelo que está sendo atropelado por aquilo que se conhece por globalização: uma nova *lex mercatória*⁶⁷, que não conhece limites jurídicos, desconhece fronteiras, promete liberdade e desenvolvimento, mas acelera o processo de concentração de renda, com empobrecimento e desigualdade. Qual é o rumo? Qual é a resposta de quem se preocupa com cidadania ativa e democratização das políticas públicas na nova ordem? O paradigma que

⁶⁷ “Se entenderá, pois, por *lex mercatória* o conjunto de normas acordadas explícita ou implicitamente pelos grandes agentes econômicos, com independência dos poderes públicos, para regular suas relações recíprocas, para reger suas relações com os estados abertos e para determinar as políticas destes” (CAPELLA, 2002, p. 270).

professamos – sob a civilização – é, realmente, de extrema arrogância e brutalidade com a natureza e quaisquer outros modelos que não seja esse, de apropriação, de lucro e de acumulação. Sua base é um antropocentrismo intolerante que desqualifica a priori todos os demais seres – reputados simples meios ou coisas – objetos inferiores, à disposição do rei da criação. O paradoxo desse fundamentalismo econômico, é que a desqualificação é do próprio homem, que se avilta na pobreza, em mazelas sociais e risco de extinção como espécie, pelo esgotamento acelerado do planeta.

É possível afirmar que uma Sociedade global, capitalista e neoliberal seja o último estágio daquele que pode ser designado como paradigma moderno, momento no qual o indivíduo, enquanto sujeito de direito, encolhe-se perante a *lex mercatória* e os primados de racionalização, simplificação e idealismo que lhe deram sustentação e se estenderam ao mundo jurídico como premissas universais. As operações de matematização, abstração, disjunção e redução, que viabilizaram o paradigma moderno das ciências naturais e que encontraram espaço na dogmática jurídica, resultaram numa sobreposição da forma sobre a substância do direito, e na flexibilização de seu conteúdo e alcance em prol de uma lógica de progresso fundamentada no desenvolvimento econômico, ou seja, no mercado. E, ao positivar no ordenamento jurídico programas e objetivos de governo voltados para o desenvolvimento econômico, o direito se consolidou como uma das principais vias de aceleração do tempo a fim de garantir a primazia dos ideais neoliberais. Tudo isso sob o abrigo da racionalidade proveniente do Estado, projetando, assim, o neoliberalismo como a única alternativa viável e racional em uma perspectiva socioeconômica.

Quando transposto para o plano das relações jurídicas, além da flexibilização de direitos sociais em prol de um dito desenvolvimento econômico – revertendo a balança do modelo de troca compensatória já mencionado nos parágrafos anteriores –, o neoliberalismo também produziu reflexos na dogmática processual. Por um lado, as reformas neoliberais reforçaram o papel da jurisdição e impulsionaram um ativismo judicial político que fez do Judiciário um refúgio para cidadãos abandonados por um Estado cujos serviços público-estatais foram igualmente afetados por estes mesmos pressupostos neoliberais. Por outro lado, o agigantamento da máquina pública – consequência do

constitucionalismo social – não entrou em harmonia com o modelo político-econômico neoliberal adotado pelas principais potências ocidentais a partir da década de 60.

Como consequência deste descompasso entre os primados do Estado e do mercado, foram implementadas reformas que buscaram um modelo processual que não oferecesse riscos ao mercado, prejudicando até mesmo o exercício de um ativismo jurídico de teor estritamente jurisdicional. O vulgo “neoliberalismo processual” promoveu um ideal de celeridade que não atendeu aos demais princípios processuais constitucionais, adotando uma perspectiva meramente funcional da celeridade, que prima pelo término da prestação jurisdicional o mais rápido possível, uma visão com enfoque apenas na produtividade e em números (NUNES, 2012).

Mais do que isso, se num primeiro momento o neoliberalismo processual se apropriou do discurso do socialismo processual, numa segunda oportunidade este o desnaturalizou e passou a usá-lo contra si mesmo a fim de promover seus próprios imperativos funcionais. Assim, a visão de celeridade como mera rapidez, que domina o discurso processual hodierno, tem gerado reformas que inviabilizam qualquer proposta de socialização dos litígios e que resultam no esvaziamento do papel do processo como instrumento de promoção e garantia dos direitos fundamentais (NUNES, 2012).

É o que ocorre na dogmática processual brasileira, em que a ânsia pelo aumento da produtividade a qualquer custo leva muitos juízes a uma postura de não interferência, em prol de um discurso burocratizante onde a celeridade é interpretada como mera rapidez. O processualismo brasileiro foi dominado por concepções funcionais e de eficácia que não correspondem ao viés garantista preconizado pela Constituição Federal (NUNES, 2012). Pelo contrário, o discurso da eficácia expressa a lei do mais forte no sentido econômico-social, visando garantir o lucro dos grandes poderes – não mais pessoas ou nações, mas grupos de interesses organizados, como os grandes conglomerados econômicos – mesmo que ao custo de projetos sociais (CAPELLA, 2002).

Juan Ramón Capella (2002) utiliza a denominação “soberano privado supra estatal difuso” para se referir aos titulares do poder supra estatal que rege a *lex mercatória* e produz efeitos de natureza jurídica e política que, embora tratem-se de interesses privados, também repercutem no âmbito público, inclusive na exigência de celeridade de um ramo do direito público, como a seara processual. E a imposição de rapidez faz com que os magistrados evitem processos que lhes demandem decisões mais complexas, inovadoras ou controversas, ou cuja legitimidade dos

julgados exija uma participação dos demais sujeitos processuais. Assim, apesar de o panorama brasileiro tender a um aumento da atividade estatal no processo, pode se afirmar que o neoliberalismo processual rege as dinâmicas processuais no Brasil, conforme explana Dierle José Coelho Nunes (2012, p. 166):

Poder-se-ia argumentar que seria contraditório intitular esse momento processual no Brasil de neoliberal, uma vez que ele se embasa no aumento do papel judicial – ou seja, do Estado no processo. No entanto, ocorre que a) não se busca (e nem mesmo se assegura) uma infraestrutura institucional para o exercício socializador da prática decisória, mas somente a produtividade; b) se esvazia o papel formador das decisões, técnico e institucional, do processo, relegando sua estrutura problematizante a segundo plano; c) se busca uma aplicação massificante e em larga escala de provimentos; d) se busca a máxima sumarização da cognição e e) o papel do juiz é fortalecido para o atendimento dos imperativos do mercado. Isso significa dizer que o aumento do papel judicial não busca nenhum objetivo socializante.

No neoliberalismo processual o cidadão não só possui um papel de espectador nas relações jurídicas, como é reduzido à condição de mero consumidor de um Judiciário reduzido à função de simples prestador de serviços. Em realidade, o neoliberalismo processual não se preocupa em arquitetar soluções técnicas coletivas adequadas, que levem em consideração as necessidades e a dimensão de cada um dos sujeitos afetados pela causa em análise, e que não inviabilizem a discussão de todos os argumentos cabíveis em uma dimensão de *ágora*, se limitando a medidas típicas de uma perspectiva jurídica individualista (NUNES, 2012).

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco (2008) alerta para o fato de que o processo é um instrumento que só se legitima em função dos fins a que se destina. O autor supracitado utiliza o termo “instrumentalidade” para se referir a uma perspectiva teleológica de processo na qual este consiste em um “instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos” (DINAMARCO, 2008, p. 178). Compete ao Estado impor os objetivos do processo, os quais são legitimados na Sociedade por uma série e escopos de natureza social, jurídica, e política,

de modo que “a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação” (DINAMARCO, 2008, p. 179). Assim, a jurisdição é canalizada para a realização dos fins do próprio Estado, e, enquanto expressão do poder estatal, esta possui implicações políticas que a inserem num contexto de poder que exige uma compreensão orgânica do processo não apenas sob o prisma jurídico – como algumas visões paleopositivistas o fazem –, mas integrando este com o viés social, político e econômico (DINAMARCO, 2018).

Entretanto, em vez de um processo constitucional democrático – que visa assegurar a conformação dos institutos de Direito Processual com os princípios decorrentes da ordem constitucional, enquanto objetivos do Estado –, o que se observa é um modelo neoliberal de processo que privilegia a rapidez na resolução das lides individuais e defesa da propriedade privada e do livre mercado. Assim, se há uma instrumentalidade a ser identificada na dogmática processual contemporânea, essa diz respeito ao alinhamento das dinâmicas processuais com as premissas neoliberais, e não ao desenvolvimento das potencialidades humanas, como exigido no artigo terceiro da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88⁶⁸, quando em muito reduzindo o ideal de desenvolvimento nacional ao progresso exclusivamente econômico da nação.

Assim, ao coadunar os padrões da ciência e legitimar o pensamento neoliberal como o único provido de racionalidade, as relações jurídicas modernas acabaram criando um paradoxo dentro do qual a liberdade só pode ser desfrutada se em conformidade com aquilo que o neoliberalismo advoga e permite, conforme explana Ovídio Araújo Baptista da Silva (2006, p. 297):

[...] o direito na dinamicidade de sua experiência judicial, amoldou-se aos padrões da “ciência” moderna, ao pressupor a *univocidade* de sentido da lei, premissa legitimadora da extraordinária cadeia recursal que nos sufoca e da qual – como a ideologia do “pensamento único” neoliberal – não

⁶⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 2017).

temos condições de nos libertar. Este é um dos tantos paradoxos do mundo contemporâneo. O homem conquistou a plena liberdade, mas não tem como usá-la; melhor, somente desfrutará da sensação de liberdade se permanecer fiel ao sistema [...] Ora, liberdade “para concordar” tinham-na também os alemães, sob o nazismo!

A ausência de liberdade para pensar e exercer o direito fora dos moldes neoliberais resultou em um dogmatismo que suprimiu qualquer vestígio de pensamento crítico, gerando juristas que perderam a capacidade de questionar as causas por trás das relações jurídicas, e que se preocupam apenas com a forma como elas se desenrolam dentro do arcabouço jurídico, reforçando o próprio dogma. O dogmatismo também apresenta uma tendência para conceber categorias processuais como se fossem eternas, prendendo-se a aspectos conceituais e negligenciando a realidade social, valendo-se de uma lógica a-histórica e sem compromissos culturais que se assemelha ao observado nas grandezas matemáticas, tratando o direito como um fato natural aplicável a qualquer Sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades (DA SILVA, 2006).

Porém, Antonio Carlos Wolkmer (2001) aponta que o período que tem início com a crise do Estado de Bem-Estar, a partir dos anos 60, e se estende até o advento do neoliberalismo e consolidação de um mundo globalizado, seria o último ciclo do monismo jurídico. Esta etapa equivale ao esgotamento da legalidade enquanto estatuto epistemológico do paradigma jurídico moderno, tendo em vista que esta já não consegue mais corresponder a complexidade e às contradições culturais e materiais evidenciadas no século XXI. Consequentemente, a dogmática processual moderna já não se mostra suficiente para disciplinar sociedades altamente complexas, como a contemporânea, onde o avanço das tecnologias digitais expandiu a comunicação social em uma dimensão antes não experimentada, impulsionando um pluralismo de ideias que foge as exigências de certeza e univocidade do paradigma moderno, sem com isso poderem ser taxadas de irracionais (DA SILVA, 2006).

Se as relações jurídicas hodiernas são o produto de um paradigma moderno de teor neoliberal e fundamentado numa racionalidade dogmática, sua transposição exige o desenvolvimento de um aparato processual que se desenvolva em harmonia com a complexidade e pluralidade contemporâneas. Nesse sentido, o desenvolvimento de instâncias coletivas de resolução de conflitos pode contribuir para a

superação da concepção do processo como expressão de um conflito individual firmado no liame entre Estado e indivíduo, permitindo uma visão comunitária do direito que possibilite o exercício político da fraternidade (DA SILVA, 2006).

Contudo, os juristas da Modernidade tardia são juristas de mercado situados em uma Sociedade em que a vida social exige mais trâmites jurídicos do que nunca, o que intensifica as negociações na esfera privada e a produção de normas de *lex mercatória* (CAPELLA, 2002). Conseqüentemente, toda uma lógica de mercado – que reduz os direitos subjetivos ao status de mercadorias a serem consumidas pelos indivíduos e providas pelo Estado – foi transposta para as relações jurídicas contemporâneas.

Tais relações já não operam mais em tempo real, mas num tempo próprio e disciplinado pelas normas processuais previstas expressamente nos códigos, a fim de garantir que a prestação jurisdicional se realize com rapidez, independentemente de sua complexidade. São relações jurídicas firmadas entre indivíduos, ou entre estes e o Estado, cabendo ao último a guarda dos interesses de cunho coletivo, o que o faz através de instâncias exclusivamente ou parcialmente representativas. E, no último caso, a participação do cidadão fica sujeita ao voluntarismo estatal e não possui natureza deliberativa, tratando-se de mera consulta em que a decisão final compete aos magistrados. Estes assumem um protagonismo na condução das lides, embora muitas vezes o façam em função do dever de produtividade que o modelo processual neoliberal lhes impõe, ao passo que, em outras circunstâncias, se valem de um ativismo político que prejudica o equilíbrio entre as instituições. Enfim, são relações jurídicas fundadas num princípio de legalidade que se faz valer como projeto de Modernidade, numa perspectiva de aceleração do tempo quase soteriológica, embora secularizada, dotada de uma práxis monista que identifica o direito sancionado pelo Estado como o único dotado de racionalidade e legitimidade – nesse caso, eminentemente formal – para regulamentar o mundo da vida.

Por ser desenvolvido para resolver problemas entre indivíduos, o direito da Modernidade prima pela simplicidade, apegando-se a um sistema abstrato de leis estatais que destina uma tutela “de segunda categoria” para as questões coletivas e de interesse geral, de modo que a Sociedade fique fora da resolução dos conflitos coletivos (PILATI, 2014). É um paradigma centrado no Estado como ente superior separado da Sociedade, legitimado por democracia formal indireta, em sistema representativo, o qual reduz a justiça a uma atividade subalterna à lei, estatizando o coletivo e consagrando o individualismo, não possuindo um

aparato processual apto a resolver conflitos de dimensão macro. E, sobre esta dimensão coletiva, reserva-se a lamentar no plano moral pela falta de consciência ética dos tempos hodiernos, pois foi pensado somente para resolver problemas entre indivíduos, primando pela simplicidade e excluindo a complexidade do real (PILATI, 2017a).

No entanto, o projeto de Modernidade jurídica; idealizado pelos teóricos da Ilustração e apropriado pelos burgueses para promover seus interesses econômicos –valendo-se do direito e do Estado para tanto –; já não encontra mais respaldo diante da complexidade da Sociedade hodierna. Sob tal prisma, José Isaac Pilati (2017a, p. 15) afirma que a crise do paradigma jurídico moderno “decorre de se empregarem formas jurídicas superadas para enfrentar conflitos novos, de outra magnitude e natureza, numa Sociedade muito mais complexa do que aquela das codificações, do individualismo, do sistema representativo puro”. O direito moderno foi construído no Estado e para o Estado, foi separado da Sociedade e reduzido a normas, sanções e formas, fechando-se em si mesmo e perpetuando modelos formais irrealis que reduzem e sacrificam a complexidade da paisagem jurídica em prol de uma dimensão simples centrada na autoridade estatal (GROSSI, 2007).

Portanto, se faz necessária uma discussão pós-moderna acerca das relações jurídicas, que contemple a complexidade dos agentes e interesses envolvidos na idade contemporânea, abrangendo uma nova classificação de bens, sujeitos e processos. E com esse debate devem ser identificados os fundamentos necessários para uma melhor adequação do universo jurídico com o pluralismo, liquidez e comunicabilidade hodiernas, não rompendo com os sujeitos e interesses já identificados pelo paradigma moderno do direito, mas agregando-os e intercalando-os com aqueles oriundos de um novo paradigma, denominado nesta tese como Pós-Moderno. É o que se esboçará no capítulo derradeiro desta pesquisa.

5 PARA ALÉM DO CARRO DE JAGRENÁ: A CRISE DA MODERNIDADE E A TRANSIÇÃO PARA UM PARADIGMA PÓS-MODERNO DE COMPLEXIDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Uma vez tendo se estudado o paradigma moderno e a estrutura de suas relações jurídicas, é possível afirmar que a Modernidade se dedicou arduamente à simplificação destas últimas. Não obstante o desenvolvimento de uma teoria e técnica mais refinadas no que diz respeito ao Estado e à dogmática jurídica, o direito moderno rompeu com toda complexidade evidente na composição das relações jurídicas de sua contraparte clássica e medieval. Essa complexidade consistia na configuração de relações jurídicas firmadas no seio da comunidade e pela própria comunidade, era oriunda do pluralismo e da casuística que lhe eram características.

No período clássico, o Direito Romano conjugou com maestria instâncias representativas e participativas de resolução de conflitos, conforme o interesse pleiteado, atuando em tempo real, numa dimensão de *iure constituendo* que tinha como premissa básica o ideal de soberania compartilhada e que observava no litígio uma oportunidade de inovar e desenvolver a jurisdição. Já o direito medieval concebeu uma pluralidade de ordenamentos que buscava atender a complexidade oriunda de cada comunidade, sem prejuízo da convivência entre formas de dizer e fazer o direito diferentes, aliando diversos direitos particulares a um direito comum. O que a Modernidade fez foi isentar de racionalidade qualquer espécie de relação jurídica que não se firmasse com base em preceitos eminentemente formais, previamente estipulados por autoridades representativas através de leis universais, sendo, portanto, quantificáveis, passíveis de certeza e dotadas de segurança jurídica.

Toda normatividade se resumiu àquela proveniente do Estado, e a jurisdição foi reduzida a uma simples atividade de subsunção por parte da autoridade estatal. O domínio coletivo foi dissolvido no âmbito público e confundido com este, ficando sob os cuidados de um Estado dotado de racionalidade e de legitimidade formal, ao passo que a dimensão participativa foi praticamente extirpada das relações jurídicas, uma vez que supostamente não se encontraria ordem, e, conseqüentemente, razão, nas multidões que compõem a coletividade.

No entanto, em que pese a Modernidade jurídica ter fundamentado suas premissas no intento ordenador e racionalizante da filosofia moderna – a qual se dedicou à emancipação do homem para com os dogmas e

autoridades de outrora –, a experiência histórica demonstra que a força motriz por trás do movimento Iluminista foi o capitalismo industrial encabeçado por uma burguesia sedenta pelo poderio político necessário à expansão de seu domínio econômico.

A aliança entre a racionalidade moderna e os intentos capitalistas resta evidente na progressão das relações jurídicas ao longo da Modernidade. Estas passaram por uma etapa liberal fundada em direitos individuais entre os quais merece destaque a propriedade privada. Já no início do século XX, o constitucionalismo liberal foi sucedido por um constitucionalismo de caráter social, o qual, mais do que reconhecer uma nova dimensão de direitos, se propôs a amenizar as externalidades do modo de produção capitalista no âmbito socioeconômico para garantir sua subsistência e credibilidade. Tão logo o Estado de Bem-Estar demonstrou seus primeiros sinais de desgaste, o neoliberalismo surgiu como uma alternativa aos seus elevados custos sociais. Concomitantemente, o ideal de justiça social foi substituído por um Estado mínimo firmado em princípios de competitividade e produtividade que se estenderam ao âmbito jurídico dando forma a relações jurídicas individuais orientadas por uma lógica de eficiência de ordem eminentemente numérica, priorizando a celeridade da jurisdição muitas vezes em detrimento de sua qualidade.

Em verdade, uma das principais características das relações jurídicas modernas é seu anacronismo para com a contemporaneidade, a qual este estudo denomina como Pós-Modernidade. As relações jurídicas contemporâneas continuam a reproduzir um paradigma que já não corresponde mais à complexidade dos tempos hodiernos e que tem se perpetuado com o fim de dar sustentabilidade a um sistema econômico capitalista e neoliberal que, quando incorporado às relações jurídicas, tende a andar na contramão dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, do próprio ideal de racionalidade professado pela Modernidade.

O que esta pesquisa propõe não é um divórcio para com a filosofia moderna e o capitalismo, mas uma readequação de suas relações jurídicas para com um novo padrão de racionalidade proveniente da complexidade pós-moderna. Em uma analogia à interpretação dada por Jacques Le Goff (2015) ao Renascimento como um subperíodo da Idade Média, esta pesquisa compreende a Pós-Modernidade como um subperíodo da Modernidade, uma etapa de transição de paradigmática na qual os efeitos colaterais da Modernidade restam evidentes e demandam reflexão e adaptação. Um novo paradigma que já não se satisfaz com reducionismos e abstrações, mas que prima pelo resgate e reconhecimento da

complexidade, e que flerta com as incertezas e relativizações indesejadas pela Modernidade e que esta tanto fez para suprimir de suas entranhas.

Assim, a proposta desta tese consiste em reintegrar às relações jurídicas a complexidade há tanto tempo extirpada da jurisdição, sem com isso abdicar das conquistas da Modernidade. Trata-se, portanto, de firmar uma nova racionalidade jurídica, que não seja instrumentalizada por operações de matematização, abstração, disjunção e redução, mas que prime por uma práxis intersubjetiva de cunho participativo, onde os cidadãos participem junto ao magistrado na tutela dos interesses considerados de natureza complexa.

Como afirmado na introdução, esta tese parte, portanto, de uma perspectiva de diagnóstico a respeito da Pós-Modernidade, contemplando esta enquanto uma etapa de transição paradigmática já em evidência. Por outro lado, também compartilha de um viés prognóstico a respeito das relações jurídicas na Pós-Modernidade, buscando identificar os fundamentos necessários para uma práxis jurídica que atenda a sua complexidade. Entretanto, por mais que se proponha a realizar um prognóstico, o autor tem consciência de que tais fundamentos somente se constituirão mediante participação, razão pela qual compreende que sua perspectiva se trata de uma sugestão/previsão, e não de uma imposição/afirmação. Do contrário, estaria incidindo na mesma ilusão de certeza que este busca denunciar.

Para tanto, num primeiro momento este capítulo abordará a Pós-Modernidade, suas raízes históricas e os atributos que lhe denotam autonomia em relação à Modernidade. O estudo dá sequência expondo a teoria da complexidade de Edgar Morin, buscando incorporá-la às relações jurídicas e apresentando os pressupostos para uma práxis jurídica complexa de teor pós-moderno. E, não obstante tenha consciência de que qualquer aspecto propositivo de teor pós-moderno somente se consolidará mediante participação, o que a pesquisa propõe neste momento é o reconhecimento de relações jurídicas complexas pautadas por um agir participativo.

5.1 SOBRE A CRISE DA MODERNIDADE E O ADVENTO DA PÓS-MODERNIDADE

Conforme já comentado na introdução da pesquisa, Thomas Kuhn (2011) foi o precursor do termo “paradigma”, o qual utiliza para designar o conjunto de crenças, valores e técnicas compartilhadas pelos membros de uma comunidade científica. Por sua vez, uma comunidade científica

seria um grupo de pessoas que compartilham paradigmas. Tal comunidade é formada por praticantes de uma mesma linha de produção científica, os quais foram submetidos a uma iniciação acadêmica e profissional similares, compartilhando leituras e conceitos afins, os quais também acabam por delinear as fronteiras de cada uma dessas mesmas comunidades (KUHN, 2011, p. 222).

Também adepto do conceito de paradigma, Edgar Morin (2011b, p. 112) aborda este tendo em vista o controle ideológico que este firma sobre distintas realidades:

Um paradigma é um tipo de relação lógica (indução, conjunção, disjunção, exclusão) entre certo número de noções ou categorias mestras. Um paradigma privilegia certas relações lógicas em detrimento de outras, e é por isso que um paradigma controla a lógica do discurso. O paradigma é uma maneira de controlar ao mesmo tempo o lógico e o semântico.

Diante de tal perspectiva, é possível afirmar que, embora possam existir incompatibilidades entre paradigmas distintos, é válida a coexistência de ambas as perspectivas num mesmo momento histórico. Ocorre que um paradigma acaba por desqualificar determinados pressupostos do paradigma divergente a fim de privilegiar seus princípios fundamentais e controlar a lógica do discurso científico. Thomas Kuhn (2011) atribui a esta disputa entre perspectivas teóricas divergentes o conceito de transição paradigmática: a existência de comunidades que abordam os objetos de estudo a partir de perspectivas incompatíveis; sendo comum que escolas disputem o domínio de um determinado campo de estudos durante um período e na via do pós-paradigmático. Tal fenômeno não é exclusivo das ciências naturais, também sendo observado no campo jurídico, no qual escolas com perspectivas diferenciadas tendem a disputar a preferência de seus interlocutores.

O processo de transição paradigmática em si comporta a ideia de crise, a qual pressupõe o reconhecimento de incertezas onde antes imperavam certezas (MORIN, 2012a). Por sua vez, o conceito de crise comporta tanto um sentido de desintegração de estruturas outrora sólidas, como também importa na evolução das mesmas. Nas palavras de Edgar Morin (2012a, p. 23):

Numa primeira abordagem, a crise se manifesta não somente como fratura no interior de um *continuum*, perturbação num sistema até então aparentemente estável, mas também como crescimento das eventualidades, isto é, das incertezas. Ela se manifesta pela transformação das complementaridades em antagonismos, pelo aumento rápido das transgressões em tendências, pela aceleração do processo desestruturante/desintegrante (*feedback* positivo), pela ruptura das regulações, pela deflagração de processos incontrolados tendendo a autoamplificar-se por si mesmos ou a chocar-se violentamente com outros processos igualmente antagônicos e incontrolados.

A ideia de crise não deve ser observada como um mero entrave em nossas vidas, mas como um modo de ser o qual também comporta em si a ideia de desenvolvimento. Todo desenvolvimento comporta um caráter “crísico” e crítico que imposta na desorganização/reorganização de conceitos, estruturas e teorias. Nesse viés, a crise paradigmática a qual vivenciamos também deve ser interpretada como um movimento transformador que tanto traz destruições quanto criações, tanto regressões como progressões (MORIN, 2012a).

Assim como todo organismo vive não apenas de vida, mas igualmente da morte e renovação de suas células, o mesmo se observa no que tange aos paradigmas, os quais também estão sujeitos a esta mesma lógica entrópica que segue um princípio de corrupção a partir do qual é possível afirmar que não existe um progresso definitivamente conquistado ou que não comporte certas regressões em sua estrutura (MORIN, 2012a)⁶⁹. Nas palavras de Edgar Morin (2012a, p. 54): “Perdemos a promessa do progresso, mas é um enorme progresso, enfim, descobrir que o progresso era um mito”.

Se o conjunto de valores, crenças e técnicas compartilhadas pelos teóricos da Modernidade encontra-se em crise, naturalmente novos ideais compartilhados por estudiosos de vertentes acadêmicas distintas estão em emergência e justaposição ao paradigma moderno. A própria

⁶⁹ “Assim sendo, não existe progresso definitivamente conquistado, nem progresso exclusivamente progresso, sem progresso sem sombras. Todo progresso corre o risco de se degradar e comporta um duplo sentido: progressão/regressão” (MORIN, 2012a, p. 29).

terminologia moderna, associada a conceitos-chave como razão, ciência, técnica, progresso, secularização, etc., já têm atraído certo antagonismo por parte daqueles que se situam fora do cenário moderno e que lhe atribuem uma carga valorativa negativa (ABBAGNANO, 2015, p. 792). Em função disso, uma constelação de terminologias e modelos alternativos buscam se autoafirmar perante a Modernidade ou em oposição a esta, em maior ou menor escala, como o “neomodernismo”⁷⁰, o “antimodernismo”⁷¹ e o “pós-modernismo”⁷² (ABBAGNANO, 2015, p. 792).

No âmbito das ciências sociais e humanas, a opção por uma corrente ou outra não ocorre mediante um procedimento estritamente lógico-dedutivo; como acontece no campo das ciências exatas, em que uma das partes deve admitir seu erro perante a prova irrefutável da outra; mas se dá através de um processo lento e persuasivo. No processo de persuasão, dois ou mais sujeitos observam a mesma situação de maneira diversa, de modo que, apesar de compartilharem do mesmo vocabulário para descrevê-las e discuti-las, utilizam as palavras de forma diferente para justificar seus pontos de vista (KUHN, 2011).

Em suma, persuadir consiste em convencer uma pessoa ou uma determinada comunidade de que nosso ponto de vista é superior e deve suplantar a sua perspectiva. Porém, deve se atentar ao fato de que uma teoria pode ser considerada superior a outra não por suplantá-la, mas por melhor representar o contexto no qual está inserida. Nesse sentido, Thomas Kuhn (2011, p. 255) discorre: “Em geral uma teoria científica é considerada superior a suas predecessoras não apenas porque é um instrumento mais adequado para descobrir e resolver quebra-cabeças, mas também porque é, de algum modo, uma representação melhor do que a natureza realmente é”.

Assim, a Pós-Modernidade não consiste numa chave-mestra para os enigmas que a Modernidade não conseguiu decifrar, mas numa melhor representação da contemporaneidade. O conjunto de crenças e valores atinentes à Pós-Modernidade permite o desenvolvimento de novas perspectivas – inclusive jurídicas – a respeito de uma Sociedade

⁷⁰ “Atitude que quer levar a cabo o modernismo, sem abandonar o seu quadro teórico” (ABBAGNANO, 2015d, p. 792).

⁷¹ “Atitude de quem rejeita a modernidade, reportando-se a posições pré-modernas: medievais, clássicas, arcaicas, etc” (ABBAGNANO, 2015e, p. 792).

⁷² “Atitude de quem considera esgotada a experiência moderna e fala de uma condição diferente” (ABBAGNANO, 2015f, p. 792).

complexa, as quais até então foram obscurecidas pelo racionalismo moderno pelo fato deste não conseguir traduzi-las para o seu paradigma.

Por não conseguir conceber a complexidade hodierna, a crise da Modernidade decorre de seu caráter trágico, marcado por uma ambivalência na qual se cruzam, de um lado, um fascínio decrescente, do outro, uma repulsa crescente. Socialmente, a Modernidade se propôs a tecer de padrões de esperança; sempre prometendo que o dia seguinte será melhor que o hoje, e sempre mantendo essa promessa viva, pois o dia seguinte sempre será eternamente um dia depois (BAUMAN, 1998). Todavia, a crise dos paradigmas modernos fez com que as promessas de esperança da Modernidade logo se revelassem meras ilusões. Os próprios vícios modernos deram margem à formação de um novo conjunto de promessas pós-modernas, propostas para preencher o vazio deixado pela Modernidade e remediar as desilusões deixadas por esta.

A Modernidade deu formas e cores à Pós-Modernidade e lhe armou com as ferramentas necessárias para solapar seus fundamentos. Nesse sentido, Zigmunt Bauman (1998, p. 98) discorre:

Como em tantos casos semelhantes, a revolução moderna terminou em parricídio – poeticamente intuído por Freud, no seu desesperado esforço para discernir os mistérios da cultura. Os mais brilhantes e mais fiéis filhos da modernidade não podiam expressar sua lealdade filial senão se tornando os seus coveiros. Quanto mais eles se dedicavam à construção do artifício que a modernidade se pôs a erigir, havendo primeiro destronado e incapacitado a natureza – mais solapavam os alicerces do prédio. A modernidade, poder-se-ia dizer, estava desde o princípio preche de sua própria *Aufhebung* pós-moderna. Seus filhos estavam geneticamente determinados a ser seus detratores – em última análise – seu pelotão de demolição.

A partir da crise dos pressupostos modernos e da assunção de novas racionalidades que se propõem a superar os vícios da Modernidade podemos traçar as características de uma nova revolução paradigmática que aponta para uma Pós-Modernidade. Porém, em que pese a evidência de um novo paradigma, pós-moderno, sua ascensão não significa necessariamente o fim da Modernidade, uma vez que um de seus traços mais definidores persiste na Pós-Modernidade: o da esperança de tornar as coisas melhores do que são (BAUMAN, 1998). A Pós-Modernidade

herda o bastão da Modernidade neste intento e não nega as conquistas e métodos modernos, tão somente buscando trazer luz a determinadas realidades até então não evidenciadas ou aceitas por seus predecessores – assim como os iluministas outrora o fizeram.

A respeito da Pós-Modernidade, esta não surgiu originalmente como um sistema de ideias herdadas da Modernidade. Suas origens foram literárias e sua projeção se deu por meio das artes; em especial através da pintura e da arquitetura; ao passo que o seu viés crítico floresceu a partir do questionamento da moralidade e do Estado, promovidos pela ascensão do mercado e crise do proletariado (ANDERSON, 1999). O prefixo “Pós”, por sua vez, se deve justamente ao fato de que o termo “moderno” comporta um caráter de atualidade que torna difícil definir qualquer período que lhe seja posterior, como bem explana Perry Anderson (1999, p. 20):

Uma vez que o moderno – estético ou histórico – é sempre em princípio o que deve se chamar de um presente absoluto, ele cria uma dificuldade peculiar para a definição de qualquer período posterior, que o converteria num passado relativo. Nesse sentido, o recurso a um simples prefixo denotando o que vem depois é virtualmente inerente ao próprio conceito, cuja recorrência se poderia esperar de antemão sempre que se fizesse sentir a necessidade ocasional de um marcador de diferença temporal. O uso nesse sentido do termo “pós-moderno” sempre foi de importância circunstancial.

Historicamente, foi através de Federico de Onís, na década de 1930, que a ideia de um “Pós-Modernismo” surgiu pela primeira vez no mundo hispânico a partir do termo *postmodernismo*, espalhando-se para a Inglaterra e os Estados Unidos apenas uma década depois. O termo foi utilizado pelo literato e catedrático das universidades de Oviedo e Salamanca para designar uma corrente conservadora dentro do próprio Modernismo. Ao final da década de 1960, o sociólogo Wright Mills fez uso do termo para indicar a falência dos ideais modernos do liberalismo e socialismo a partir da separação entre razão e liberdade, sendo seguido do crítico literário Leslie Fiedler, que empregou ao termo um aspecto de insurreição, um apelo à emancipação e à liberação dos instintos (ANDERSON, 1999).

Contudo, foi apenas a partir da década de 1970 que a Pós-Modernidade ganhou maior destaque e profusão, passando a se questionar

se ela era apenas uma tendência artística ou também um fenômeno social. No início dos anos 80, Charles Jencks professava a Pós-Modernidade como uma civilização mundial de tolerância pluralística que esvaziava polaridades como “direita e esquerda” ou “capitalismo e socialismo”, de modo que a Pós-Modernidade marcaria um novo período no qual não havia um inimigo a derrotar. No entanto, a primeira obra filosófica voltada diretamente ao paradigma pós-moderno como uma mudança geral na condição humana foi “A Condição Pós-Moderna”, de Jean-François Lyotard (ANDERSON, 1999).

Lyotard (2013, p. XV) faz uso do termo Pós-Modernidade para designar “o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX”. O autor ressalta que a Pós-Modernidade mostra-se incrédula em relação aos metarrelatos modernos, ela suscita a diversidade, sendo que o saber em geral não se reduz à ciência ou ao conhecimento. O saber pós-moderno não está sujeito a um critério único de verdade, ele se estende à experiência, passando o vínculo social a ser formado por um triplo saber (saber-dizer, saber-ouvir, saber-fazer) a partir do qual as relações de uma comunidade são constituídas consigo mesma e com tudo aquilo que a cerca (LYOTARD, 2013).

A Pós-Modernidade reencontra a função crítica do saber, o qual deve ser legitimado pelos fins visados pelo sujeito prático que é a coletividade, e esta não o faz de forma passiva, mas participando ativamente dos processos criativos que lhe circundam. Pois, é ao recitar em voz alta suas conquistas e valores que a Sociedade passa a compreender a contemporaneidade de suas instituições. É o que pode se apreender do seguinte raciocínio de Lyotard (2013, p. 41):

A título de imaginação simplificadora, pode-se supor que uma coletividade que faz do relato a forma-chave da competência, não possui, contrariamente a toda expectativa, necessidade de poder lembrar-se do seu passado. Ela encontra a matéria de seu vínculo social não apenas na significação dos relatos que ela conta, mas no ato de recitá-los. A referência dos relatos pode parecer que pertence ao tempo passado, mas ela é, na realidade, sempre contemporânea deste ato. É o ato presente que desdobra, cada vez, a temporalidade efêmera que se estende entre o *Eu ouvi dizer* e o *Vocês vão ouvir*.

Conforme já destacado, a Modernidade se fez valer como um presente absoluto, criando dificuldades para qualquer outro novo paradigma que lhe converta num passado relativo (ANDERSON, 1999). Porém, Lyotard (2013, p. 70) afirma que “Uma ciência que não encontrou sua legitimidade não é uma ciência verdadeira”. Daí onde decorre a crise da Modernidade, pois, antes de tudo, uma ciência não pode se legitimar a si mesma, tal legitimação deve partir de sua interação comunicacional com o campo prático, com o mundo da vida. Pois o saber não pode encontrar sua validade em si mesmo, “mas num sujeito prático que é a humanidade” (LYOTARD, 2013, p. 64). Ele tem a função de informar o sujeito prático a respeito da realidade na qual este está inserido, mas não pode fazer escolhas em nome deste. Em outras palavras: “Ele lhe permite circunscrever o executável, o que se pode fazer. Mas o executório, o que se deve fazer, não lhe pertence” (LYOTARD, 2013, p. 64). O saber não é o sujeito da práxis, mas está a serviço deste, ele não tem outra legitimidade final senão servir aos fins visados pela coletividade (LYOTARD, 2013).

Não é o que ocorre com o direito moderno, o qual se vale de uma lógica formal, estritamente burocrática, para se autolegitimar em nome de sua eficiência e da otimização de suas performances, e o faz mediante procedimentos nos quais a coletividade tem pouca ou nenhuma interação com as autoridades responsáveis pelas metanarrativas jurídicas. Nas palavras de Jean-François Lyotard: “O Poder legitima a ciência e o direito por sua eficiência, e esta por aqueles. Ele se autolegitima como parece fazê-lo um sistema regulado sobre a otimização de suas *performances*” (LYOTARD, 2013, p. 84).

As relações jurídicas pós-modernas exigem um fazer comunicativo na qual o direito não se torne fruto de uma imposição vinda de cima para baixo, mas que seja decorrente do diálogo e interação entre representante e representado. O direito pós-moderno exige o resgate de uma dimensão de ágora, do contrário, lhe faltará a legitimidade necessária a uma verdadeira ciência, tendo em vista que todo processo de legitimação de um saber não se esgota em sua precisão técnica, mas se estende ao crivo da Sociedade. Em vez de apenas “ouvir o direito”, cabe à Sociedade pós-moderna “dizer o direito”, pois é somente ao recitar sua normatividade que esta fugirá das metanarrativas forjadas pelo ideário moderno e compreenderá a complexidade das relações jurídicas hodiernas.

Todavia, como Lyotard (2013, p. 116) bem destaca, “A clivagem entre decisores e executantes, se ela existe na comunidade científica (e existe), pertence ao sistema socioeconômico, não à pragmática científica”. Consequentemente, a redução da complexidade é uma

exigência da *lex mercatória* moderna, pois esta retardaria consideravelmente as decisões e prejudicaria o desempenho do sistema. É o que pôde se observar no capítulo anterior quando da análise nos modelos processuais modernos, os quais foram moldados conforme a racionalidade socioeconômica, sendo sempre caracterizado por uma simplificação das relações jurídicas em prol da eficiência do sistema.

Ao mesmo tempo em que aponta a deslegitimação das metanarrativas universais modernas e sua substituição por uma pluralidade de sistemas formais e axiomáticos, Jean-François Lyotard (2013, p. 108) sugere que a legitimação do discurso pós-moderno se faça através de uma paralogia, de uma ação realizada na pragmática dos saberes e que se propõe a tornar desconhecido o conhecido, para em seguida reorganizá-lo:

[...] a ciência pós-moderna torna a teoria de sua própria evolução descontínua, catastrófica, não retificável, paradoxal. Muda o sentido da palavra saber e diz como esta mudança pode se fazer. Produz, não o conhecido, mas o desconhecido. E sugere um modelo de legitimação que não é de modo algum o da melhor *performance*, mas o da diferença compreendida como paralogia.

Já não existem mais “ilhas de determinismo” a salvo das incertezas e irracionalidades evidenciadas na Pós-Modernidade. A pragmática social não partilha do pressuposto de simplicidade que as ciências modernas professavam, não sendo plausível eleger uma metaprescrição apta a regulamentar todo o conjunto de enunciados e perspectivas que circulam na coletividade. O paradigma moderno se vale de uma visão sistêmica que não pode ser operacionalizada senão mediante a redução das complexidades (LYOTARD, 2013). Assim, a Pós-Modernidade não pode ser compreendida e instrumentalizada senão mediante o reconhecimento de sua complexidade.

Exatamente um ano após a publicação de “A Condição Pós-Moderna”, Jürgen Habermas proferiu o discurso intitulado “A Modernidade: um projeto inacabado?”, em Frankfurt, ao receber o prêmio Adorno (ANDERSON, 1999). Habermas (2017) inicia seu discurso acusando a Pós-Modernidade de moldar-se sob os traços de uma atitude antimoderna, para então questionar se a Modernidade é tão obsoleta quanto afirmam os pós-modernos, ou se é a Pós-Modernidade que não passa de uma agitação mediática decorrente das reações que a

Modernidade levantou contra si mesma desde o século XIX. Em resposta a tal indagação, Habermas (2017) afirma que a Modernidade é um projeto inacabado, e que em vez de renunciá-la, devemos aprender com seus erros e descaminhos.

Será a modernidade tão *obsoleta* como pretendem os pós-modernos? Ou, pelo contrário, não será a pós-modernidade, proclamada por tantas vezes, uma pura mentira? Não será o pós-moderno um slogan que permite assumir subrepticamente a herança das reacções que a modernidade cultural levantou contra si mesma desde meador do séc. XIX?

[...] haverá que nos mantermos presos às intenções das Luzes, apesar da sua desagregação, ou, pelo contrário, haverá que renunciar ao projecto da modernidade e desejar, por exemplo, que os potenciais cognitivos que não desembocam no progresso técnico, no crescimento económico e na administração racionalizada sejam dificultados a tal ponto que pelo menos a prática vital, remetendo para tradições tornadas cegas, não seja afectada por eles?

Em meu entender, deveríamos, em vez de renunciar à modernidade e ao seu projecto, tirar lições dos descaminhos que marcaram esse projecto e dos erros cometido por programas abusivos de superação (HABERMAS, 2017, p. 5-6;13; 19).

A indagação de Habermas é pertinente, e sua resposta é deveras prudente. Contudo, tanto a consciência da incompletude do projeto da Modernidade, quanto o necessário aprendizado e reflexão com seus erros e descaminhos são pressupostos inerentes à perspectiva de Pós-Modernidade defendida neste estudo. Reconhecer a existência de um novo paradigma de teor pós-moderno não importa na rejeição de sua contraparte moderna, pelo contrário, exige o diálogo com esta a fim de conciliar suas conquistas e virtudes com princípios e circunstâncias que até então foram ignorados ou rechaçados pela Modernidade. Como já afirmado no início desta seção, o paradigma aqui defendido identifica-se com um subperíodo da Modernidade, uma etapa de transição decorrente do conflito dos vícios modernos com a complexidade contemporânea, portanto, pós-moderna.

Embora lhes falte uma definição temporal da Pós-Modernidade, as contribuições de Jean-François Lyotard e Jürgen Habermas deram, pela primeira vez, autoridade filosófica ao discurso pós-moderno. Suas contribuições dividiram o debate a respeito da Pós-Modernidade em duas correntes. Uma delas reconhece a existência da Pós-Modernidade enquanto um período histórico e um paradigma, tendo expoentes como Jean-François Lyotard, David Harvey, Boventura de Sousa Santos, Edgar Morin, Zygmunt Bauman, e José Isaac Pilati. A outra corrente compreende que não vivenciamos uma Pós-Modernidade, senão, uma nova etapa reflexiva ou radicalizada da Modernidade, ou, ainda, um período histórico já ultrapassado, o que corresponde ao pensamento de Jürgen Habermas, Anthony Giddens, Gilles Lipovetsky e Alain Touraine. Entretanto, o estudo de ambas as correntes é fundamental para que se possa compreender a noção de Pós-Modernidade defendida nesta tese, uma vez que ela flerta com ambas. Nesse sentido, se passará a análise de alguns dos principais expoentes do diálogo entre as concepções de Modernidade e Pós-Modernidade.

Cronologicamente falando, o advento da Pós-Modernidade pode ser situado no início dos anos 70, com a ruptura com o modelo de desenvolvimento capitalista do pós-guerra e a emergência de um novo regime de acumulação, de caráter neoliberal, cuja flexibilidade permitiu ao capital aumentar sua margem de manobra. Também são fatores importantes que marcaram o advento da Pós-Modernidade, em sua dimensão sociopolítica, as inovações tecnológicas – sobretudo com a chegada da televisão em cores – e as mudanças políticas da época, protagonizadas pelo início da Guerra Fria, pelos movimentos de descolonização no Terceiro Mundo, e pela vitória e ofensiva de governos de direita, como os de Reagan e Thatcher. Em suma, estes eventos representaram o triunfo universal do capital, o que inibiu o desenvolvimento de todas as alternativas políticas, e, conseqüentemente, representou a crise da Modernidade, uma vez que esta havia perdido todo o contraditório, algo essencial a um paradigma que se firmou com base na contraposição e supressão de ideias alheias (ANDERSON, 1999).

David Harvey (2012) corrobora com tal entendimento cronológico, afirmando que as crises de superacumulação são seguidas por fortes movimentos estéticos de caráter disruptivo. É o que pôde se observar na crise de superacumulação iniciada no final dos anos 60 e que teve seu ápice nos anos 70 com a crise do petróleo, na qual, segundo Harvey (2012, p. 293):

A experiência do tempo e do espaço se transformou, a confiança na associação entre juízos científicos e morais ruiu, a estética triunfou sobre a ética como foco primário de preocupação intelectual e social, as imagens dominaram as narrativas, a efemeridade e a fragmentação assumiram precedência sobre verdades eternas e sobre a política unificada e as explicações deixaram o âmbito dos fundamentos materiais e político-econômicos e passaram para a consideração de práticas políticas e culturais autônomas.

Não obstante a obra clássica de David Harvey tenha sido publicada originalmente em 1989, e, embora o capitalismo seja um processo de reprodução da vida social que transforma incansável e incessantemente a Sociedade em que está inserido – mascarando suas externalidades e fetichizando as pessoas através da criação de novos desejos e necessidades – (HARVEY, 2012), trata-se de um diagnóstico que se estende aos dias de hoje.

A crise financeira de 2008 – decorrente da superexpansão da oferta de crédito – foi acompanhada de uma revolução estética proveniente dos progressos tecnológicos; especialmente no âmbito digital; que mais uma vez transformou a perspectiva de tempo e espaço da Sociedade. A expansão da *World Wide Web* e das redes sociais revelou a efemeridade de determinadas concepções modernas e as fragmentou, promovendo sucessivas revoluções nos padrões de comunicação e disseminação do conhecimento que têm colocado em xeque o paradigma moderno, evidenciando o advento de uma Pós-Modernidade, de uma transição paradigmática que já comporta as chaves para um novo devir.

No campo estético e social, movimentos globais como o *Internet Art*, técnicas avançadas como o *Video Mapping*, e equipamentos sofisticados como os *Smartphones* têm transformado a interatividade, o senso de criatividade, e o acesso ao conhecimento das pessoas, reconstruindo a realidade no espaço virtual e evidenciando uma aceleração temporal que foge aos limites concebidos pela Modernidade, na medida em que o controle sobre o tempo escapa às instituições e se estende aos indivíduos. A velocidade e facilidade no acesso e difusão da informação deslocam as narrativas de uma dimensão macro para uma micro, assim dificultando a formação de novas metanarrativas e empoderando os indivíduos, que passam a gozar de um potencial crítico

mais apurado – embora muitas vezes a fragmentação e pulverização do conhecimento importe na alienação de seus interlocutores.

O universo jurídico também foi afetado pelas inovações tecnológicas do início do século XXI, em especial através da conversão dos processos físicos em processos eletrônicos. A digitalização dos processos transformou e facilitou o acesso às informações decorrentes de uma infinidade de relações jurídicas firmadas no dia a dia, assim como otimizou uma lógica de celeridade processual fundada em critérios de produtividade – diga-se de passagem: sentenças em escala industrial. Mesmo com a democratização promovida pelas novas tecnologias digitais, ainda impera no âmbito jurídico um discurso tecnocrático que afasta o cidadão da jurisdição – em que pese já existirem meios tecnológicos aptos a permitirem esta. Porém, é inegável que o paradigma jurídico moderno já demonstra sinais de fraqueza e exige a reformulação de alguns de seus pressupostos, o que transparece na descrença da opinião pública para com Justiça.

Pelo exposto, e com base nas contribuições de David Harvey (2012), embora as crises do sistema financeiro possam representar uma condição para mudanças políticas e culturais, as condições mais essenciais para uma mudança de paradigma residem num plano mais profundo, na dialética do saber e da produção do conhecimento. E, apesar de uma das principais estratégias da Modernidade para enfrentar as vicissitudes dos paradigmas ser o silêncio, a negação, e a redução da complexidade do mundo, a era digital – e a compressão do tempo e espaço dela decorrente – aponta para um diálogo para com novas concepções, do qual esta não pode escapar, encontrando-se acuada entre o seu esgotamento e a perspectiva de uma transição paradigmática, pós-moderna.

Diferente de David Harvey, Anthony Giddens (1991, p. 13) discorre que, apesar de muitas pessoas afirmarem que o final do século XX representa o limiar de uma nova era que está caminhando para além da Modernidade, antes de identificar novos paradigmas, se faz necessário analisar novamente a natureza e as consequências da própria Modernidade:

Em vez de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes. Além da modernidade, devo argumentar, podemos perceber os contornos de uma ordem

nova e diferente, que é “pós-moderna”; mas isto é bem diferente do que atualmente chamado por muitos de “pós-modernidade”.

Corroborando do entendimento formulado em observações anteriores, Anthony Giddens (1991) ressalta que a ordem social emergente da Modernidade é capitalista, não apenas em seu sistema econômico, como em suas demais instituições – o que ficou claro com a análise realizada no capítulo anterior a respeito dos sistemas processuais modernos. Da mesma forma, as diversas, sucessivas, e dramáticas mudanças socioeconômicas ocorridas nos últimos três ou quatro séculos – um curto espaço de tempo, em uma perspectiva histórica – são decorrentes do caráter móvel da Modernidade, o qual resulta de um ciclo de investimento-lucro-investimento e reflete na tendência constante do sistema se expandir (GIDDENS, 1991).

Segundo Anthony Giddens (1997) o caráter dinâmico da Modernidade é o que lhe permite se expandir e revisar seus pressupostos. O dinamismo da Modernidade seria decorrente de três atributos que lhe são pertinentes: a separação do tempo e do espaço; os mecanismos de desbloqueio; e sua reflexividade institucional. Seria justamente a natureza dinâmica da Modernidade – especialmente o caráter reflexivo desta –, que possibilitam a revisão contínua das relações socioeconômicas modernas à luz de novas informações ou conhecimentos, assim lhe permitindo se renovar em vez de ser superada.

A transformação do tempo e do espaço, juntamente com os mecanismos de desbloqueio, liberam a vida social da dependência de preceitos e práticas estabelecidas. Esta é a circunstância em que a reflexividade generalizada aparece, o terceiro elemento que tem uma influência importante no dinamismo das instituições modernas. A reflexividade da modernidade deve ser distinguida do controle reflexo da ação, inerente a qualquer atividade humana. A reflexividade da modernidade refere-se ao fato de que a maioria dos aspectos da atividade social e das relações materiais com a natureza estão sujeitos a uma revisão contínua à luz de novas informações ou conhecimentos. Esta informação ou conhecimento não é um acessório nas instituições modernas, mas constitutivo delas (um fenômeno complicado, devido às muitas

possibilidades de pensar sobre a reflexividade existente nas condições sociais da modernidade) (GIDDENS, 1997, p. 33)⁷³.

Partindo desta premissa, o dinheiro foi um dos principais artifícios utilizados pela Modernidade em sua tarefa de desencaixe e reestruturação de suas relações sociais. A expansão e universalização da moeda através de sistemas financeiros centralizados possibilitou o desenvolvimento e a reinvenção do capitalismo – força motriz da Modernidade – passando este a operar de contextos locais para extensões indefinidas de tempo e espaço (GIDDENS, 1991).

Porém, sendo o dinheiro independente dos meios pelos quais é representado, o surgimento de criptomoedas, como o *Bitcoin*, e de um sistema bancário coletivo e descentralizado que dispensa intermediários nas transações financeiras, pode representar um abalo nas instituições financeiras modernas, sujeitas ao controle do Estado – cerne das sociedades modernas – e com papel decisivo nas metanarrativas da Modernidade. Teria o capitalismo avançado para além das fronteiras da Modernidade? Este primeiro indício de separação do sistema econômico capitalista para com o Estado-nação⁷⁴, e a formação de sistemas financeiros coletivos e de uma Sociedade planetária, seria um sinal de superação de algumas das principais formas e concepções que erigiram o paradigma moderno e um sintoma do advento de uma Pós-Modernidade?

⁷³ La transformación del tiempo y espacio, unida a los mecanismos de desenclave, liberan la vida social de la dependencia de los preceptos y prácticas establecidas. Ésta es la circunstancia en que aparece la reflexividad generalizada, el tercer elemento que influye de manera importante en el dinamismo de las instituciones modernas. La reflexividad de la modernidad se ha de distinguir del control reflejo de la acción, inherente a cualquier actividad humana. La reflexividad de la modernidad se refiere al hecho de que la mayoría de los aspectos de la actividad social y de las relaciones materiales con la naturaleza están sometidos a revisión continua a luz de nuevas informaciones o conocimientos. Esta información o conocimiento no es algo accesorio en las instituciones modernas sino constitutivo de ellas (un fenómeno complicado, debido a las muchas posibilidades de pensar en la reflexividad existentes en las condiciones sociales de la modernidad).

⁷⁴ Para Anthony Giddens (1991) o Estado-nação e a produção capitalista sistemática são dois complexos organizacionais de grande significação no desenvolvimento da Modernidade, tendo poucos paralelos em períodos históricos anteriores ou em outros cenários culturais.

Para Anthony Giddens (1991), falar em uma Pós-Modernidade que suplantou a Modernidade corresponderia em insistir novamente no esforço equivocado de dar coerência à história e nos situarmos nela. Sobre tal equívoco, Anthony Giddens (1991, p. 60) ressalta que “O uso da história para fazer história é substancialmente um fenômeno da modernidade e não um princípio generalizado que pode ser aplicado a todas as épocas – é uma versão da reflexividade da modernidade”. O autor supracitado entende que os desenvolvimentos podem proporcionar uma compreensão melhor a respeito da capacidade reflexiva da Modernidade, de modo que a Pós-Modernidade deve ser vista como “a modernidade vindo a entender-se a si mesma” (GIDDENS, 1991, p. 58), em vez de sua superação. Não teríamos nos deslocado para além da Modernidade, mas estaríamos, por outro lado, vivendo uma fase de sua radicalização necessária à compreensão de seu paradigma.

Para ilustrar sua compreensão a respeito da Modernidade, Anthony Giddens (1991, p. 152) utiliza a figura do carro de Jagrená: “uma máquina em movimento de enorme potência que, coletivamente como seres humanos, podemos guiar até certo ponto mas que também ameaça escapar de nosso controle e poderia se espatifar”. Sob a perspectiva desta analogia, não seria possível controlar completamente os caminhos e o ritmo da Modernidade, assim como esta não é capaz de transmitir segurança, pois seu itinerário é repleto de riscos. No entanto, as crises mundiais evidenciadas nos últimos anos e a atrofia das instituições modernas perante uma Sociedade planetária digital que goza de um nível de complexidade o qual foge à racionalidade moderna, não seriam um indício de que já perdemos o controle do carro de Jagrená e o acidentado? Seria a Pós-Modernidade o mecânico que restauraria a velha máquina ou o projetista de um novo modelo?

Mesmo tendo redigido sua obra a respeito dos conceitos de Modernidade e Pós-Modernidade – “As Consequências da Modernidade” – antes do advento das tecnologias de comunicação atuais, Anthony Giddens (1991) já afirmava que era possível constatar alguns relances de formas de organização social que divergiam daquelas criadas pelas instituições modernas. Em sua visão, a Pós-Modernidade sujeita-se a uma transcendência das instituições modernas, as quais seriam alteradas drasticamente. De modo geral, Giddens (1991) indica que o traço fundamental da Pós-Modernidade será um sistema institucional de natureza complexa e com participação democrática de múltiplas camadas da Sociedade, em que o tempo e o espaço já não seriam mais ordenados em sua inter-relação pela história, e em que o local e o global se entrelaçam. Não seria esta a Sociedade contemporânea em que o avanço

das tecnologias atingiu um nível de complexidade em que a noção de tempo e espaço, local e global, participação e representação, exigem uma reformulação das instituições tradicionais?

Todavia, quando questionado por Christopher Pierson se o avanço das comunicações eletrônicas representa uma espécie de desenvolvimento social, Anthony Giddens (1998) demonstrou uma atitude cética quanto a estas. Ele afirma que, apesar de a busca por formas de comunicação mais rápidas e eficazes ser importante para a constituição e o desenvolvimento das sociedades, estas datam de um tempo anterior ao que muitas pessoas imaginam, e que as fontes da dinâmica moderna ainda se encontram presentes na contemporaneidade. Nesse sentido, sob sua ótica, o que vivencia-se hoje não é a Pós-Modernidade, mas uma radicalização da Modernidade, não obstante esta esteja experimentando um encontro renovado com a ciência e a tecnologia.

A perspectiva de Anthony Giddens a respeito da Modernidade e de seu potencial reflexivo é coerente e parcialmente acertada. Esta pesquisa coaduna do entendimento de que a Modernidade ainda não se trata de um período vencido. Porém, diferente do autor supracitado; que se mostra cético quanto a incompatibilidade dos pressupostos modernos para com um devir pós-moderno e acredita no potencial de adaptação da Modernidade; a tese em evidência não se preocupa em forjar horizontes artificiais dentro dos quais o projeto de Modernidade – seja ele incompleto ou não – possa persistir e preservar seus atributos de segurança e de certeza. O equívoco de Anthony Giddens a respeito da Pós-Modernidade consiste no fato deste a contemplar enquanto um período histórico, e não como um paradigma, correndo assim o risco de incidir no mesmo vício historiográfico que este alertou.

Não há um impeditivo para que dentro de um mesmo período histórico nasça um novo paradigma que dialogue com a racionalidade moderna e com aquela proveniente de um novo devir, logicamente, pós-moderno, embora ainda não se tenha precisão a respeito do novo projeto que substituirá o carro de Jagrená. É nesse sentido que a presente tese concebe a Pós-Modernidade: um paradigma de transição entre períodos distintos, um subperíodo da Modernidade – numa perspectiva historiográfica de segunda importância para a pesquisa – dotado não apenas de um caráter reflexivo, mas de um potencial transformador fundado na complexidade.

Diferente de Anthony Giddens, Gilles Lipovetsky (2004) reconhece a existência de uma Pós-Modernidade, porém, não identifica esta como a superação da Modernidade, mas como uma etapa do paradigma moderno já superada e que deu espaço a uma

“Hipermodernidade”, onde as consequências da Modernidade podem ser observadas em sua expressão máxima.

Gilles Lipovetsky (2004) destaca que, além qualificar o novo estado das sociedades desenvolvidas, a Pós-Modernidade se propôs a denunciar a fragilidade dos alicerces da racionalidade moderna e o fracasso das grandes ideologias da história, ressaltando uma nova Sociedade, menos comprometida com promessas relacionadas ao futuro, denotando, assim, o advento de uma temporalidade social inédita, despreocupada com o futuro e marcada pela insegurança do presente. O mérito da Pós-Modernidade seria, portanto, sobressaltar a reorganização social e cultural das sociedades democráticas, livres então do peso das grandes utopias do que este chama de “Primeira Modernidade”.

Por outro lado, Gilles Lipovetsky (2004) afirma que a expressão “pós-moderno” é vaga, se tratando de um novo gênero de Modernidade, e não de uma superação desta, razão pela qual o conceito de Pós-Modernidade já estaria esgotado, sem capacidade de exprimir a realidade hodierna. Nas palavras do autor: “a pós-modernidade não terá sido mais que um estágio de transição, um momento de curta duração. E este já não é mais nosso” (LIPOVETSKY, 2004, p. 58). O autor continua a desqualificar a ideia de uma Pós-Modernidade, afirmando que “o rótulo pós-moderno, que antes anunciava um nascimento, tornou-se um vestígio do passado, um lugar da memória” (LIPOVETSKY, 2014, p. 65).

Assim como Jürgen Habermas e Anthony Giddens, o autor supracitado entende que o óbito da Modernidade nunca foi declarado. Para Gilles Lipovetsky (2004) o pós-moderno se erigiu dentro de uma “Segunda Modernidade”, num momento em que se moldava o que pode ser chamado de “Hipermodernização” do mundo, uma nova etapa alicerçada nos axiomas do mercado, da eficiência, e do indivíduo. A Primeira Modernidade destacava-se por seu caráter ideológico e político, ao passo que a Segunda Modernidade, ou “Hipermodernidade”, se consagra por uma lógica do extremo que se desenvolve pela tecnologia, pela mídia, pela economia, pelo consumo, e pelas patologias individuais. A técnica prevaleceu sobre os ideais: “Tínhamos uma modernidade limitada; agora temos uma modernidade consumada” (LIPOVETSKY, 2004, p. 54).

Segundo Gilles Lipovetsky (2004), a relativização do ideal de futuro não significou o fim da crença no progresso, mas deu margem ao surgimento de uma concepção pós-religiosa de progresso, uma espécie de laicização das representações modernas do tempo, um processo de desencantamento da consciência temporal moderna, uma “Hipermodernidade”. Contudo, na realidade vive-se menos um *carpe*

diem do que uma inquietação diante de um futuro dominado por incertezas e riscos: “a hipermodernidade indica menos o foco no instante que o declínio do presentismo em face de um futuro que se tornou incerto e precário”, onde o indivíduo “continua sendo um indivíduo para o futuro, um futuro conjugado na primeira pessoa” (LIPOVETSKY, 2004, p. 71;74).

Gilles Lipovetsky (1996, p. 304) cita o “império da moda” para ilustrar a imediatividade, a individualidade, o hedonismo, a paixão pela novidade e o desdém que as sociedades hipermodernas têm para como passado:

O império da moda representa essa imensa inversão da temporalidade social que consagra a preeminência do presente no passado e o advento de um espaço social baseado no presente, o próprio tempo da moda. Se a moda nos governar, isso significa que o passado não é mais o pólo que ordena os detalhes de nossas ações, nossos gostos e crenças; os antigos decretos já não são considerados adequados para orientar os comportamentos, os exemplos que seguimos são cada vez mais tomados de nosso meio ambiente, em um ambiente instável. Seja na educação, no conhecimento, na higiene, no consumo, nos esportes, nas relações humanas ou no lazer, encontramos nossos modelos aqui e agora, não atrás de nós. O legado ancestral já não estrutura, essencialmente, comportamentos e opiniões; a imitação dos antigos foi apagada contra a dos modernos e o espírito tradicional deu lugar ao espírito da novidade. A moda leva as rédeas porque o legislador passado parou de regulamentar e porque o amor às novidades tornou-se algo geral, normal e sem limites, “a curiosidade se transformou em uma paixão fatal e irresistível”, escreveu Baudelaire. Na maioria dos campos, os indivíduos buscam apaixonadamente novidades; A veneração pelo passado imutável foi substituída por loucuras e febres na moda, e mais do que nunca o lema domina “tudo novo, tudo bem”⁷⁵.

⁷⁵ El imperio de la moda representa esta inmensa inversión de la temporalidad social consagrando la preminencia del presente sobre el pasado y el advenimiento

Porém, a sacralização do novo e o império da imediatividade e da urgência não significam que a tradição e o passado foram abolidos da Hipermodernidade, apenas importam em sua sujeição a um espaço inter-humano cada vez mais sujeito aos decretos do presente (LIPOVETSKY, 1996). Assim como a moda revisita de várias vezes o passado, a Hipermodernidade não se dedica apenas a desconstruir as tradições, mas também busca visitar a memória, num esforço que visa hibridizar o passado com o presente, o tradicional com o novo, sem imposições institucionais e com respeito a uma dita soberania individual (LIPOVETSKY, 2004). O que ocorre, de fato, é que as crenças e tradições arraigadas pela Modernidade, e outrora dotadas de certeza, estão perdendo sua autoridade e legitimidade até então incontestadas, de modo que nenhuma regra coletiva tem valor se não for antes admitida pela vontade do indivíduo (LIPOVETSKY, 1996).

Este último argumento faz muito mais sentido em uma Sociedade Informacional em que o acesso ao conhecimento e a facilidade de comunicação elevaram o indivíduo a um patamar seletivo antes não observado, o qual lhe garante as interfaces necessárias à acuidade de sua capacidade de questionamento e de articulação para com seus pares, ampliando o potencial de crítica e resistência da Sociedade para com as normas impostas imperativamente a esta, sem participação da mesma. No plano do direito, tal panorama importa na necessidade de conceber que determinadas relações jurídicas sejam administradas numa dimensão de

de un espacio social sustentado sobre el presente, el tiempo mismo de la moda. Si la moda nos gobierna, quiere decir que el pasado ya no es el polo que ordena los detalles de nuestros actos, de nuestros gustos y creencias; los antiguos decretos ya no son considerados aptos para orientar los comportamientos, los ejemplos que seguimos están tomados cada vez más de nuestro entorno, en un ambiente inestable. Ya sea en materia de educación, de saber, de higiene, de consumo, de deporte, de relaciones humanas o de ocio, encontramos nuestros modelos aquí y ahora, no detrás de nosotros. El legado ancestral ya no estructura, esencialmente, los comportamientos y las opiniones; la imitación de los antiguos se ha borrado frente a la de los modernos, y el espíritu tradicional ha dejado paso al espíritu de novedad. La moda lleva las riendas porque el pasado legislador ha dejado de regular y porque el amor hacia las novedades se ha vuelto algo general, normal y sin límites, «la curiosidad se ha convertido en una pasión fatal, irresistible», escribía Baudelaire. En la mayor parte de los campos, los individuos buscan apasionadamente las novedades; la veneración por el pasado inmutable ha sido sustituida por las locuras y las fiebres de moda, y más que nunca domina la divisa «todo nuevo, todo bueno».

ágora, coletiva, em que cada individualidade possa dialogar com as demais e manifestar seu aval a respeito de questões de cunho coletivo propriamente dito. Importa ainda na possibilidade de um fazer jurídico híbrido, que comporte uma releitura de contraponto das instituições e princípios jurídicos modernos para com aquelas que outrora foram consideradas ultrapassadas ou irracionais perante o paradigma moderno, mas que podem trazer um contributo à Pós-Modernidade.

De modo geral, a Sociedade hipermoderna diagnosticada por Gilles Lipovetsky (2004) é caracterizada por uma pressão temporal crescente sobre a vida e sobre as organizações das pessoas, o que faz com que se priorize o urgente a custo daquilo que é importante, a imediatividade à custa da reflexão, o acessório sobre o principal (LIPOVETSKY, 2004). É o que se observa nas relações jurídicas contemporâneas – hipermodernas, se utilizarmos a terminologia do autor supracitado –, cuja dogmática processual é marcada pelo predomínio de um princípio de eficiência de cunho produtivo e matriz neoliberal, em que a preocupação com o término do processo prevalece sobre a resolução do conflito em si. Em outras palavras, as relações jurídicas da Hipermodernidade primam pela execução do instrumento, e não pela matéria em análise. Portanto, são relações jurídicas que se apegam a um pressuposto de racionalidade antes formal do que material, e que se tornam ilógicas ao tentarem seguir a lógica que lhes foi imputada. São relações jurídicas viciadas pelo império do presente, do aqui e do agora, pelo status de ansiedade generalizado por uma nova temporalidade social onde prevalece um imediatismo desacerbado.

As observações de Gilles Lipovetsky são mais do que apropriadas para descrever as transformações vivenciadas no ideário desta Hipermodernidade – Modernidade Tardia ou Baixa Modernidade, segundo outros autores. No entanto, a presente pesquisa discorda da afirmação do autor de que a Pós-Modernidade já foi superada, dando lugar a uma Hipermodernidade. Ora, se o autor supramencionado faz uso de uma hipérbole para ressaltar as consequências mais extremas de uma Modernidade que atingiu seu estágio final, não faz sentido etimológico considerar esta etapa como posterior ao que se denomina como “Pós” Modernidade. Reconhecemos a existência de uma Hipermodernidade, porém afirmamos que a Pós-Modernidade é que lhe sucede e representa a etapa de transição para um novo devir – talvez a ser cunhado como Sociedade Informacional ou Idade Digital – que ainda não consolidou seus pressupostos. A Pós-Modernidade, no sentido empregado neste estudo, evidencia a existência de uma Hipermodernidade e dialoga com esta. É a partir deste diálogo que a Pós-Modernidade, enquanto uma etapa

de transição paradigmática, firma seu próprio paradigma – uma vez que esta também é dotada de um conjunto de crenças e valores específicos – e apresenta suas contribuições para uma nova era.

A nova temporalidade social, hipermoderna, anunciada por Gilles Lipovetsky também pode ser observada no pensamento de Zygmunt Bauman a respeito da Sociedade de consumo característica de uma etapa da Modernidade a qual o sociólogo polonês identifica como “Líquida”.

Zygmunt Bauman (1999) discorre que a racionalidade moderna sempre esteve vinculada com as práticas materiais do Estado moderno, sendo que este tinha como sua causa final ordenar uma Sociedade racionalmente organizada. Em seu entendimento, os governantes e filósofos modernos sempre foram antes de mais nada legisladores empenhados em dominar o caos natural e substituí-lo por uma ordem artificial, assentada em leis endossadas pela razão, e que busca expurgar toda ambivalência que lhe possa fazer oposição.

Segundo o autor supracitado, por ser excludente, toda ordem artificial é inerentemente assimétrica, pois divide o mundo em um grupo ideal e outro a ser superado – considerados inadaptáveis, incontroláveis, incompatíveis ou ambivalentes –, de modo que o empreendimento ordenador moderno pode ser considerado o produto de uma engenharia social racionalizadora que levou o Estado a adotar uma postura que Zygmunt Bauman (1999, p. 29) chama de “postura de jardineiro”:

O Estado moderno era um Estado jardineiro. Sua postura era a do jardineiro. Ele deslegitimou a condição presente (selvagem, inculta) da população e desmantelou os mecanismos existentes de reprodução e autoequilíbrio. Colocou em seu lugar mecanismos construídos com a finalidade de apontar a mudança na direção do projeto racional. O projeto, supostamente ditado pela suprema e inquestionável autoridade da Razão, fornecia os critérios para avaliar a realidade do dia presente. Esses critérios dividiam a população em plantas úteis a serem estimuladas e cuidadosamente cultivadas e ervas daninhas a serem removidas ou arrancadas. Satisfaziam as necessidades das plantas úteis (segundo o projeto do jardineiro) e não proviam as daquelas consideradas ervas daninhas. Consideravam as duas categorias como *objetos* de ação e negavam a

ambas os direitos de agentes com autodeterminação.

O intento ordenador do Estado Moderno deu forma a uma Sociedade de produtores erigida com base na exploração do trabalho assalariado. Porém, Zygmunt Bauman (2010) afirma que a Modernidade passou de uma Sociedade de produtores a uma Sociedade de consumo constituída através da exploração dos desejos de consumo. Trata-se de um novo modelo de Sociedade moderna onde a lógica dominante consiste em

[...] evitar que as necessidades sejam satisfeitas e evocar, induzir, conjurar e ampliar novas necessidades que clamam por satisfação e novos clientes em potencial, induzidos à ação por essas necessidades: em sua, há uma filosofia de afirmar que a função da oferta é criar demanda (BAUMAN, 2010, p. 28).

Trata-se de uma Sociedade onde a vida é movida a crédito, em que a filosofia dos negócios promove e facilita empréstimos para que toda e qualquer pessoa possa adquirir seu objeto de prazer quando quiser, aqui e agora. Uma “sociedade alimentada pelo consumo e pelo crédito” (BAUMAN, 2010, p. 35). Este último cria uma relação de dependência como poucas drogas o fariam, pois a ausência de débitos não corresponde ao estado ideal numa Sociedade de consumidores – pelo contrário, é o seu maior pesadelo –, motivo pelo qual os débitos provenientes de empréstimos são pagos com novos empréstimos. Porém, da mesma forma que a satisfação dos prazeres é adiantada numa Sociedade de consumo movida a crédito e a um estilo de vida de “curto prazo”, sua punição concomitantemente também o é. E, como toda droga leva ao trauma e ao choque, a indisponibilidade de crédito não o seria diferente (BAUMAN, 2010).

Nas palavras de Zygmunt Bauman (2008, p. 71):

A “sociedade de consumidores”, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos

práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível – e uma condição de afiliação.

Em vez de administrar os corpos, a Sociedade de consumo se dedica a administrar o “espírito” das pessoas a fim de lhes tornar consumidores inatos, não fazendo distinção de idade, gênero ou classe social. Trata-se de uma Sociedade com práticas exclusivistas muito mais árduas que a Sociedade de produtores, e que exige um esforço o individual das pessoas em investir em sua própria afiliação social, o que o fazem consumindo e transformando a si mesmos em mercadorias vendáveis. Todas as relações sociais deste modelo de Sociedade circundam o ideal de consumo, de modo que aqueles que não possuem o crédito necessário para continuarem sendo considerados uma mercadoria vendável, são taxados como consumidores falhos, e, conseqüentemente, excluídos do âmbito social, passando a viver a margem deste (BAUMAN, 2008).

A colonização da vida pelo mercado de bens de consumo revela uma faceta ainda mais preocupante desta etapa da Modernidade – a qual Zygmunt Bauman (2001,) designa como “líquida” – quando analisado sob o viés estatal. Como já observado, a cooperação entre Estado e mercado sempre foi uma constante nas sociedades capitalistas modernas. Porém, na Sociedade de consumo contemporânea o Estado passou a ter como função precípua a garantia de “disponibilidade contínua de crédito e a habilitação contínua dos consumidores para obtê-lo” (BAUMAN, 2010, p. 37), o que fica evidente com as saídas estatais para a crise financeira de 2008, que buscaram recapitalizar os bancos para que estes voltassem a fornecer crédito aos consumidores. Tal fato revela que o governo transformou em política de Estado as premissas de crédito e consumo já incrustadas na vida social, tornando-se um mero executor das políticas de um mercado que se mostra mais soberano do que os governantes políticos, deixando claro que “o verdadeiro detentor do poder soberano na sociedade de consumidores é o mercado de bens de consumo” (BAUMAN, 2008, p. 85).

Diferente da Sociedade de produtores, caracterizada por uma postura de jardinagem, a Sociedade de consumo apresenta aquilo que Zygmunt Bauman (2007, p. 105) denomina como “postura de caçador”:

[...] o caçador não dá a menor importância ao “equilíbrio” geral das “coisas”, seja ele “natural” ou planejado e maquinado. A única tarefa que os caçadores buscam é outra “matança”,

suficientemente grande para encherem totalmente suas bolsas. Com toda a certeza, eles não considerariam seu dever assegurar que o suprimento de animais que habitam a floresta seja recomposto depois (e apesar) de sua caçada. Se os bosques ficarem vazios de caça devido a uma aventura particularmente proveitosa, os caçadores podem mudar-se para outra mata relativamente incólume, ainda fértil em potenciais troféus de caça. Pode ocorrer-lhes que alguma vez, num futuro distante e ainda indefinido, o planeta possa não ter mais florestas inexauridas; mas se isso acontecer, eles não o verão como uma preocupação imediata – e certamente não como sua. Agora somos todos caçadores, ou chamados de caçadores e convocados ou compelidos a agir como tal, sob pena de sermos expulsos da caçada, ou (nem pensar nisso) relegados às fileiras da caça.

O individualismo e a efemeridade das relações sociais líquido-modernas denota a falta de responsabilidade e fraternidade de seus membros, algo impossível de se constituir num padrão de Sociedade em que tudo é descartável, em que o constante esforço de atualização inviabiliza a formação de laços estreitos. Pelo contrário, tratam-se de laços flexíveis que podem ser desatados a qualquer momento segundo os ditames do mercado. A síndrome consumista identificada por Zygmunt Bauman (2009) degradou a duração e promoveu a transitoriedade das relações interpessoais, transformando o consumidor em inimigo do cidadão, tendo a Sociedade líquido-moderna de consumo alimentado uma crescente apatia para com a participação nos processos políticos – o que não é diferente no âmbito jurídico em relação às audiências e consultas públicas. Tal apatia também decorre do fato das pessoas já não se organizarem mais como grupos com causas bem definidas e com lideranças e estruturas de poder, mas como “enxames”, pois “se reúnem, se dispersam e se juntam novamente, de uma ocasião para a outra, guiados a cada vez por relevâncias diferentes, invariavelmente mutáveis, e atraídos por alvos mutantes e móveis” (BAUMAN, 2008, p. 99).

De modo geral, trata-se de um padrão de vida “líquido” – se utilizarmos a denominação empregada por Zygmunt Bauman (2009) –, marcado por um status de constante incerteza onde o imperativo de “modernizar-se ou perecer” consiste em uma das maiores preocupações das pessoas. É, portanto, uma vida caracterizada por uma sucessão de

finais e reinícios, um ciclo de “destruição criativa” em que o lixo é seu principal produto, sendo estes dejetos compostos por uma série de modos de vida e de seres humanos descartados por não se adequarem às exigências do hoje (BAUMAN, 2009).

Tendo em vista o cenário acima exposto, Zygmunt Bauman (2001, p. 08-09), utiliza a metáfora da fluidez dos líquidos em oposição à rigidez dos sólidos para explicar esta nova etapa da Modernidade, a qual contrasta com a natureza estática das categorias modernas tradicionais:

O que todas essas características dos fluídos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca a ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. [...] Os fluidos se movem facilmente. Eles “fluem”, “escorrem”, “esvaem-se”, “respingam”, “transbordam”, “vazam”, “inundam”, “borrifam”, “pingam”; são “filtrados”, “destilados”; diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos – contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho. Do encontro com sólidos emergem intactos, enquanto os sólidos que encontraram, se permanecem sólidos, são alterados – ficam molhados ou encharcados. A extraordinária mobilidade dos fluidos é o que os associa à ideia de “leveza”. Há líquidos que, centímetro cúbico por centímetro cúbico, são mais pesados que muitos sólidos, mas ainda assim tendemos a vê-los como mais leves, menos “pesados” que qualquer sólido.

As características ilustradas por Zygmunt Bauman (2001) a respeito dos líquidos nos permitem questionar se a Pós-Modernidade não seria uma etapa ulterior da fluidez moderna. Porém, não numa perspectiva

de laços interpessoais e institucionais efêmeros e descartáveis, sujeitos à demanda do mercado. Pelo contrário, a liquidez pós-moderna implica no estreitamento de tais relações e instituições a partir da aceitação de sua liquidez, e, conseqüentemente, de sua adaptação à linguagem, aos valores, às formas de comunicação, e às tecnologias contemporâneas. Uma fase de transição paradigmática, que, justamente por seu caráter transitório, exige que seus pressupostos sejam flexíveis e intercambiáveis, o que se deve fazer através do diálogo com as mais diversas racionalidades. Um novo paradigma em que seu marco central seja o reconhecimento de sua complexidade, e que tenha a compreensão de que o seu caminho não é composto apenas por vitórias, mas igualmente por derrotas, e que esteja apto a aceitar sua morte quando a hora chegar, pois, assim como a Pós-Modernidade se alimenta das fontes modernas, o seu próprio fim também alimentará um novo devir. Como diria Heráclito de Éfeso: “viver de morte, morrer de vida”

A rigidez conceitual dos pressupostos modernos, quando em contato com premissas pós-modernas, se não sofrem de imediato uma flexibilização em sua estrutura, ao menos tende a sofrer a influência deste novo paradigma. Heráclito de Éfeso já afirmava que ninguém pode entrar duas vezes no mesmo rio, pois quando nele se entra novamente, não se encontram as mesmas águas. O mesmo pode acontecer com os fundamentos da Modernidade, uma vez que, quando em contato com a Pós-Modernidade, mesmo que persistam já não serão mais os mesmos, sofrerão sua influência e passarão a ser observados sob outro prisma.

No entanto, o paradigma pós-moderno deve se precaver para não incorrer no mesmo vício que a Modernidade. Esta, em sua origem, também representou um processo de liquefação dos sólidos pré-modernos, porém, a Modernidade não se propôs a construir um mundo livre de sólidos, tão somente substituiu os sólidos defeituosos de outrora por um novo conjunto de sólidos, aperfeiçoados e supostamente perfeitos, inalteráveis. Dentre estes novos sólidos destaca-se a racionalidade instrumental, que conferiu rigidez a sociedades complexas, chegando ao ponto de qualquer tentativa de refletir normativamente sobre elas se tornar infrutífera e ser considerada como uma atitude irracional (BAUMAN, 2001).

Zygmunt Bauman (2001) afirma que vivenciamos uma redistribuição e realocação dos poderes de derretimento da Modernidade. Os padrões e configurações modernos já não são mais auto evidentes, sendo que muitos deles chocam-se entre si contradizendo-se de tal forma que foram desprovidos de boa parte de sua capacidade de convencimento e manipulação, de modo que a liquefação de seus pressupostos hoje se

estende do plano abstrato para a Sociedade, da política institucional para a política da vida, do nível macro para o nível micro do convívio social. Os padrões robustos e inabaláveis de outrora são agora maleáveis a um ponto jamais experimentado. Mas, como todos os fluidos, eles não mantêm a forma por muito tempo, e assim o deve ser a fim de preservar complexidade pós-moderna (BAUMAN, 2001).

Por este viés, um dos atributos da Pós-Modernidade consiste em sua maleabilidade e capacidade de adequação aos tempos e as nuances de cada Sociedade. Os pressupostos pós-modernos devem ser dotados de uma humildade e fluidez apta a comportar críticas e possibilitar inovações. Lhe compete fugir da formação de dogmas, de verdades absolutas e incontestáveis, pois, do contrário, substituirá os sólidos da Modernidade por novos sólidos assim denominados pós-modernos, perpetuando desta forma o mesmo ciclo vicioso e racionalizador de outrora.

A Pós-Modernidade importa em estar à frente de si mesmo, mas também em uma reflexão para com o que ficou para trás e na capacidade de retornar quando necessário. Consiste na incapacidade de ficar parado, e ao mesmo tempo no reconhecimento de que não há um estado de perfeição a ser alcançado, de que não existe uma Sociedade livre de conflitos. Ser pós-moderno é estar em constante movimento, um movimento aleatório, disperso e destituído de uma direção bem delineada, que altera entre instâncias avançadas e retrógradas conforme as circunstâncias se provarem adequadas (BAUMAN, 1998). É importante ressaltar que Zygmunt Bauman (1998) não atribui à Pós-Modernidade uma postura de vanguarda, pois esta consiste numa posição a partir da qual se tem certeza de que lado está a dianteira e a retaguarda, e a incerteza é uma das premissas básicas pós-modernas que impossibilitam qualquer afirmação nesse sentido. O que importa é a consciência a respeito de um constante movimento, de uma atitude dinâmica, não estática nem assentada em certezas.

Contudo, o grande problema da Sociedade hodierna consiste no fato desta não se questionar mais, de não reconhecer alternativa para si mesmo, sendo inóspita a uma atitude crítica produtiva, dando preferência à comodidade de uma crítica que segue o que Zygmunt Bauman (2001) chama de “padrão do acampamento”⁷⁶, de cunho meramente

⁷⁶ “O tipo de hospitalidade à crítica característico da sociedade moderna em sua forma presente pode ser aproximado do padrão do acampamento. O lugar está aberto a quem quer que venha com seu trailer e dinheiro suficiente para o aluguel; os hóspedes vêm e vão; nenhum deles presta muita atenção a como o lugar é

consumerista. A apatia vivenciada na Sociedade líquido-moderna de consumo acaba gerando um conformismo generalizado que faz com que as pessoas fiquem satisfeitas com sua situação, mesmo que esta esteja longe de ser satisfatória, são escravas e se sentem livres (BAUMAN, 2001).

Tal quadro é agravado pela colonização do espaço público pelo privado e pelo fato de hoje encontrarmos indivíduos *de jure* e não indivíduos *de facto*. A liberdade, quando não associada com a fraternidade, faz com que o indivíduo se torne inimigo do cidadão⁷⁷, de modo que a única coisa que os primeiros esperam do poder público é que este permita que cada um siga seus próprios desígnios em paz, passando o interesse público a ser colonizado pelo privado e reduzido à mera curiosidade sobre a vida de figuras públicas; quando não considerado incompreensível pela massa de indivíduos que formam a Sociedade hodierna. O indivíduo *de jure* não pode se tornar indivíduo *de facto* sem antes se tornar cidadão, sem que ocorra uma reconfiguração e repovoamento da ágora, daquele local intermediário entre o público e o privado, um espaço privilegiado de debate e deliberação, uma dimensão apta a reconciliar o indivíduo com o bem comum. O grande desafio para a emancipação – que, numa perspectiva pós-moderna, é representada pela

gerido, desde que haja espaço suficiente para estacionar o trailer, as tomadas elétricas e encanamentos estejam em ordem e os donos dos trailers vizinhos não façam muito barulho e mantenham baixo o som de suas TVs portáteis e aparelhos de som depois de escurecer [...] O que os motoristas querem dos administradores do lugar não é muito mais (mas tampouco menos) do que ser deixados à vontade. Em troca, não pretendem desafiar a autoridade dos administradores e pagam o aluguel no prazo. Como pagam também demandam. Tendem a ser inflexíveis quando defendem seus direitos aos serviços prometidos, mas em geral querem seguir seu caminho e ficariam irritados se isso não lhes fosse permitido [...] Se se sentirem prejudicados, podem reclamar e cobrar o que lhes é devido – mas nunca lhes ocorreria questionar e negociar a filosofia administrativa do lugar, e muito menos assumir a responsabilidade pelo gerenciamento do mesmo [...] Quando vão embora, seguindo seus próprios itinerários, o lugar fica como era antes de sua chegada, sem ser afetado pelos ocupantes anteriores e esperando por outros no futuro; embora, se algumas queixas continuarem a ser feitas por grupos sucessivos de hóspedes, os serviços oferecidos possam vir a ser modificados para impedir que as queixas sejam novamente manifestadas no futuro” (BAUMAN, 2001, p. 34-35).

⁷⁷ “O cidadão é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade – enquanto o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à *causa comum*, ao *bem comum*, à *boa sociedade* ou à *sociedade justa*” (BAUMAN, 2001, p. 49-50).

tarefa de transformar a autonomia individual *de jure* numa autonomia *de facto* – consiste em traduzir os problemas privados em questões públicas, tornar o interesse público novamente audível aos ouvidos dos indivíduos, de modo que estes possam alcançar o status de cidadãos (BAUMAN, 2001).

No entanto, Zygmunt Bauman (2013) também demonstra sua própria concepção de Pós-Modernidade, o qual este identifica como uma “modernidade sem ilusões”. Tais ilusões consistem na crença de que a “confusão” decorrente da experiência humana não passa de um estado temporário a ser substituído por uma ordem racional e sistemática, quando sabe-se que esta “confusão” é permanente e não desaparecerá, pois os ordenamentos e sistemas que artificialmente criamos são frágeis e temporários. Para Zygmunt Bauman (2013) a Pós-Modernidade também demanda um “reencantamento” do mundo – algo que também é constatado por Boaventura de Sousa Santos (2010) –, e a substituição da desconfiança na espontaneidade humana pela desconfiança para com toda forma de racionalização abstrata e calculista. Trata-se de um novo paradigma em que o mistério acerca dos fenômenos e comportamentos é aceito independente de um propósito ou recompensa calculáveis, um mundo em que a ambivalência é respeitada e a moralidade admite sua não racionalidade. Enfim, uma nova realidade em que a promoção de leis universais não se identifica com o destino último da humanidade e não constitui um fator de intolerância, deixando de lado seus intentos “civilizadores” – para não dizer colonizadores – e dialogando com os contextos locais numa perspectiva de alteridade que visa aliar deveres universais com a responsabilidade moral individual (BAUMAN, 2013).

Zygmunt Bauman (1998) acredita que a liberdade é o destino de uma Sociedade Pós-Moderna, diversificada, polifônica e sujeita a incertezas – por mais que os intentos ordenadores da racionalidade moderna tentem rechaçar este aspecto – que lhe possibilitaram identificar e revelar a face desumana e a falta de compaixão da Modernidade. Nesse sentido, a novidade proporcionada pelo viés pós-moderno seria um novo *locus* de enunciação e de observação a respeito da Modernidade:

O que é realmente novo na nossa atual situação, em outras palavras, é o nosso ponto de observação. Embora ainda bem próximos da era moderna e sentindo os efeitos da turbulência que ela provocou, podemos agora (melhor ainda, estamos preparados para e dispostos a) ter uma visão fria e crítica da modernidade em sua totalidade, avaliar o

seu desempenho, julgar a solidez e congruência da sua construção. É isso, em última análise, que representa a ideia da pós-modernidade: uma existência plenamente determinada e definida pelo fato de ser “pós”, posterior, e esmagada pela consciência dessa condição. A pós-modernidade não significa necessariamente o fim, o descrédito ou a rejeição da modernidade. Não é mais (nem menos) que a mente moderna a examinar-se longa, atenta e sobriamente, a examinar sua condição e suas obras passadas, sem gostar muito do que vê e percebendo a necessidade de mudança. A pós-modernidade é a modernidade que atinge a maioridade, a modernidade olhando-se a distância e não de dentro, fazendo um inventário completo de ganhos e perdas, psicanalisando-se, descobrindo as intenções que jamais explicitara, descobrindo que elas são mutuamente incongruentes e se cancelam. A pós-modernidade é a modernidade chegando a um acordo com a sua própria impossibilidade, uma modernidade que se automonitora, que conscientemente descarta o que outrora fazia inconscientemente (BAUMAN, 1999, p. 288).

Em vez que fazer menção a uma Pós-Modernidade, Ulrich Beck (2001) dá preferência por nominar o período de transição institucional que vivenciamos como “Alta Modernidade” ou “Modernidade Tardia”. Buscando ilustrar de maneira mais específica esta etapa de autoconfrontação da Modernidade, Ulrich Beck (2001) faz uso do termo “Modernização Reflexiva”, a qual se distingue do conceito tradicional de Modernidade, que exigiu a substituição das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais. A Modernização Reflexiva consistiria, por sua vez, na substituição da Sociedade industrial por outra forma organização social que compreenda que o progresso também pode converter-se em autodestruição, uma Sociedade de risco.

Surge uma situação completamente diferente quando os perigos da sociedade industrial dominam os debates públicos, políticos e privados. Nesse momento, as instituições da sociedade industrial produzem e legitimam perigos que não podem controlar. Durante essa transição, as

relações de propriedade e poder permanecem *constantes*. A sociedade industrial é percebida e criticada como uma sociedade de risco. Por um lado, a sociedade *continua* a tomar decisões e a agir de acordo com as diretrizes da antiga sociedade industrial; por outro lado, os debates e conflitos que se originam na dinâmica da sociedade de risco já estão sendo sobrepostos às organizações de interesses, ao sistema jurídico e à política (BECK, 2002, p. 113-114)⁷⁸.

No entanto, a destruição proporcionada pela Sociedade de risco da Pós-Modernidade – Alta Modernidade, nos termos do autor – trata-se de uma autodestruição criativa, em que o projeto ocidental de Modernidade é o próprio sujeito ativo desta destruição criativa, o que equivale a uma modernização da modernização, um processo que, ao mesmo tempo que compreende um dinamismo único, também comporta uma profunda insegurança. Modernização Reflexiva significa, portanto, uma autoconfrontação da Modernidade para com ela mesma, para com os efeitos da Sociedade de risco que já não conseguem mais ser assimilados pelas instituições e racionalizações da Sociedade industrial moderna. Essa Sociedade de risco importa no reconhecimento de incertezas e ambivalências que antes haviam sido consideradas superadas, o que leva à crise das ficções de segurança e certeza da Sociedade industrial moderna: “a incerteza retorna e prolifera por todo lugar”⁷⁹ (BECK, 2001, p. 27).

Coadunamos da perspectiva de Zygmunt Bauman e Ulrich Beck a respeito da Pós-Modernidade – ou Alta Modernidade, na perspectiva de Beck – como uma etapa de amadurecimento da Modernidade onde esta se sujeita a uma autocrítica e aceita a necessidade de mudança, sem com isso rechaçar suas conquistas. Trata-se de uma fase em que a

⁷⁸ Surge una situación completamente distinta cuando los peligros de la sociedad industrial dominan los debates público, político y privado. En ese momento, las instituciones de la sociedad industrial producen y legitiman peligros que no pueden controlar. Durante esa transición, las relaciones de propiedad y poder permanecen *constantes*. La sociedad industrial se percibe y critica como sociedad de riesgo. Por un lado, la sociedad *sigue* tomando decisiones y actuando conforme a las pautas de la antigua sociedad industrial; por otro lado, los debates y conflictos que se originan en la dinámica de la sociedad de riesgo ya se están superponiendo a las organizaciones de intereses, el sistema legal y la política.

⁷⁹ La incertidumbre retorna y prolifera por doquier.

Modernidade, reconhecendo suas falhas e aceitando o convívio com suas incertezas, é capaz de conquistar sua liberdade, sua independência para com os sólidos que ela criou para si mesmo. Entretanto, conforme já destacado, entendemos que a liquidez é uma característica a ser assimilada ao discurso pós-moderno, não no sentido de aceitarmos um mundo efêmero e sujeito aos ditames de um mercado que cada vez mais tem tomado para si o atributo de soberania outrora concentrado no Estado. A liquidez pós-moderna consiste em sua capacidade de adaptação para com qualquer contingência, o que demanda uma constante autorreflexão a respeito de seus valores e preceitos, e, sobretudo, o diálogo aberto entre suas instituições, grupos sociais e individualidades.

Traduzindo tais premissas para o âmbito do direito, a Pós-Modernidade permite a reflexão a respeito dos princípios, regras e instituições jurídicas, possibilitando, assim, uma reclassificação dos interesses tutelados, bem como dos procedimentos e sujeitos envolvidos na resolução do conflito. Não consiste numa ruptura para com as cartas constitucionais e declarações de direitos, nem para com a dogmática jurídica em si, mas na flexibilização dos aspectos formais que por tanto tempo predominaram na práxis jurídica, a fim de que estes, assim como os líquidos, possam se adaptar a velocidade e dinamicidade pós-modernas. Dessa forma, a Pós-Modernidade não se dedica à redução do direito material. Pelo contrário, ao admitir a liquidez de suas relações jurídicas, ela permite a expansão de seu conteúdo e reforça sua legitimidade, pois escapa de uma lógica fundada numa racionalidade estritamente formal, portanto, sólida, e passa a se nortear através de um fazer dialógico fraterno apto a aliar os primados de liberdade, alteridade e tolerância, sem os quais qualquer discurso de emancipação não passa de opressão disfarçada.

Seguindo uma abordagem diferente da utilizada por Zygmunt Bauman, Alain Touraine (2009) discorre que a saída da Modernidade se deu a partir do momento em que os fatos sociais deixaram de ser explicados por sua localização numa história dotada de sentido e direção, de modo que a Pós-Modernidade antes seria um “pós-historicismo”. Sob a perspectiva do autor supracitado, a Modernidade entrou em crise quando a Sociedade passou a se afastar dos princípios de racionalização inerentes ao paradigma moderno, de modo que a ruptura com o misticismo e o sagrado foi sucedida, no século XX, pela destruição da visão racionalista do mundo. O universo das técnicas e organizações modernas entrou em choque com os desejos e identidades produzidas por ele mesmo, ao passo que a ideia de Sociedade passou a ser substituída

pela de um mercado em que atuam três grupos distintos: os pilotos; os passageiros; e os náufragos.

Eis-nos portanto, no Leste como no Oeste, embarcados numa sociedade formada por três grupos: os pilotos, grupo pouco numeroso, não daqueles que comandam, mas que respondem às incitações do mercado do meio ambiente em geral; os passageiros, que são os consumidores e ao mesmo tempo membros da tripulação, e os náufragos que foram arrebatados pela tempestade ou atirados ao mar como inúteis ou sobrecargas (TOURAINÉ, 2009, p. 191).

O sociólogo francês afirma que estamos vivendo o fim da forma de representação da Sociedade a partir da qual o mundo ocidental se moldou e viveu durante vários séculos. Esta perspectiva de representação foi constituída sobre a ideia de que a Sociedade não tem outro fundamento senão ela mesma, o que, segundo autor, não coincide o ideal moderno, o qual se opõe ao reconhecimento de uma Sociedade que se autolegitima, que não faz de si um meio, mas um fim em si mesmo (TOURAINÉ, 2007).

Para Alain Touraine (2009), a crise da Sociedade moderna decorre de sua autopoiese e comporta duas respostas – cujo conteúdo já discutimos através das contrições dos autores previamente abordados: uma alternativa modernista, que entende que a Modernidade pode ser defendida e até mesmo ampliada; e outra pós-moderna, que denuncia o processo de decomposição irreversível da Modernidade. E, não obstante a variedade de sentidos dado ao conceito de Pós-Modernidade, essa multiplicidade de definições não é suficiente para rejeitar uma concepção pós-moderna de mundo. Neste viés, Alain Touraine (2009) levanta quatro das principais correntes pós-modernas que advogam uma ruptura para com a Modernidade.

A primeira corrente identifica a Pós-Modernidade como uma Hipermodernidade – conforme destacado por Lipovetsky –, em que as premissas modernas não cessam de acelerar e as vanguardas tornam-se efêmeras. A segunda corrente resulta da crise da esquerda revolucionária do final dos anos 70, tratando-se de uma crítica pós-moderna do pensamento de esquerda, sendo o neoliberalismo um dos produtos desta decomposição pós-moderna do esquerdismo, de cunho pós-social. A terceira vertente é dotada de um teor pós-historicista, propondo uma

ruptura com o historicismo e a substituição da sucessão de formas culturais pela sua simultaneidade, por um pluralismo cultural, uma ecologia de culturas que se opõe à ideologia do universalismo moderno. Por fim, a quarta corrente se caracteriza por um teor “antiesteticista” que conduz à destruição das formas de representação modernas do mundo (TOURAINÉ, 2009).

Todavia, mesmo que a concepção clássica de Modernidade – baseada no triunfo da razão e na rejeição das diferenças e das emoções – encontre dificuldade em se estender a um mundo contemporâneo onde religião, tecnologia, política e mercado se chocam, Alain Touraine (2009, p. 209) persiste em defender que o sucesso da crítica pós-moderna não dispensa uma nova teoria moderna “menos orgulhosa que a do Iluminismo, mas capaz de resistir à diversidade absoluta das culturas e dos indivíduos”. E, segundo o autor supracitado, é do antagonismo entre a visão economicista e a visão culturalista da Sociedade que esta nova etapa da Modernidade deve ser constituída. Uma nova perspectiva de Modernidade que não conceba o sujeito fora das relações sociais, nem o afaste do potencial de transformação decorrente da racionalidade instrumental (TOURAINÉ, 2009).

É, portanto, uma proposta de entremeio entre as duas respostas tradicionais à crise do paradigma moderno, uma terceira via que admite a decomposição das premissas modernas, mas que também propõe sua reestruturação e ampliação perante os desafios da Pós-Modernidade (TOURAINÉ, 2009). Assim, a resposta para a crise da Modernidade estaria dentro de uma releitura da própria Modernidade, o que demanda a reconstrução de instituições que não estarão mais a serviço da Sociedade, mas da liberdade de cada indivíduo (TOURAINÉ, 2007). Portanto, trata-se de uma nova concepção de Modernidade que combina razão e sujeito, uma perspectiva contraditória que faz referência à criatividade humana ao mesmo tempo em que recusa todos os princípios de ordem, e que acredita que o diálogo entre razão e sujeito é que mantém aberto o caminho da liberdade (TOURAINÉ, 2009).

Nas palavras de Alain Touraine (2009, p. 394):

A resposta precisa que este livro⁸⁰ dá é que a razão e o Sujeito, que podem realmente tornar-se estranhos ou hostis um ao outro, podem também unir-se, e que o agente desta união é o movimento social, isto é, a transformação da defesa pessoal e

⁸⁰ O autor refere-se à obra “Crítica da Modernidade”.

cultural do Sujeito em ação coletiva dirigida contra o poder que submete a razão aos seus interesses.

Segundo Alain Touraine (2007), a Sociedade moderna clássica é uma criação ocidental e se alicerça em dois princípios que não são de natureza social: a crença na razão e na ação racional; e o reconhecimento de direitos do indivíduo. Para o sociólogo francês, a razão deve ser concebida como um fundamento não social da vida social, não se justificando por conta de interesses coletivos ou individuais, mas por si mesma, comportando uma carga de verdade que não é concebida em termos econômicos ou políticos. Por sua vez, o reconhecimento de direitos individuais importa em um universalismo que confere a todos os indivíduos os mesmos direitos, o que não fecha a Modernidade para o diálogo com a coletividade. Em conjunto, estes dois princípios definem a Modernidade pois rechaçam toda ordem social que não seja criada a partir de sua própria realidade e força – a exemplo da Sociedade medieval, que tinha como pressuposto a revelação divina.

Por outro lado, Alain Touraine (2007) advoga que a Modernidade de hoje ultrapassa a ideia de Sociedade, uma vez o que funcionamento desta é marcado mais por relações de dominação do que pela racionalidade, mais por deveres do que por direitos, de modo que já se tornou inconcebível a imagem de um indivíduo livre e responsável na Sociedade moderna. Pelo contrário, a perspectiva de Modernidade hodierna apela a um universalismo que tende a um hedonismo manipulado pelo comércio e pelos meios de comunicação, onde o indivíduo é cada vez mais definido numa dimensão atomizada, com relação apenas a si mesmo.

Mas Alain Touraine (2007) acredita que a Modernidade também pode dar espaço a um universalismo libertador, o que o fará na medida em que rejeitar a ideia de Sociedade e aliar as concepções de razão e sujeito – não sem uma forte resistência de uma tradição que remonta a Jean-Jacques Rousseau. O autor supracitado advoga que o princípio capaz de impedir as sociedades contemporâneas de naufragarem é o individualismo, não aquele que goza de má fama, mas que permita a emancipação de “indivíduos capazes de inventar e defender sua própria capacidade de combinar o pensamento racional e os direitos humanos em instituições sociais preocupadas ao mesmo tempo com eficácia e liberdade” (TOURAINÉ, 2007, p. 105).

Trata-se de um novo princípio de individualismo no qual o ser humano deixa de se definir como senhor da natureza e passa a se observar como um *sujeito* responsável. Um sujeito que não é um sinônimo do eu,

pelo contrário, é um sujeito encontrado em meio às ruínas de um eu decomposto, capaz de se opor a todas as forças impessoais que buscam dominá-lo e corrompê-lo, e que transformou a si mesmo no princípio orientador de suas condutas. Refere-se também a uma nova perspectiva que parte não apenas do sujeito, mas exige o reconhecimento do outro, sendo que Alain Touraine (2007, p. 117) compreende por *reconhecimento*⁸¹ “ver e agir no outro a construção do sujeito, tal como sentimos agir em nós mesmos”, pois “aquele que reconhece o outro como sujeito tem mais capacidade de combater aquilo que se opõe à subjetivação dele mesmo ou de outros” (TOURAINÉ, 2007, p. 117).

Porém, o reconhecimento deve atentar para não sucumbir em uma obsessão por identidade, algo que rejeita todo o princípio de alteridade defendido pelo autor supracitado, não obstante este destaque a necessidade de se estabelecer um elo entre as diferentes culturas e uma Modernidade firmada em valores universais. Em seu entendimento, Modernidade e modernização não são sinônimos, havendo várias vias de modernização, assim existindo uma multiplicidade de caminhos que podem levar uma população à Modernidade, misturando princípios universais e experiências históricas diversas (TOURAINÉ, 2007).

Em suma: são muitos os caminhos para a modernização, também existindo mais de uma Modernidade, cada país possuindo sua própria dimensão moderna, embora isso não afete a natureza da Modernidade – a crença na razão e o reconhecimento de direitos individuais:

Em outras palavras, não se deve acreditar que existe apenas um modo de modernização capaz de levar um país à modernidade; nem sequer existe um único modelo francês, japonês ou americano, de modernidade. Todos os países, todos os indivíduos mantêm relações complexas com a modernidade, com os movimentos de modernização ou com as forças de antimodernização, sem que isso mude o que quer que seja na natureza da modernidade (TOURAINÉ, 2007, p. 188).

Tendo em vista as considerações de Alain Touraine a respeito do debate entre Modernidade e Pós-Modernidade, esta pesquisa não concorda com a posição do autor em prol de uma nova Modernidade que

⁸¹ A ideia de reconhecimento será retomada ao abordarmos o pensamento de Axel Honneth.

se firma além da dimensão social – sendo “pós-social”, se utilizarmos a denominação empregada pelo sociólogo francês –, pois, na medida em que a Modernidade buscou racionalizar a Sociedade, trazendo para o campo das ciências sociais – dentre elas o direito – suas premissas gerais, não há como afastar de sua égide o âmbito social. Por mais que concordemos que a Modernidade se tornou um fim em si mesmo, e que utiliza o viés social para legitimar seus interesses – muitos dos quais conduzidos por uma lógica de mercado avessa ao cidadão –, não há como se conceber um individualismo libertador dissociado da Sociedade.

Alain Touraine tem razão ao defender a emergência de um sujeito dissociado de um eu atomizado, e que esteja apto a aliar o pensamento racional à defesa de suas liberdades, assim como também é coerente quanto ao seu alerta a respeito dos riscos de uma obsessão da identidade que também podem resultar em uma autolegitimação excludente, de natureza antes cultural do que social. Mais do que isso, defendemos uma aliança entre as dimensões individual e coletiva que, a partir de instituições modernas e com vistas a um fazer pós-moderno, possa emancipar o cidadão junto com seu semelhante e afastar do domínio social todo tipo de autolegitimação, num panorama de ágora, fundada no diálogo e nos direitos fundamentais.

Por sua vez, compartilhamos da perspectiva de Alain Touraine a respeito de uma multiplicidade de modernizações e modernidades, bem como com as exigências de reconhecimento e alteridade em respeito às diferenças culturais. Porém, optamos por utilizar o termo Pós-Modernidade para designar este devir paradigmático, uma vez que não advogamos por uma reformulação dos pressupostos, princípios e atores modernos, mas por um diálogo entre os preceitos da Modernidade e a complexidade hodierna, um interstício de reflexão e planejamento entre paradigmas.

Para encerrar as discussões de Alain Touraine (2007) apresentadas nesta tese a respeito do debate entre Modernidade e Pós-Modernidade, importa destacar o alerta do autor ao afirmar que o racionalismo social do século XIX e as utopias totalitárias do século XX estabeleceram novas bases sociais com base na crítica e rejeição da ordem social que lhes antecedeu, justificando sua dominação tendo em vista sua própria razão de ser. Porém, como Alain Touraine (2007, p. 9) salienta, “uma modernização, qualquer que seja, não é a condição necessária e suficiente para chegar à modernidade”. Nesse sentido, o caminho em direção a uma nova Modernidade também é marcado por elementos vindos de outras sociedades, pois como Alain Touraine (2007, p. 89) bem o diz: “Não se faz algo novo só com coisas novas, faz-se-o também com coisas velhas”,

o que implica na necessidade de reimplementar ao discurso moderno algumas concepções pré-modernas.

Nessa mesma esteira, porém, sob um viés jurídico, José Isaac Pilati (2017a, p. 21-22) argumenta que a Pós-Modernidade importa num “esforço de (re)construção e (re)sistematização; que visa a incluir no ordenamento contemporâneo o exercício e a tutela jurídica de determinados bens, não contemplados devidamente pela Modernidade”. Partindo de uma releitura de contraponto das instituições jurídicas participativas do direito Romano Clássico, José Isaac Pilati (2017a) propõe um resgate da dimensão coletiva do direito, ampliando a classificação de bens jurídicos e suas formas de tutela. E, conforme evidenciado nos capítulos anteriores, a Modernidade, em seu intento simplificador, optou por ofuscar a complexidade inata às relações jurídicas pré-modernas. Por esta razão, a presente pesquisa compartilha deste esforço em identificar nos exemplos do passado uma complexidade a ser implementada nas relações jurídicas pós-modernas⁸². Mas não se trata de uma implementação obtusa de contribuições do passado, descontextualizada, não se pretende colocar “vinho novo em odres velhos”, pois este fermentaria e expandiria até romper com os odres, como diz o Evangelho. Pelo contrário, propõe-se armazenar “vinho velho em odres novos”, adaptados de acordo com as técnicas e cenários mais atuais, e aptos a servir um conteúdo que, como um bom vinho, evolui suas qualidades com o tempo até chegar ao seu auge.

Diferente de Alain Touraine, que defende uma nova Modernidade dissociada da Sociedade, Boaventura de Sousa Santos (2010) acredita que a crise do paradigma científico moderno resulta em uma revolução científica diferente da que ocorreu a partir do século XVI. Trata-se de uma revolução científica cujo paradigma que dela emergirá não é apenas científico, mas também um paradigma social. Para explicar essa revolução científica de cunho sociológico, Boaventura de Sousa Santos (2010) inicia seu argumento fazendo discorrendo a respeito das condições teóricas e sociais que denunciam a crise do paradigma moderno, as quais o mesmo aponta que não só são profundas como irreversíveis.

As condições teóricas da crise do paradigma científico moderno, levantadas por Boaventura de Sousa Santos (2010), são quatro. A primeira delas se origina do fato de que as insuficiências estruturais da Modernidade decorrem do grande avanço no conhecimento que o próprio paradigma moderno propiciou, o que permitiu ver as fragilidades de seus fundamentos. A segunda condição teórica advém do princípio de

⁸² Como se observará na próxima sessão deste capítulo.

incerteza que a microfísica introduziu no pensamento moderno ao constatar que é impossível analisar um objeto sem nele interferir, sem o alterar, de modo que, uma vez analisado, o objeto de estudo já não será mais o mesmo, provando assim que a interferência do sujeito no objeto observado gera implicações pertinentes. A terceira condição decorre dos teoremas sobre a impossibilidade de encontrar dentro de um sistema formal a prova da sua consistência, resultando num status de incompletude do saber científico. A quarta condição teórica é oriunda de estudos da termodinâmica que apontam uma lógica de auto-organização em situações de instabilidade, de um princípio de “ordem através de flutuações” que foge ao determinismo moderno na medida em que admite um caos organizador.

Por sua vez, as condições teóricas identificadas por Boaventura de Sousa Santos (2010) resultam em duas reflexões epistemológicas. A primeira delas consiste no surgimento de muitos cientistas-filósofos no cenário contemporâneo, o que não se deve a um mero interesse intelectual, mas ao desejo de complementar o conhecimento das coisas com o conhecimento sobre nós mesmos. Consequentemente, as questões sociais passaram a ocupar um papel de relevo no campo científico, que se dedicou a analisar condições sociais, contextos culturais, e modelos organizacionais, que antes eram excluídos das ciências naturais. Já a segunda reflexão epistemológica está relacionada ao fato do conhecimento científico moderno gerar um sentimento de tristeza e desencanto, tendo ganhado rigor na mesma proporção em que perdeu em riqueza.

Quanto às condições sociais da crise do paradigma moderno, Boaventura de Sousa Santos (2010) se limita a afirmar que o rigor científico adquirido nas últimas décadas se deu às custas da autorregulação da ciência, que colapsou perante uma industrialização do saber científico que comprometeu as premissas de autonomia e desinteresse do conhecimento e vinculou este a centros de poder econômico, social e político que determinam as prioridades científicas. Como resultado desta industrialização da ciência, o autor supracitado aponta que as relações de poder entre os cientistas tornaram-se mais desiguais e autoritárias, submetendo os cientistas a um processo de proletarianização na mesma medida em que aumentou o fosso entre o desenvolvimento científico e tecnológico dos países, uma vez que o acesso aos equipamentos de pesquisa ficou sujeito a já apontada lógica hodierna de investimento-lucro-investimento.

Tendo em vista o cenário de crise por ele diagnosticado, Boaventura de Sousa Santos (2010) se propõe a especular um novo

paradigma emergente que prime por uma racionalidade plural e pelo resgate do encanto da ciência, apresentando quatro teses a respeito de seus fundamentos. A primeira delas importa no reconhecimento de que todo conhecimento científico natural também é social, assim rompendo com a dicotomia entre ciências naturais e ciências sociais, e propondo a superação de distinções até então consideradas insubstituíveis – natural/artificial; observador/observado; coletivo/individual; subjetivo/objetivo, etc. –, revalorizando os estudos humanísticos. Sua segunda tese pós-moderna consiste no fato de todo conhecimento é local e total ao mesmo tempo, rompendo assim com a tradicional visão reducionista e excessivamente fragmentada do conhecimento científico, e primando por um pluralismo metodológico que exige um esforço de tradução dos conhecimentos desenvolvidos localmente a fim de que estes emigrem para outros espaços cognitivos fora de seu contexto de origem, o que também demanda uma tolerância discursiva. A terceira tese indica que todo conhecimento é autoconhecimento, o que revela um paradigma científico emergente que é mais contemplativo do que interventivo, onde a qualidade do conhecimento decorre mais da satisfação pessoal que este proporciona do que do sentimento de controle sobre o mundo natural, o que exige, portanto, uma “ressubjetivação” da ciência. Por fim, a quarta tese de Boaventura de Sousa Santos implica na aceitação de que todo conhecimento científico visa constituir-se em senso comum, demandando, assim, um diálogo entre a ciência e as outras formas de saber, e valorizando o conhecimento vulgar e prático decorrente do cotidiano, o qual possui natureza interdisciplinar e orienta a vida das pessoas.

As considerações de Boaventura de Sousa Santos são deveras pertinentes para a compreensão da crise paradigmática moderna, bem como do advento de um novo paradigma, de cunho pós-moderno, embora, como o autor bem afirma, podemos apenas especular suas propriedades. “Sabemo-nos a caminho mas não exatamente onde estamos na jornada”, salienta Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 92), porém temos ciência de vivenciarmos uma fase transição. Para fins didáticos, a presente pesquisa identifica esta etapa de transição como a Pós-Modernidade. Nela reconhecemos um conjunto de crenças e valores que possibilitam identificar um paradigma distinto em relação ao moderno – embora cronologicamente situado em seu ínterim – e que, abstraindo das diversas contribuições ora levantadas, aponta para um panorama de complexidade que pode ser evidenciado em suas relações sociais – dentre elas as de natureza jurídica –, as quais foram erigidas a partir de premissas

modernas, embora, em maior ou menor grau, admitam a fragilidade destas e flertem com o devir.

Portanto, tendo em vista que todo o debate a respeito da crise da Modernidade e do advento de um novo paradigma, pós-moderno – utilizando-se da terminologia predominante para identificar este novo paradigma –, apresenta em comum a complexidade, elegemos o pensamento de Edgar Morin para fundamentar nossa compreensão a respeito de tal conceito, bem como para traduzi-lo para o universo das relações jurídicas.

Por outro lado, também temos consciência da relevância das contribuições de outros autores da complexidade que não compartilham da perspectiva evidenciada nesta tese, a qual parte da concepção de Edgar Morin a respeito do tema⁸³.

Contudo, embora nossa perspectiva de relações jurídicas complexas tenha como fundamento a ideia de complexidade elaborada Edgar Morin, não o faremos sem o amparo de outros autores que tratam do tema em uma perspectiva que se aproxima da do sociólogo francês, mesmo que de forma indireta, a exemplo dos já citados Boaventura de Sousa Santos, Paolo Grossi e José Isaac Pilati. Este último, orientador deste trabalho, apresenta alguns dos fundamentos sobre os quais uma práxis jurídica pós-moderna poderá se erigir, e a partir dos quais elaboraremos nossa concepção de relações jurídicas complexas, bem como sua dimensão processual.

5.2 A COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PÓS-MODERNAS

Edgar Morin se destaca como um dos teóricos da Pós-Modernidade mais influentes, revelando a complexidade dessa nova etapa

⁸³ Não obstante sua pertinência e adesão por parte do cenário jurídico, e a fim de identificar uma teoria de oposição àquela exaltada nesta pesquisa, divergimos da concepção de sistemas complexos elaborada por Nicklas Luhmann (2016a) em sua Teoria dos Sistemas Sociais. Nossa discordância para com a teoria dos sistemas de Luhmann se justifica pois entendemos que qualquer perspectiva de complexidade exige um fazer comunicativo que, em vez de ser autorreferencial, deve ser norteado por um princípio dialógico e auto-ecoorganizador. Compreendemos que, diferente do que Luhmann afirma, um sistema pautado por uma práxis comunicativa exclusivamente autorreferencial leva a uma redução de complexidade que importa em uma estratégia de simplificação de seu conteúdo, em vez de uma seleção e refinamento de uma complexidade em uma nova complexidade.

de transição paradigmática e se dedicando a desmistificar os pressupostos do paradigma moderno. Edgar Morin (2016) elabora sua teoria da complexidade a partir da crise do paradigma moderno e das revoluções científicas evidenciadas nas ciências naturais a partir do século XIX, as quais se deram conta de uma complexidade no cosmos antes não observada pela Modernidade em seu intento simplificador.

Em sua análise, a Modernidade se trata de um macroconceito forjado no ocidente europeu e dotado de aspectos complementares e antagônicos, sendo marcado por um humanismo que mescla a ideia de cidadania grega com uma matriz cristã antropocêntrica e providencialista, daí advindo a premissa de que a razão seria o fio condutor a guiar a humanidade ao progresso, seu fim último. E, tendo em vista o caráter antropocêntrico e providencialista atribuído ao ser humano e à razão, a Modernidade se manifestou através de três grandes mitos: o mito do domínio do universo; o mito do progresso; e o mito da felicidade (MORIN, 2011c). Nesse sentido, Paolo Grossi (2007) destaca que a Modernidade se lançou como desconsagradora e demolidora dos mitos pré-modernos, mas na verdade mostrou-se uma excelente construtora de mitos. Tais mitos tiveram como função elementar promover uma transposição de planos que obrigou a realidade a cumprir um salto de níveis, chegando ao ponto de transformar-se em uma meta-realidade/meta-história, vindo os mitos modernos a preencherem os vazios que se mostraram arriscados para a estabilidade do paradigma.

Para se desmistificar os mitos modernos, Edgar Morin (2011b) utiliza a categoria “Paradigma do Ocidente”, e, a partir dela, ilustra o conjunto de crenças compartilhadas por um ideário moderno de matriz cartesiana e puritana, marcado, por um lado, por uma concepção antropocêntrica, etnocêntrica e egocêntrica do sujeito, e de outro, pela frieza com que observa as interações deste para com o objetivo de análise. Para compreender o paradigma ocidental, Edgar Morin (2011b) aponta determinadas patologias que contaminam o pensamento contemporâneo: a) Hipersimplificação: que não permite ao interlocutor contemplar a complexidade do real; b) Idealismo: que apresenta os pressupostos modernos como a única realidade possível e admissível; c) Racionalização: que nega tudo que lhe é tomado por irracional e se recusa a dialogar com o mesmo.

É importante destacar que razão, racionalidade, racionalismo e racionalização são conceitos distintos no entendimento de Edgar Morin (2014). Razão seria um método de conhecimento baseado no cálculo e na lógica o qual busca resolver os problemas a partir dos dados que caracterizam um determinado fenômeno ou circunstância. A

racionalidade consiste na relação de adequação entre a coerência lógica e a realidade empírica, promovendo o diálogo da razão com o irracional e o irracionalizável. Por sua vez, racionalismo é uma visão de mundo firmada com base em uma concordância perfeita entre o que é tido por racional e a realidade do universo, o que implica em uma ética que exige um agir racional por parte dos indivíduos e sociedades, excluindo deste panorama tudo aquilo que é irracional ou que está além da razão por ela empreendida. Enfim, racionalização é uma visão totalizante do universo a partir de um ponto de vista parcial deste, de um único princípio de razão, de caráter fechado⁸⁴, o qual embasa sua lógica em um único fator externo (mais comumente o econômico ou o político) e dissemina a crença de que todos os problemas derivam de outras racionalizações que lhe são contrárias (MORIN, 2014).

Nesse sentido, devemos escapar de racionalizações e racionalismos que se lancem enquanto perspectivas totalizantes e excludentes. É necessário um diálogo com o irracional, com o diferente, com a paixão e com a fé. Edgar Morin (2014) defende que devemos caminhar rumo a uma razão aberta dotada de um caráter evolutivo e complexo que não progrida de forma contínua e linear, mas por mutações e reorganizações profundas em sua lógica. Uma razão aberta que não se firme como oposição absoluta ao que lhe é estranho, mas como uma oposição relativa, assim comportando em sua ótica a coexistência de noções que são simultaneamente antagônicas e complementares, como as de sujeito-objeto e ordem-desordem (MORIN, 2014).

Entretanto, a Sociedade hodierna exige ser organizada segundo a razão, com base nos primados de ordem e harmonia. Tal intento não é reprovável, porém, a razão moderna possui um teor profundamente liberal que serve aos princípios utilitários da economia capitalista, dando forma a uma racionalização de cunho instrumental que se mostra ditatorial e totalitária. Enfim, torna-se uma razão autodestrutiva que, ao servir a lógica econômica de eficiência e produtividade, acaba enganando a si mesma, se tornando irrazoável. A crise vivenciada na razão ocidental é interna, ela nasce da revolta da racionalidade contra a racionalização, portanto, “Já não é apenas a suficiência e a insuficiência da razão que estão em causa, é a irracionalidade do racionalismo e da racionalização” (MORIN, 2014, p. 165).

Em uma perspectiva semelhante, Herbert Marcuse (2015) aborda a existência de um homem e de uma Sociedade unidimensional avançada

⁸⁴ “[...] a racionalização prende o universo num pelourinho abstrato que ela toma por realidade concreta” (MORIN, 2014, p. 229).

que alteram a relação entre o racional e o irracional, onde o irracional toma o lugar do realmente racional. O autor supracitado alega que as realizações técnicas e a publicidade produtiva geraram um “deslocamento no locus da mistificação”, de modo que o racional, ao invés do irracional, tornou-se o veículo mais eficaz de mistificação: “A magia, a bruxaria e a entrega ao êxtase místico são praticados na rotina diária da casa, da loja e do escritório, e as realizações racionais ocultam a irracionalidade do todo” (MARCUSE, 2015, p.188).

Sob o efeito deste fetiche, a Sociedade unidimensional identificada por Herbert Marcuse (2015) se vê em uma situação ambígua e contraditória: por um lado, é capaz de conter uma mudança qualitativa em suas bases devido ao futuro previsível que ela mesma traçou para si; por outro lado, existem forças e tendências que podem eliminar essa contenção e implodir esse modelo de Sociedade. A respeito deste dilema, Herbert Marcuse patilha de uma perspectiva pessimista, acreditando que a primeira tendência deve preponderar, e que a racionalização técnico-política está empreendendo todos os seus esforços para evitar qualquer reversão em sua ordem: “Talvez um acidente possa alterar a situação, mas a menos que o reconhecimento do que está sendo dado e o que está sendo evitado subverta a consciência e o comportamento do homem, nem mesmo uma catástrofe levará à mudança” (MARCUSE, 2015, p. 35-36). O homem unidimensional vive e morre racionalmente e produtivamente, ele tem noção de que a destruição é o preço do progresso, de que o inumano também está presente na humanização, e de que a escravidão está igualmente na liberdade. Essa é a dinâmica da sociedade unidimensional, “uma realidade na qual a mente científica tem um papel decisivo na união entre razão teórica e prática” (MARCUSE, 2015, p. 154).

Os problemas levantados por Edgar Morin e Herbert Marcuse a respeito das implicações do racionalismo e da racionalização no paradigma e na Sociedade moderna podem se estendem às relações jurídicas. O direito claramente exige um agir racional por parte daqueles envolvidos em suas relações jurídicas, seja o Estado, os indivíduos, ou a coletividade. Esse agir racional se constituiu em uma racionalização do universo jurídico que projeta uma visão totalizadora deste a partir de um extrato do que este tem a oferecer, sendo esta racionalização comumente identificada com os ideais de legalidade, técnica e representatividade. Dessa forma, as relações jurídicas modernas foram cunhadas com base em um único princípio de razão, de caráter monista e fechado, o qual dissemina a crença de que todo elemento informal, participativo e plural

deve ser excluído de apreciação pelo paradigma jurídico, uma vez que contraria a lógica firmada por sua racionalização.

As relações jurídicas modernas testemunharam um deslocamento no *locus* de mistificação, pois o racional também tomou o lugar do irracional neste intento. O misticismo proveniente do Direito Romano e do Direito Canônico foi descolado para o formalismo dos modelos processuais modernos, não menos ritualísticos que os observados no período pré-moderno. O culto à forma, ao direito positivado e às autoridades vinculadas à Justiça se lançou como um novo fetiche aos olhos da Modernidade, não obstante os juristas modernos tenham ciência de que tais primados são promovidos ao custo do pluralismo, da participação, e da soberania popular. Porém, o que defendemos neste estudo não se trata de uma ruptura com o positivismo jurídico ou o Estado. Pelo contrário, consideramos que há uma dimensão muito mais ampla e rica a ser contemplada pela racionalidade jurídica, o que exige uma aproximação entre os sujeitos envolvidos na relação jurídica e o objeto em análise, mediante uma lógica jurídica de caráter plural e aberto. Assim os fenômenos jurídicos devem ser interpretados de modo que levem em consideração não apenas o direito positivado, mas toda a gama de interações socioeconômico-culturais que escapam às categorias pré-definidas abstratamente pela norma.

Retomando a crítica de Edgar Morin ao paradigma moderno, o autor em questão aponta que as patologias modernas seriam decorrentes de três operações comumente instrumentalizadas: a) Disjunção: decorrente do *cogito* cartesiano, consiste na separação realizada entre sujeito e objeto, impossibilitando qualquer ciência de refletir sobre si mesma e isolando os campos do conhecimento uns dos outros; b) Redução: reduz a complexidade da vida ao simples, gerando a hiperespecialização do conhecimento; c) Abstração: incapaz de conjugar o uno e o múltiplo (*unitas multiplex*), unificando abstratamente o que é diverso e apresentando a diversidade sem conceber a unidade (MORIN, 2011b).

As patologias e operações mencionadas por Edgar Morin podem ser claramente observadas no plano das relações jurídicas modernas. Ao reduzir toda a normatividade àquela positivada nas normas estatais, o monismo jurídico realizou uma verdadeira operação de redução que impôs ao direito uma lógica de hipersimplificação que lhe impede de contemplar suas interações com a dimensão social e de reconhecer outras fontes de juridicidade. Esse fenômeno de hipersimplificação também pode ser constatado na redução dos interesses tutelados pelo Estado aos domínios público e privado, tendo toda uma esfera de interesses e sujeitos

coletivos sido negligenciada e dissolvida entre os dois planos mencionados anteriormente. Tal redução do plano coletivo ao público-estatal também é constatada por Letícia Canut (2013, p. 122-123):

A modernidade confeccionou esquema dicotômico no qual há espaço apenas para o público-estatal e para o privado e, assim, para atuação do Estado e do indivíduo (ou sociedade de indivíduos) – panorama que reduziu o coletivo ao público-estatal e que não sofreu modificações significativas na fase transicional [...] Isso significa e aponta a necessidade de a pós-modernidade jurídico-política, assim como o paradigma geral no qual ela se situa, assumir-se efetivamente enquanto paradigma, ou seja, de avocar a função de nortear as formas de pensamento, de conhecimento e de práticas jurídicas, políticas e sociais segundo nova lógica, complexa e inclusiva [...] Que seja capaz, então, de reintegrar o coletivo ao lado do individual e do público-estatal, superando as orientações restritivas, formais, abstratas e simplificadoras do paradigma moderno.

Não bastasse isso, o idealismo e racionalização diagnosticados por Edgar Morin se aplicam igualmente às relações jurídicas modernas na medida em que somente o direito produzido pelo Estado é tido como válido e racional, não havendo um diálogo entre o direito positivado e aquele decorrente da normatividade social. O Estado moderno, ao reduzir o direito ao âmbito estatal e limitar a tutela de interesses ao binômio Estado-indivíduo – excluindo a Sociedade tanto de seu papel de sujeito de direito como de fonte de normatividade –, promoveu uma simplificação das relações jurídicas que impossibilita a compreensão de sua complexidade. A concepção de ordenamento jurídico e a praxis processual moderna dissociam sujeito e objeto de direito, legando a interpretação deste a profissionais dotados de um rigor técnico, porém, muitas vezes avessos a realidade social, o que não atende à complexidade, uma vez que esta exige o diálogo entre a racionalidade e a afetividade, demanda empatia e não apenas técnica.

Da mesma forma, um ordenamento que se apresenta como uno e que não contempla o diverso – pois se fundamenta em ideais de certeza e de segurança jurídica e se vale de mecanismos processuais eminentemente (para não dizer exclusivamente) representativos e isentos

de qualquer dinâmica fraterna – jamais conseguirá alcançar a complexidade inata às relações jurídicas. Como se verá, estas demandam participação, e, conseqüentemente, estão sujeitas a toda a incerteza e irracionalidade dela oriundas, não obstante se compreenda que não há como assimilar a complexidade das relações jurídicas sem conceber o uno e o múltiplo como perspectivas associadas e interdependentes.

Conforme observado, o paradigma ocidental moderno separa o sujeito do objeto, e, ao separá-los, acaba gerando uma visão simplificadora da realidade que opera mediante a racionalização da realidade e da vida. Porém, Edgar Morin (2011c) afirma que a Modernidade entrou em crise a partir do momento em que seus próprios fundamentos passaram a ser questionados, quando um princípio de incerteza até então absolutamente rechaçado pela filosofia moderna passou a ser admitido dentro do discurso moderno. As descobertas no campo das ciências naturais (especialmente no campo da termodinâmica e da biologia), as grandes guerras e os horrores promovidos pelos Estados totalitários (a exemplo do nazismo, do fascismo e do stalinismo), as catástrofes científicas (como as bombas nucleares de Hiroshima e Nagasaki e o acidente nuclear de Chernobil) e os problemas sociais contemporâneos (drogas, fadiga, pobreza, etc.) representaram um duro golpe aos mitos da Modernidade e lhe incrustaram de um atributo de incerteza que revelou sua ambivalência – esta última sempre tão rechaçada pelo discurso moderno quanto a incerteza.

Esse atributo de incerteza decorre em parte do fato de que a racionalidade instrumental e a lógica de progresso da Modernidade, ao mesmo tempo em que trouxeram grandes conquistas para a humanidade, também foram responsáveis pelas suas maiores tragédias. A exemplo do Holocausto, o qual Zygmunt Bauman (1999) defende que foi nada menos do que o produto de uma engenharia social moderna pautada pelas mesmas premissas de racionalidade, pureza e progresso. É deveras interessante e pertinente a reflexão de Zygmunt Bauman (1998, p. 14-15) a respeito da associação entre pureza, higienização e ordem:

A pureza é uma visão das coisas colocadas em lugares *diferentes* dos que elas ocupariam, se não fossem levadas a se mudar para outro, impulsionadas, arrastadas ou incitadas; e é uma visão de *ordem* – isto é, de uma situação em que cada coisa se acha em seu justo lugar e em nenhum outro [...]. O oposto da “pureza” - o sujo, o imundo, os “agentes poluidores” - são coisas “fora do

lugar”. Não são as características intrínsecas das coisas que as transformam em “sujas”, mas tão somente sua localização e, mais precisamente, sua localização na ordem de coisas idealizada pelos que procuram a pureza [...] Há porém, coisas para as quais “o lugar certo” não foi reservado em qualquer fragmento da ordem preparada pelo homem. Elas ficam “fora do lugar” em toda a parte, isto é, em todos os lugares para os quais o modelo da pureza tem sido destinado. O mundo dos que procuram a pureza é simplesmente pequeno demais para acomodá-las [...] Do que até agora foi dito, podemos deduzir que o interesse pela pureza, e o associado interesse pela “higiene” (isto é, manter a sujeira longe) tem uma relação mais do que acidental com a fragilidade da ordem; com uma situação em que sentimos não poder confiar na ordem cuidando dela própria, não poder esperar que a ordem sobreviva à nossa complacência, à nossa inteira inação a esse respeito, conforme seu próprio impulso.

No campo das relações jurídicas não seria diferente, pois o positivismo jurídico, em sua busca por uma ciência pura do direito, levou os juízes da Alemanha nazistas a condenarem milhões de judeus à morte e a condições indignas ao ser humano, tudo isso sob a premissa de estarem cumprindo a lei, fruto da mesma racionalidade abstrata moderna. Como bem frisa Edgar Morin (2011c, p. 31), “a modernidade produz monstros e maravilhas, e toda questão é saber se os monstros destruirão as maravilhas ou se as maravilhas subjugarão os monstros”.

É em razão da crise dos mitos e fundamentos da Modernidade que Edgar Morin (2011c) sustenta que as diversas noções de Pós-Modernidade nasceram – algumas delas já expostas no presente capítulo –, não obstante possam dar margem a novos mitos, pós-modernos (conforme o alerta de Zygmunt Bauman sobre a possibilidade dos líquidos se solidificarem). O autor supracitado se questiona a respeito da Modernidade estar em vias de alcançar um estado metamórfico, – simultaneamente, de manutenção de identidade e de mudança de fundamentos – cujo caráter incerto pode levar tanto a sua transformação em algo novo, como a sua regressão ou até mesmo à destruição completa de suas premissas.

Independente do resultado, Edgar Morin (2011c, p. 41) afirma que “o progresso como certeza está morto”, pois a incerteza se tornou algo comum em nosso itinerário, embora, por este mesmo motivo, exista a possibilidade de um progresso, mas um progresso que não dura para sempre e por isso mesmo deve ser sempre regenerado. O ideal moderno de progresso é sustentado por uma dinâmica planetária e retroalimentadora que envolve ciência, técnica, economia e lucro. Essa dinâmica de progresso é ambivalente, pois produz tanto aquilo que a Modernidade tem de melhor, como o seu pior, e, ao agravar sua dimensão negativa, nos conduz ao abismo (MORIN, 2011c).

Não o é diferente com as relações jurídicas da Baixa Modernidade, em que o ideal de progresso que contamina a ciência jurídica alia a técnica a uma lógica de economia processual que visa a produtividade, muitas vezes em prejuízo da substância dos julgados, sobretudo quando estes versam sobre questões de âmbito coletivo, hoje podendo inclusive se falar em uma Análise Econômica do Direito – AED⁸⁵. Ademais, embora a práxis processual possibilite aos magistrados a realização de audiências e consultadas públicas, estes são recursos ainda pouco implementados na organização das lides, em parte por conta da lógica linear e tecnicista de progresso que se estendeu ao ideário jurídico, quando tais instrumentos participativos exigem uma praxe embaraçada e dialógica em sua essência.

Edgar Morin (2011c) advoga que devemos ultrapassar o Iluminismo, o que não importa em romper com este, mas em integrá-lo a um novo paradigma, fruto de um reexame da razão e de suas patologias, em que a racionalidade seja atribuída de um caráter autocrítico, dialógico, aberto, e, sobretudo, complexo, que não ignora a desordem e o acaso, mas as conjuga com o primado de ordem defendido pela Modernidade. Trata-se, portanto, da busca por uma nova racionalidade que dialogue com uma realidade que resiste aos primados clássicos, que se desloca entre a lógica e o empírico, que relacione todo fenômeno ao seu contexto, que religue noções disjuntas e saberes compartimentados, que reconhece os limites do espírito humano e o mistério que foge ao seu intelecto, que negocie com o irracional e o incerto, que, enfim, possibilite a passagem de um humanismo abstrato para um humanismo concreto, e de um universalismo abstrato para um universalismo concreto (MORIN, 2011c).

Paolo Grossi (2007) alega que é crucial ultrapassarmos as mitologias criadas pela Modernidade, pois a historicidade comporta

⁸⁵ A AED se propõe a analisar as normas legais e políticas públicas a fim de promover sua eficiência e assim reduzir os custos em que os agentes incorrem para realizar trocas em uma economia (TABAK, 2018).

dinâmicas confusas, mundanas e ao mesmo tempo complexas – como diria Edgar Morin –, as quais não podem ser reduzidas a um simples traço nítido e linear como o proposto pelos processos de racionalização e progresso promovidos pela Modernidade. Ocorre que os mitos propagados pela Modernidade e que fundamentaram o projeto jurídico burguês não conseguem mais se sustentar diante das necessidades de uma Sociedade contemporânea extremamente complexa, passando os mitos modernos a serem paulatinamente revelados, como bem salienta o autor supracitado:

É obvio que essa mitologia, submetida à usura de dois séculos de vida jurídica, lentamente e beneficentemente se deteriorou, enquanto a dogmática na qual se fundamentava revelava o seu próprio caráter mítico; e é obvio que, hoje, o profundo fosso que circula o castelo foi em boa parte aterrado. Mas com quanta lentidão e com quanto esforço, nessa Europa continental tão caracterizada e quase marcada a fogo pela habilíssima propaganda pós-iluminista! (GROSSI, 2007, p. 79)

Para se contrapor ao paradigma e aos mitos modernos, Edgar Morin apresenta um novo panorama, que designa como “Paradigma da Complexidade”, o qual desenvolve a partir da conjugação de uma série de elementos, como: ordem, organização, desordem e interação.

Edgar Morin (2016) inicia seu argumento expondo que ao reconhecerem a indestrutibilidade da energia e a existência de uma lógica entrópica em sua predisposição para transformação, os princípios da termodinâmica introduziram um princípio de degradação de ordem no campo das ciências naturais que problematizou a própria ideia de ordem que até então reinava absoluta no paradigma científico moderno. É importante observar que o intento em formar uma ordem de natureza política foi um fator favorável ao seu predomínio no meio das ciências naturais. Isso porque nos séculos XVIII e XIX Deus, o pressuposto de ordem até então vigente, havia sido excluído com a instauração de regimes seculares, o que fez com que a ordem proveniente de um universo perfeito e determinado tomasse o lugar do primeiro enquanto fundamento da racionalidade do Estado (MORIN, 2014).

Ilya Prigogine (2002) destaca que as leis clássicas deterministas se aplicam apenas aos casos simples, sendo que a maioria do cosmos está sujeito ao segundo princípio da termodinâmica – a tendência no aumento

de entropia nos sistemas – de modo que a racionalidade determinista já não pode mais reivindicar o posto de símbolo da inteligência científica, uma vez que as leis naturais agora também dividem espaço com os eventos decorrentes do acaso.

No mundo que nos cerca, constatamos a existência de objetos que obedecem a leis clássicas deterministas e reversíveis, mas correspondem a casos simples, quase exceções, como o movimento planetário de dois corpos. De resto, dispomos de objetos a que se aplica o segundo princípio da termodinâmica; eles são, aliás, a imensa maioria. É preciso, pois, que hoje haja, mesmo independentemente da história, uma distinção cosmológica entre estes dois tipos de situação, ou seja, entre estabilidade, por um lado, e instabilidade e caos, por outro (PRIGOGINE, 2002, p. 82).

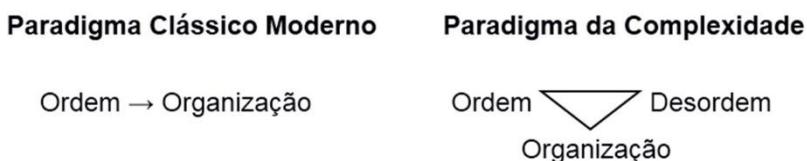
Ilya Prigogine (2002, p. 13) salienta ainda que o atributo de incerteza decorrente do princípio de entropia é mais notável nas ciências humanas do que nas ciências naturais: “Nas ciências naturais, o ideal tradicional era alcançar a certeza associada a uma descrição determinista, tanto que até a mecânica quântica persegue esse ideal. Ao contrário, as noções de incerteza, de escolha e de risco dominam as ciências humanas, quer se trate de economia, quer de sociologia”.

Assim, o reconhecimento da degradação dos estados de ordem e organização fez com que o questionamento a respeito destes mesmos conceitos sofresse uma inversão de estrutura ontológica: a questão já não era mais o porquê de existir desordem no universo, mas encontrar sentido na existência de um pressuposto de ordem e organização no caos do cosmos. A ideia de um universo que constituiu sua ordem e organização a partir da turbulência, da instabilidade, e da improbabilidade passou a vigorar: “é desintegrando-se que o cosmo se organiza” (MORIN, 2016, p. 65).

A antiga concepção de uma ordem eterna e universal foi destituída de fundamento, porém, não poderia ser substituída por outra ideia simples e isolada, como a de desordem. É desta nova perspectiva científica que decorre a complexidade original. Ou seja, o princípio de complexidade advém da conjugação de ideias simultaneamente antagônicas e complementares, como os conceitos de ordem e desordem. Porém, o paradigma da complexidade não se fundamenta em uma relação bilateral

de ordem e desordem, ele também comporta a ideia de organização e a insere em uma relação triangular junto aos conceitos de ordem e desordem. Destaca-se, aliás, que a noção de organização postulada pela complexidade se distingue do silogismo clássico moderno em que toda ordem importa necessariamente em organização, sendo esta última o resultado e uma relação dialógica entre ordem e desordem (MORIN, 2016).

Figura 1 – Distinção entre o paradigma moderno e o paradigma da complexidade



Fonte: figura elaborada pelo autor.

Tendo em vista essa relação triangular, é impossível reduzirmos nossa visão de mundo a categorias de ordem ou desordem isoladamente consideradas. Ordem não é um conceito simples nem monolítico, ele ultrapassa o sentido que lhe foi atribuído pelo determinismo, não se limitando a interpretação clássica no sentido de considerá-la uma lei suprema que rege todas as coisas do universo e que constitui sua verdade. A noção de ordem também comporta as ideias de estabilidade, constância, regularidade, repetição, estrutura, e segurança – esta última deveras estimada pela dogmática jurídica moderna. Há, portanto, várias formas de ordem, e estas, mediante uma série de interações, demandam outro conceito basilar da complexidade, que é a ideia de organização, cujo conteúdo não se reduz à ordem mas comporta esta em seu bojo e lhe produz. Assim sendo, já não existe mais uma noção de ordem absoluta, incondicional e eterna, pois a complexidade implica em uma concepção de ordem enriquecida pelo diálogo com a desordem, como salienta Edgar Morin (2014, p. 199):

O que quero dizer para concluir este sucinto catálogo dos componentes diversos da ideia da ordem é que a ideia enriquecida de ordem, que recorre às ideias de *interação* e de *organização*, que não pode expulsar a desordem, é muito mais

rica, efetivamente, do que a idéia do determinismo. Mas, enriquecendo-se, o conceito de ordem relativizou-se. Complexificação e relativização andam juntas.

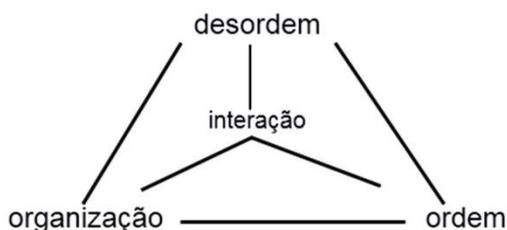
Porém, da mesma forma que um ideal de ordem associado a um determinismo absoluto é inconcebível, pois o determinismo puro ignora a realidade ambiente – algo comumente observado no âmbito das relações jurídicas quando da realização de operações de subsunção alheias as externalidades da causa *sub judice* –, também não é possível admitir um mundo completamente aleatório. A ideia de desordem igualmente não é um conceito a ser compreendido de forma solitária, esta não só se opõe à ordem como também coopera com esta para criar organização, razão pela qual são noções que devem ser pensadas conjuntamente, de maneira dialógica, “cada um deles chamando o outro, cada um precisando do outro para se constituir, cada um inseparável do outro, cada um complementar do outro, sendo antagônico ao outro” (MORIN, 2014, p. 204). Dessa forma, na mesma medida em que a desordem implica na ameaça de barbárie, esta também significa liberdade, uma liberdade que exige um primado de ordem para que seja usufruída, e, sobretudo, uma organização capaz de qualificar tais conceitos: ordem (regulação) e desordem (liberdade) (MORIN, 2014).

Como Germana Parente Neiva Belchior (2015, p. 65) salienta, “Às vezes pode-se ter a sensação de desordem, mas a própria complexidade induz ao processo de insegurança e de perda, para depois retomar a ordem”. O princípio de desordem é uma contraparte da ordem, seu antagonista e complemento indispensável para se obter o mínimo de organização em um sistema complexo.

Nesses termos, a organização cria simultaneamente ordem e desordem, ela se empenha na reorganização permanente de sistemas que tendem a se organizar, bem como em sua própria auto reorganização, desde o nível menos complexo (unicelular) até o mais complexo (sociedades humanas inteiras) (MORIN, 2014). No entanto, para que haja organização são necessárias interações entre elementos, seres ou objetos materiais sujeitos a determinadas condições de encontro e sob o mando de determinações/constrições vinculadas a sua natureza, que possibilitam uma inter-relação entre estes mesmos elementos, seres ou objetos. A quantidade e a riqueza dessas interações aumentam conforme estas passam a se firmar entre sistemas mais organizados, como as sociedades: “quanto mais a diversidade e a complexidade dos fenômenos em interação ampliam-se, ocorre, o mesmo com a diversidade e a complexidade dos

efeitos e transformações resultantes dessas interações” (MORIN, 2016, p. 72). A interação constitui o elemento de ligação entre ordem, desordem e organização, um circuito tetralógico que possibilita a esses termos complementares, concorrentes e antagônicos fazerem referência uns aos outros e se coproduzirem simultânea e reciprocamente através de uma relação complexa. Assim, “quanto mais a organização e a ordem se desenvolvem, mais elas tornam-se complexa, mais elas toleram, utilizam e até necessitam da desordem” (MORIN, 2016, p. 78-79).

Figura 2 – Circuito Tetralógico



Fonte: MORIN, 2016.

O circuito tetralógico elaborado por Edgar Morin coloca em jogo o caos enquanto um conceito energético dotado de um poder de destruição e de criação que flutua entre ordem e desordem. O caos é uma desintegração organizadora de onde surgiram a ordem e a organização junto de seu par complementar/antagônico, a desordem. É o caos que introduz no discurso científico um princípio de incerteza que já não pode mais ser dissipado e que nos permite agora ligar pontos de vista outrora simplesmente antagônicos que não interagiam, concebendo, assim, uma visão complexa do universo que não se fecha em si mesma e que possibilita uma revisão de conceitos antes considerados absolutos (MORIN, 2016).

Por fim, essa nova visão de mundo faz surgir em seu próprio cerne o mistério. Ela se abre para o desconhecido, o insondável, em vez de recalçá-lo, de exorcizá-lo. Pela primeira vez, uma visão de mundo não se fecha em si mesma numa autossuficiência explicativa. Esta mudança de mundo nos levará muito além da mudança de uma “imagem” do mundo. Ela deverá causar mudança no mundo de nossos conceitos e questionas os

conceitos-mestre com os quais pensamos e aprisionamos o mundo (MORIN, 2016, p. 92).

Em um novo paradigma em que a ideia de uma ordem universal, supratemporal e supra especial já não reina mais soberana, toda teoria exige trazer em seu bojo a marca da desordem, sendo a relação entre esses dois conceitos antagônicos e complementares um elemento-chave na definição de qualquer discurso ou práxis, seja ele de natureza cósmica ou social. De qualquer forma, essa relação entre ordem e desordem é uma, complementar, concorrente e antagônica, exigindo três noções mediadoras e vinculadas, uma a outra, de maneira dialógica: interação; transformação; e organização (MORIN, 2016).

Por sua vez, a ideia de organização forma uma relação trinitária com a de sistema e a de inter-relação, categorias inseparáveis, embora distintas. O termo Inter-relação diz respeito aos tipos e formas de ligação entre os elementos, os indivíduos e o todo. Sistema é um conceito que remete a um todo inter-relacionado e uno onde o observador observa a si mesmo observando o sistema, das partes para o todo e do todo para as partes (*unitas multiplex*), criando, mantendo, e desenvolvendo complexidade, sendo que esta ultrapassa a própria noção de sistema. Já o conceito de organização em si consiste na combinação das partes com o todo e do todo com as partes, é o elemento intermediador desta cadeia de combinações. Enfim, destaca-se que, por conter em seu âmago a ideia de desordem, a ordem proveniente da organização é simultaneamente relativa, frágil, perecível, evolutiva e construtiva, ou seja, complexa (MORIN, 2016).

Figura 3 – O Conceito Trinitário



Fonte: MORIN, 2016

Compreendemos que o saber jurídico também demanda a inserção de um elemento caótico nas relações jurídicas, o que implica no necessário diálogo entre ordem e desordem a fim de conceber um pressuposto de organização nesta categoria de relações. A extensão do diálogo entre ordem e desordem, certeza e incerteza, certamente implicará na revisão dos conceitos-mestre com os quais aprisionamos o mundo

jurídico moderno, dentre eles as categorias de bens e de sujeitos de direito, assim como as de soberania e de normatividade. O que o direito não pode se furtar é de contemplar em suas dinâmicas um princípio de complexidade sem o qual este se manterá refém de uma perspectiva hipersimplificada, reducionista, e racionalizadora do universo jurídico. Aliás, se as ciências que fomentaram à racionalidade jurídica moderna já admitiram em seu cerne um princípio de desordem capaz de revelar a complexidade do universo natural, não o deveria ser diferente com o Direito, do contrário este perpetuará uma visão anacrônica das relações jurídicas.

Mas no que consiste a complexidade e como ela pode ser contemplada no âmbito das relações jurídicas pós-modernas? Segundo Edgar Morin (2011b), a complexidade não pode ser resumida a uma palavra-chave, visto que não se trata de uma solução, mas de uma provocação, de uma palavra-problema. Portanto, um primeiro mal-entendido consiste em conceber a complexidade como uma resposta, como uma receita para todos os problemas da humanidade. Pelo contrário, a complexidade que advém das inter-relações entre ordem, desordem e organização deve ser encarada como um desafio, como uma incitação para o pensamento. Um segundo equívoco consiste em confundir a complexidade com um ideal de completude, quando na verdade esta advoga pelo reconhecimento da incompletude do conhecimento, assim concebendo em seu âmago a articulação, a identidade e a interdependência deste numa perspectiva multidimensional e incerta (MORIN, 2014). Assim, toda forma de totalidade é uma inverdade, pois nenhum sistema é capaz de se auto explicar ou de se auto demonstrar, o que leva a complexidade a demandar a admissão de uma consciência de incompletude (MORIN, 2011b).

No entanto, por mais que a complexidade não conceba um conhecimento completo, esta lança mão de um conhecimento multidimensional, lutando contra um pensamento mutilador e disjuntivo na mesma medida em que busca articular os conhecimentos e categorias outrora despedaçados pelas simplificações modernas (BELCHIOR, 2015).

O desafio da complexidade apresentado por Edgar Morin (2015) consiste em uma reforma do pensamento em relação a nossa aptidão para organizar o conhecimento, implica em religar perspectivas outrora dissociadas, em tratar os problemas de uma realidade concomitantemente solidária e conflituosa num panorama multidimensional que respeite a diferença e reconheça a unicidade, ou seja, que respeite e una ao mesmo tempo. É um desafio que exige a consciência de que “Não somos apenas

possuidores de idéias, mas também somos possuídos por elas, capazes de morrer ou matar por uma idéia” (MORIN, 2015, p. 53), e de que essas ideias, assim como podem servir como meios de interlocução com o real, também podem ocultar a realidade a pretexto de uma dita racionalização⁸⁶. A complexidade demanda igualmente a compreensão de que uma reforma do pensamento também requer uma reforma das instituições, pois tratam-se de conceitos interligados e interdependentes que tendem a gerar um duplo bloqueio caso não demonstrem esforço conjunto na revisão de suas premissas⁸⁷. Enfim reclama a lucidez de que a humanidade também comporta a animalidade em seu âmago⁸⁸, de que o *Homo sapiens* também é ao mesmo tempo *Homo demens*, é simultaneamente racional e passional, egoísta e altruísta⁸⁹, um sujeito em que tem sua complexidade revelada num panorama sincronicamente biológico e cultural⁹⁰. É, portanto, um desafio que anuncia um novo paradigma, de natureza complexa (MORIN, 2015).

No entanto, a complexidade não importa na negação da simplicidade. A complexidade contempla os modos simplificadores de pensar, mas rejeita suas consequências mutiladoras e redutoras da realidade e da vida. Diferente do paradigma ocidental moderno, a complexidade não se limita a um sistema fechado, reducionista e unilinear, que não possibilita qualquer interação com aquilo que se encontra além de sua racionalidade. O paradigma da complexidade se

⁸⁶ [...] “os homens não matam apenas à sombra de suas paixões, mas também à luz de suas racionalizações” (MORIN, 2015, p. 54).

⁸⁷ [...] “não se pode reformar a instituição sem uma prévia reforma das mentes, mas não se podem reformar as mentes sem uma prévia reforma das instituições” (MORIN, 2015, p. 99).

⁸⁸ [...] “a humanidade não se reduz absolutamente à animalidade, mas, sem animalidade, não há humanidade” (MORIN, 2015, p. 40).

⁸⁹ O “Eu” é um privilégio inaudito e, ao mesmo tempo, a coisa mais banal, porquanto todo mundo pode dizer “Eu”. Da mesma forma, o sujeito oscila entre o egoísmo e o altruísmo. No egoísmo, eu sou tudo, e os outros são nada; mas, no altruísmo, eu me dou, me devoto, sou inteiramente secundário para aqueles aos quais me dou. O indivíduo sujeito recusa a morte que o devora; e, no entanto, é capaz de oferecer sua vida por suas idéias, pela pátria ou pela humanidade. Aí está a complexidade própria da noção de sujeito (MORIN, 2015, p. 127).

⁹⁰ “O ser humano nos é revelado em sua complexidade: ser, ao mesmo tempo, totalmente biológico e totalmente cultural” (MORIN, 2015, p. 40). “As características biológicas e culturais não são nem justapostas nem superpostas. São os termos d um processo cíclico recomeçado e regenerado incessantemente” (MORIN, 2012a, p. 55).

propõe a operar mediante um sistema aberto cujo mérito não se reduz ao próprio sistema, mas se estende a sua relação com o ambiente, com tudo aquilo que se situa em seu entorno e para além deste, e que passa a constituir parte do próprio sistema (MORIN, 2011b).

A complexidade busca aliar sujeito e objeto, categorias que foram separadas pela concepção positivista, a qual defende que o objeto, existindo independente do sujeito, poderia ser observado e explicado por si mesmo. No paradigma da complexidade, sujeito e objeto são contrapartes de um mesmo processo, contemplam-se de maneira recíproca, pois, se considerados isoladamente, são insuficientes: “o objeto deve ser concebido em seu ecossistema e mais amplamente num mundo aberto onde sujeito e objeto possam integrar-se um ao outro” (MORIN, 2011b, p. 47). Ao propor uma aproximação entre sujeito e objeto através de um sistema aberto que interage com a complexidade do ambiente que lhe circunda, a complexidade também exige que seus interlocutores não se fechem em um bairrismo contemporâneo. Pelo contrário, a crença em instituições sólidas, imutáveis e imunes à ação do tempo deve dar lugar a instituições abertas e dinâmicas, pois a realidade é mutante e a inovação não tarda a surgir e afetar aquilo que lhe é preexistente (MORIN, 2011b). Trata-se de partir de uma perspectiva estática de programa, que contamina o pensamento moderno, para uma visão dinâmica e pós-moderna de estratégia, a qual nos obriga à inovação e à interação com a complexidade do real:

A estratégia se define por oposição ao programa. Um programa é uma sequência de ações predeterminadas que só pode se realizar num ambiente com poucas eventualidades ou desordens. A estratégia se fundamenta num exame das condições, a um só tempo, determinadas, aleatórias e incertas, nas quais a ação vai entrar visando uma finalidade específica. O programa não pode se modificar, só pode parar em caso de imprevisto ou de perigo. A estratégia pode modificar o roteiro de ações previstas, em função das novas informações que chegam pelo caminho que ela pode inventar. A estratégia pode até usar a eventualidade em seu benefício, como Napoleão usava o nevoeiro de Austerlitz; ela pode usar a energia inimiga como o lutador de caratê que, sem esforço, derruba o adversário. Os animais montam estratégias de ataque e de fuga, de fingimento e de

esquiva, de astúcia e de isca contra suas presas ou predadores. Nós, os humanos, quer seja no plano individual para conseguir um posto, uma vantagem ou um prazer, quer seja no plano das empresas, partidos, sindicatos e Estados, usamos de estratégias mais ou menos refinadas; isto é, imaginamos nossas ações em função das certezas (ordem), das incertezas (desordem, eventualidades) e das nossas aptidões para organizar o pensamento (estratégias cognitivas, roteiro de ação) e agimos, modificando, eventualmente, nossas decisões ou caminhos em função das informações que surgem durante o processo (MORIN, 2014, p. 220-221)⁹¹.

Tendo em vista a distinção entre ação programática e ação estratégica, é possível afirmar que o pensamento paleopositivista que dominou as relações jurídicas modernas possui a natureza de um programa, uma vez que este se concentra na aplicação da lei ao caso concreto, se limitando, portanto, a ambientes dotados de pouca eventualidade e desordem, pois não se permite ir além do instrumento formal e da práxis burocrático-representativa. Consequentemente, consistem em relações jurídicas com grande dificuldade de se adaptarem à inovação e mudança, sobretudo, em uma sociedade digital em que as instituições jurídicas já não conseguem acompanhar a velocidade e a dimensão em que a política, a economia, e a tecnologia tem se desenvolvido. Para se adaptarem ao novo e ao diferente, as relações jurídicas modernas dependem de extensos processos legislativos ou de juízos autocráticos, os quais fundamentam sua legitimidade sob um viés eminentemente representativo e alheio à Sociedade onde se manifestam estas inovações. Ademais, o simples fato de constatarmos tais reveses nas relações jurídicas modernas já denuncia a tendência do programa elaborado por estas estar na iminência de parar, sob o risco de, se não o fazê-lo, arriscar-se nos perigos de um anacronismo jurídico.

⁹¹ Ainda sobre as noções de programa e estratégia, Edgar Morin (2011c, p. 81) discorre: “Para as sequências integradas a um meio ambiente estável, convém utilizar programas. O programa não nos obriga a estar vigilante. Ele não obriga a inovar. Assim, quando vamos para o trabalho no volante de nosso carro, parte de nossa conduta é programada. Se um engarrafamento inesperado surge, é preciso decidir se vai se mudar ou não de itinerário, infringir o regulamento: deve se fazer o uso de estratégia”.

Por outro lado, uma tutela jurídica de caráter pós-moderno demanda uma práxis de natureza estratégica, em que os instrumentos da jurisdição atuem em tempo real e possuam uma dinâmica aberta as eventualidades e ao reexame das condições em que são firmadas. Porém, atenta-se ao fato de que uma práxis estratégica não importa necessariamente em romper com o positivismo jurídico, mas em conceber dentro deste um *nexus* que permita aliar fórmulas jurídicas previamente estabelecidas com novas informações oriundas de um ambiente sociopolítico-econômico em constante mutação. Uma práxis jurídica estratégica parte das certezas provenientes do direito positivado (ordem) em direção às incertezas decorrentes de uma Sociedade que encontra-se em um ritmo cada vez mais acelerado de inovação e mudança (desordem). Enfim, o agir estratégico é um dos principais elementos que fomentam as interações necessárias à organização e reorganização das relações jurídicas em uma dimensão de complexidade que inter-relacione pressupostos de ordem e desordem.

Contudo, reorganizar a composição das relações jurídicas a fim de que estas atentem a um novo paradigma importa em discutir a concepção de humanidade e de sujeito sob a perspectiva da complexidade. Nesse sentido, Edgar Morin (2012b) afirma que o ser humano é formado por uma trindade composta pelas noções, simultaneamente complementares, concorrentes e antagônicas, de indivíduo, Sociedade e espécie⁹². Os três termos constituem os meios e os fins uns dos outros, um aparecendo quando o outro desaparece e vice-versa, não havendo hierarquia entre eles – senão de maneira cíclica e oscilatória.

Ser sujeito implica em situar-se na trindade indivíduo-sociedade-espécie, significa estar no centro do mundo como um elemento potencialmente ativo de interação entre as ordens e as desordens que o compõem. É, portanto, um conceito complexo por natureza e definição, sem o qual o conhecimento objetivo do mundo não consegue avançar, visto tratar-se de seu interlocutor. E, por comportar em seu âmago a trindade indivíduo-sociedade-espécie, o sujeito demanda um conhecimento intersubjetivo do outro – seja este seu semelhante ou aquele que ele considera diferente em virtude de sua singularidade ou de sua herança cultural diversa –, pois as necessidades de reconhecimento e de autoafirmação estão interligadas, ou seja: a relação com o outro grava-se

⁹² “Cada um desses termos contém os outros. Não só os indivíduos estão na espécie, mas também a espécie está nos indivíduos; não só os indivíduos estão na sociedade, mas a sociedade também está nos indivíduos, inculcando-lhes, desde o nascimento deles, a sua cultura” (MORIN, 2012a, p. 52).

na relação consigo mesmo, a subjetividade exige afetividade e empatia (MORIN, 2012b).

Porém, o sujeito possui uma dupla natureza, ele é ao mesmo tempo fechado e aberto, ele vive para si e para o outro oscilando entre atitudes egoístas e altruístas, sendo que, quando o egoísmo supera o altruísmo, ele é capaz de fazer com que o sujeito deixe de contemplar a subjetividade dos outros e passe a lhes considerar como objetos (MORIN, 2012b). E, ao reificar o outro, o sujeito corre o risco não apenas de atentar contra o indivíduo, mas contra a Sociedade e a espécie que estão enraizadas em seu ser. Mais do que isso, corre o risco de atentar contra si mesmo, pois na medida em que este deixa de ver a humanidade no outro, ele torna-se cego para a humanidade em si mesmo. Em suma, por possuir uma natureza complexa, o sujeito comporta uma ambiguidade em sua essência, alternando-se entre o amor e a morte do outro:

Assim, há na situação do sujeito uma possibilidade egoísta que vai até o sacrifício de tudo para si, e uma possibilidade altruísta que vai até o sacrifício de si. A primeira pode levar ao antagonismo em relação ao semelhante e, no limite, ao assassinato de Caim. A segunda pode suscitar uma fraternidade que incita a dar a própria vida por um amigo, um irmão... A qualidade do sujeito carrega a morte do outro e o amor do outro (MORIN, 2012b, p. 76).

Conforme observado nos capítulos anteriores, o aparato técnico-processual das relações jurídicas modernas privilegiou uma perspectiva monista e representativa embasada em uma lógica de economicidade e produtividade em números que comporta pouco espaço para o diálogo e a participação – quando não as excluem de suas dinâmicas ou lhe atribuem um caráter compulsório avesso a sua natureza. Mais do que isso, dissociou os interesses jurídicos em duas categorias diferentes com titulares distintos e de difícil comunicação: a esfera privada e a pública, de titularidade do indivíduo e do Estado, respectivamente. Por sua vez, a Sociedade, enquanto titular de interesses coletivos, foi negligenciada, e estes últimos foram dissolvidos entre as esferas de interesse previamente mencionadas.

Consequentemente, a dissociação promovida pelo arcabouço jurídico moderno entre indivíduo e Sociedade e a opção por uma práxis jurídica eminentemente burocrático-representativa, fez com que o sujeito, na qualidade de sujeito de direito, tivesse sua dimensão

intersubjetiva reduzida, senão negada, favorecendo, assim, uma postura egoísta que pode levar a atitudes autodestrutivas quando o bem jurídico em questão não se trata de um interesse exclusivamente individual. Mesmo neste último caso a ausência de uma práxis intersubjetiva seria passível de questionamento, pois o sujeito, ao desenvolver uma concepção egocêntrica de seus interesses individuais, alheia aos interesses de seus semelhantes, pode negar sua própria humanidade, tendo em vista que esta está vinculada a uma trindade de concepções que envolvem as categorias de indivíduo, Sociedade e espécie. Pois, por ser um sujeito complexo, o indivíduo ao negar o seu semelhante nega sua própria humanidade – logicamente, por se tratar de uma negação de caráter ético, esta não desqualifica sua condição humana para fins de reconhecimento e tutela de direitos.

A fim de promover uma reforma no âmbito das relações jurídicas, Axel Honneth (2009a) afirma que os princípios da justiça devem passar por uma reconfiguração na qual resultem de uma formação comum da vontade que só se concretiza na cooperação entre sujeitos, ou seja, mediante uma práxis fraterna e intersubjetiva que promova a autonomia dos sujeitos através do reconhecimento recíproco entre estes mesmos indivíduos e coletividades. Entretanto, o teórico de Frankfurt parte de um atomismo que se caracteriza por pressupor a existência de indivíduos isolados uns dos outros, dentro do qual a noção de “comunidade” se reduz a uma associação de pessoas, isto é, a um aglomerado de sujeitos individualmente isolados uns dos outros (HONNETH, 2009b). Assim, por se prender a concepções atomísticas, o paradigma moderno não está apto a desenvolver um novo arquétipo de comunidade, sendo necessário o desenvolvimento de um novo sistema de categorias que prime por um movimento de reconhecimento que consista num processo de etapas de reconciliação e conflito⁹³ ao mesmo tempo, dentro do qual os indivíduos não se contrapõem uns aos outros como agentes egocêntricos, mas como membros de uma totalidade ética (HONNETH, 2009b).

Na mesma senda e com o intuito de superar a lógica atomista moderna, Joaquín Herrera Flores (2009b, p. 68) aponta cinco

⁹³ “O conflito representa uma espécie de mecanismo de comunitarização social, que força os sujeitos a se reconhecerem mutuamente no respectivo outro, de modo que por fim sua consciência individual da totalidade acaba se cruzando com a de todos os outros, formando uma consciência universal” (HONNETH, 2009b, p. 64).

deveres básicos para uma nova práxis jurídica, de caráter emancipatório e fraterno:

1. O “reconhecimento” de que todos e todas, sem exceção, devemos ter a possibilidade de reagir culturalmente frente ao entorno de relações no qual vivemos.
2. O *respeito* como forma de conceber o reconhecimento como condição necessária, mas não suficiente, na hora de pôr em prática as lutas pela dignidade.
3. A *reciprocidade* como base para saber devolver o que tomamos dos outros para construir os nossos privilégios, seja dos outros seres humanos, seja da mesma natureza da qual dependemos para a reprodução primária da vida.
4. Assumir nossa *responsabilidade* na subordinação dos outros, e nossa responsabilidade de exigir responsabilidades aos que cometeram o saqueio e a destruição das condições de vida dos demais.
5. A *redistribuição*, ou seja, o estabelecimento de regras jurídicas e ações políticas e econômicas concretas que possibilitem a todos não somente satisfazer suas necessidades primárias, mas, além disso, a construção de uma dignidade humana não submetida aos processos depredatórios do sistema capitalista.

A fraternidade, sob este viés, seria o *conatus*, a “potência humana de transformação e mudança em prol da dignidade” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 192-193) capaz de promover os direitos fundamentais como uma convenção coletiva político-jurídica de caráter provisório⁹⁴ e antagônico ao paradigma da Modernidade ocidental, liberal-individualista, de cunho excludente, eminentemente representativo, e que se observa como um processo já findo. Os processos de deliberação a serem desenvolvidos por essa nova dimensão de direitos fundamentais, fundamentada na fraternidade, devem adotar um caráter intersubjetivo, pois o objeto de deliberação de tais demandas é um bem compartilhado,

⁹⁴ Provisório por admitir sua renovação e aperfeiçoamento na medida em que se desenvolvem os processos de luta pelo acesso aos bens da vida.

comum, o que faz necessário interagir, dialogar e compreender os outros e suas diversidades oriundas de uma Sociedade culturalmente não homogênia (BAGGIO, 2009).

A redefinição da categoria da alteridade seria o grande desafio da fraternidade ao constituir uma nova práxis processual democrática de teor pós-moderno, atenta à complexidade do sujeito e do ser humano. Comumente acredita-se que, quem quer que analise determinada questão, o fará com o mesmo ponto de vista e agirá com a mesma motivação que o seu interlocutor. Porém, as pessoas são diferentes, possuem uma formação cultural distinta, e tal distinção gera a incerteza que fomenta a complexidade (BAUMAN, 1998). Uma visão pré-ordenada acerca dos sujeitos processuais não deve persistir quando se está diante de uma relação jurídica de natureza complexa – como veremos, marcada por uma pluralidade de interesses distintos –, de modo que em tais casos trata-se de um imperativo que a prestação jurisdicional seja perpetuada com um viés de alteridade.

Nas palavras de Zygmunt Bauman (1998, p. 68), “a ideia de justiça é concebida no momento de encontro entre a experiência da singularidade (como se dá na responsabilidade moral pelo Outro) e a experiência da multiplicidade de outros (como se dá na vida social)”. Nesses termos, é possível afirmar que o cerne de um dos problemas da Justiça reside em algo tão diminuto como assumir a responsabilidade para com o outro próximo. Os principais conflitos da Modernidade surgiram por conta de seus desígnios assimiladores que propunham eliminar as diferenças em nome de um padrão humano universal, o que deu margem a um discurso monológico em vez de um discurso dialógico (BAUMAN, 1998).

Assim, a ausência de intersubjetividade das relações jurídicas modernas deve dar lugar a um movimento de reconhecimento intersubjetivo pautado pelos deveres de respeito, responsabilidade, reciprocidade e redistribuição da Justiça e dos bens jurídicos, e que tenha como princípio básico de suas interações a fraternidade – em uma dimensão política do termo. Daí, com efeito, a complexidade pós-moderna e a necessidade de se criarem e aperfeiçoarem os sistemas de exercício e tutela dos direitos na contemporaneidade. Porém, como reorganizar e aperfeiçoar as relações jurídicas para uma Pós-Modernidade complexa quando o Estado contemporâneo insiste em um paradoxo que faz dele ao mesmo tempo bárbaro e civilizador, emancipador e escravizador (MORIN, 2012b)?

Da mesma forma que o indivíduo e a Sociedade enquanto sujeitos, o Estado também possui uma natureza ambivalente que denota sua complexidade. Por um lado, o Estado estabelece sua própria ordem

artificial através de suas leis e do monopólio da violência, introduzindo no espírito do cidadão a sua autoridade, lhe sujeitando a um dever de obediência aos programas instituídos por esta ao mesmo tempo em que lhe preserva a autonomia privada. Nas palavras de Edgar Morin (2012b, p. 179), “o subjugado é alienado a serviço da lei, do programa da ordem de um Estado encarnado por rei Deus”. Por outro lado, o Estado faz uso de seu poder de coerção para associar populações heterogêneas em uma unidade denominada Sociedade, fomentando assim a complexidade ao vincular o uno ao múltiplo. E, ao subjugar a Sociedade, o Estado moderno se constituiu como uma megamáquina desenvolvida e complexificada que comporta um princípio de organização democrática incerto, aleatório e incompleto que se julga como completo e final, e que culminou numa estrutura hiperburocratizada que estendeu sua ordem artificial a todos os domínios da vida (MORIN, 2012b).

As sociedades atuais são, às vezes, democratizadas, ou seja, o Estado modera-se, as dominações são atenuadas, as sujeições, temperadas; o novo Estado-providência criou sua própria megamáquina, comportando numerosos aparatos administrativos para todos os aspectos da vida social. Mas essa megamáquina administrativa se hiperburocratizou, tornando-se hipertécnica, levando a lógica mecânica, especializada, cronométrica da máquina artificial para todas as atividades humanas. Os Estados-nação contemporâneos comportam duas megamáquinas, uma econômica, capitalista, semiautônoma, e outra administrativa, burocrática, de Estado [...] A megamáquina é racional na sua organização e na sua técnica, mas se trata, por um lado, da racionalidade limitada da máquina artificial e, por outro lado, da racionalidade instrumental a serviço de empreendimentos dementes de poder (MORIN, 2012b, p. 185-186).

A grande dificuldade do Estado moderno consiste em operacionalizar a complementaridade entre a legalidade estatal e as liberdades provenientes de uma auto-organização social e espontânea que tende a lhe escapar, podendo uma mesma Sociedade alternar entre elementos de baixa e de alta complexidade, conforme o nível de autoridade central do Estado. As sociedades que buscam impor ao

máximo, em todos os campos, a autoridade estatal, são de baixa complexidade, sendo caracterizadas por uma hierarquia que permite a dominação e a exploração das pessoas que se situam em uma posição inferior por aquelas de hierarquia superior, ou seja, da Sociedade pela cúpula do poder, não tolerando qualquer elemento que lhes pareça anárquico. Por sua vez, as sociedades que favorecem o pluralismo são de alta complexidade, nelas havendo o controle dos controladores pelos controlados através de instrumentos democráticos – em que pese a democracia contemporânea esteja em crise por conta de uma hiperburocratização que restringe o exercício político da cidadania –, bem como a coexistência de interesses e ideias antagônicas, tolerando desordens e incertezas (MORIN, 2012b).

De modo geral, a relação Estado-Sociedade é complementar, antagônica e dialógica: “a sociedade resiste naturalmente ao Estado que a submete e necessita desse mesmo Estado que a protege” (MORIN, 2012b, p. 198). Portanto, trata-se de uma relação que não se sujeita totalmente a um imperativo mecanicista, ela busca conciliar a autoridade coercitiva do Estado com a fraternidade proveniente da Sociedade, comportando elementos de ordem, desordem, e de organização que fazem com que o direito positivado pelo Estado oscile entre uma via de dominação ou de emancipação, que exigem elementos de interação aptos a aliar estes pressupostos (MORIN, 2012b).

Do ponto de vista das relações jurídicas, acreditamos que o pluralismo e a participação podem configurar elementos de interação aptos a contrabalancear o monismo e a representatividade que lhe é recorrente, consistindo, também, em pré-requisitos para uma práxis jurídica complexa que vele por dinâmicas de alteridade, reconhecimento e fraternidade. Nesse sentido, a fim de reaproximar a Sociedade da administração da Justiça estatal, Antonio Carlos Wolkmer (2001) apresenta o pluralismo jurídico como um referencial contra-hegemônico de regulamentação capaz de reconhecer e legitimar normatividades extra e infra-estatais captadas de novos sujeitos sociais que emergem diante das carências e das necessidades oriundas de uma Sociedade periférica marcada por uma esfera precária de igualdade.

O pluralismo trata-se de uma concepção ampla de juridicidade que privilegia uma perspectiva descentralizadora e antidogmática em relação ao direito, defendendo a primazia dos aspectos éticos, políticos, e sociológicos sobre os fundamentos técnico-formais do direito moderno. Seu caráter amplo e flexível lhe permite trabalhar de forma mais eficaz e coerente as dinâmicas oriundas da Sociedade atual, uma vez que este se apresenta como um dado real embasado em carências materiais, ao passo

que a tradicional cultura monista defendida pela Modernidade tem se expressado cada vez mais como uma ficção jurídica. Assim, ao desmascarar o mito do monismo, o pluralismo jurídico mostra-se um elemento de alta complexidade capaz de contribuir para a construção de uma concepção pós-moderna do direito capaz de conciliar Estado, Sociedade e indivíduo, bem como de resgatar uma leitura sócio-histórica dos direitos fundamentais (DULCE, 1997).

Daí apreende-se que o pluralismo pode se desenvolver em diversas esferas, dentre as quais o pluralismo jurídico, o qual Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 219) define como “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”. E, tendo por base a proposta de um reempoderamento da Sociedade mediante o reconhecimento de um pluralismo jurídico apto a conciliar as dimensões representativa e participativa na práxis jurídica, a fraternidade se mostra o princípio chave a nortear estas relações, um pressuposto ético fundamental à formação de um espírito público capaz de criar a unidade entre os cidadãos. Da aliança entre fraternidade, pluralismo e participação popular, a Sociedade pode se levantar como um novo sujeito de direito, com voz ativa e situado dentro de um ordenamento jurídico no qual o exercício e a tutela dos direitos de natureza jurídica complexa seja realizado através de um processo participativo de cunho policêntrico.

Nesse sentido, o direito é mais do que a norma, antes disso, é experiência, se concretiza na vida social, motivo pelo qual se torna imperioso recuperar a juridicidade para além do Estado, devolvê-la à Sociedade. A compreensão do direito como ordenamento, ou melhor, como uma pluralidade de ordenamentos, pode auxiliar a recuperar a complexidade do universo jurídico, desde que tal ordem seja concebida como o respeito à complexidade e pluralidade do real, harmonizando o uno e respeitando a diversidade, contribuindo assim para a mediação entre autoridade representativa e Sociedade participativa. Contudo, a noção de ordem continuará a trair a complexidade enquanto não se constituir de baixo para cima através da interação de uma pluralidade de sujeitos, enquanto não flexibilizar o protagonismo das autoridades representativas e fortalecer o primado da práxis em prejuízo do papel totalitário da lei e do Estado (GROSSI, 2007).

Ante o exposto até o momento, se admitirmos ser possível identificar na Pós-Modernidade um pressuposto de complexidade, podemos nos valer do conceito de Edgar Morin (2011b, p. 13) para “defini-la” – apenas para fins didáticos, já que a incerteza que lhe é inata

impossibilita qualquer concepção final desta – como “o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações e acasos que constituem nosso mundo fenomênico”. Em por menores:

Existe complexidade, de fato, quando os componentes que constituem um todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico) são inseparáveis e existe um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre as partes e o todo, o todo e as partes (MORIN, 2015, p. 14).

Em suma, a complexidade busca compreender toda a rede de interações que perfazem o mundo da vida. Ela parte do acaso e contempla a incerteza ao mesmo tempo em que observa a ordem e a desordem como contrapartes de um sistema multidimensional, buscando integrar sujeito e objeto em um processo organizacional que parte do todo para as partes e das partes para o todo, em uma perspectiva estratégica. Como Germana Parente Neiva Belchior (2015, p. 237) bem destaca, o pensamento complexo importa em

[...] abandonar o pensamento linear fundamentado no paradigma moderno e nas certezas científicas, passando a entender o mundo sob uma visão global, não uniforme e líquido; é perceber que o pensamento científico deve estar sempre acessível a novas perspectivas.

Apesar de não o excluir, a complexidade se contrapõe ao paradigma moderno, o qual contempla o direito a partir de uma visão monista, eminentemente legalista, que reduz a riqueza das relações sociais a um conjunto de normas de conduta positivadas no ordenamento jurídico, racionalizando as relações jurídicas mediante um processo de subsunção que parte da razão técnica de um operador jurídico o qual geralmente se situa em uma posição distante em relação ao seu objeto de análise e aos titulares do bem jurídico em questão. Diante de um pensamento simples e estreito, que reduz e abstrai a diversidade do real, se faz necessário cultivar um pensamento jurídico que seja capaz de distinguir relacionalmente, mas não se proponha separar os elementos que perfazem a realidade jurídica, de modo que a interdisciplinaridade e a dialogicidade sejam incorporadas a cultura jurídica (RUBIO, 2011).

E, por ser um tecido formado por diferentes fios que se entrecruzam, a complexidade pode ser considerada um método – em que pese a mesma não seja passível de uma metodologia – multidimensional e dialógico que não destrói a variedade e a diversidade dos componentes que lhe teceram, mas busca interligar conceitos que lutam entre si (MORIN, 2014). Por este viés, podemos compreender que as relações jurídicas também consistem em um grande tecido complexo, composto por uma multiplicidade de componentes diversificados, complementares e antagônicos (a exemplo das noções de indivíduo, Estado e Sociedade), que se entrecruzam numa trama multidimensional. Porém, para estender o método da complexidade às relações jurídicas, devemos nos ater às diferentes avenidas que nos conduzem a este caminho perpetuamente incerto e inacabado apontado por Edgar Morin.

As avenidas que podem conduzir à via da complexidade obedecem, nas relações jurídicas, a um itinerário que perpassa por polos de incerteza e de desordem alheios a qualquer compreensão algorítmica decorrente do determinismo legislativo comumente empregado pelo aparato jurídico moderno. Elas fazem da transgressão do simplismo contido nas abstrações universalistas legais a sua via de acesso a um pensamento jurídico complexo em sua essência, marcado por uma série de interações e inter-retroações que buscam religar e reconfigurar as noções de ordem, de desordem e de organização nas relações jurídicas. São vias que se desviam de um caminho holístico ou reducionista dos fenômenos jurídicos, mas que conduzem a um canal hologramático e aberto em relação a estes fenômenos, em que o sujeito de direito pode voltar a conduzir a experiência jurídica, integrando sua concepção e deliberação numa perspectiva pluralista.

Para atravessar as avenidas da complexidade, Edgar Morin (2015) sugere sete princípios os quais buscaremos transpor, em maior ou menor medida, para o universo das relações jurídicas:

1.Princípio sistêmico ou organizacional: busca ligar o conhecimento das partes ao conhecimento do todo, concebendo este último como mais que a soma de todas as partes, como uma organização capaz de produzir qualidades ou propriedades novas em relação aos seus componentes considerados isoladamente.

2.Princípio hologramático: indica que a compreensão do todo pode ser observada na menor

de suas partes – a exemplo das células, que possuem toda a informação do DNA humano.

3.Princípio do circuito retroativo: rompe com a linearidade do determinismo, admitindo que não apenas a causa age sobre o efeito, como o efeito age sobre a causa.

4.Princípio do circuito recursivo: propõe que somos, ao mesmo tempo, produtos e produtores do paradigma que vivenciamos.

5.Princípio da auto-ecoorganização: reconhece que a autonomia de um sujeito é inseparável de sua dependência para com o ambiente – a exemplo dos humanos, que desenvolvem sua autonomia na dependência promovida por seu meio ambiente cultural.

6.Princípio dialógico: atribui de racionalidade a inseparabilidade de noções contraditórias a fim de conceber a complexidade de um todo organizacional.

7.Princípio da reintrodução do conhecimento em todo conhecimento: revela que todo conhecimento é uma reconstrução/tradução feita com base no paradigma de uma cultura e época determinadas (MORIN, 2015).

Entretanto, para que possamos estender tais princípios às relações jurídicas, antes de mais se faz necessário um redimensionamento dos sujeitos e interesses nelas envolvidos, a fim de reorganizá-los conforme um paradigma pós-moderno de complexidade que contemple em suas dinâmicas elementos de ordem, desordem, organização e interação. Para alcançar este fim, se faz necessário observar a reclassificação de bens jurídicos e sujeitos de direito proposta por José Isaac Pilati.

Em um esforço para constituir uma Teoria Pós-Moderna do Direito, José Isaac Pilati (2014) destaca que a complexidade pós-moderna exige que preservemos tudo aquilo que melhor se obteve da Modernidade até o momento e que reestruem tais conquistas a fim de restabelecer o direito como instrumento de reconstrução a partir do conflito. Esse é o grande desafio da complexidade pós-moderna, “readequar a forma jurídica à nova substância, preservando as conquistas de outrora” (PILATI, 2017a, p. 15). Dessa forma, José Isaac Pilati (2014) compreende o processo de transição paradigmática como a passagem de uma Modernidade marcada pela presença de um Estado monista e excludente legitimado por processos burocrático-representativos, para uma Pós-

Modernidade complexa, fundada no coletivo não estatal e no conceito de soberania compartilhada.

Nesse sentido, José Isaac Pilati (2014) propõe uma nova classificação de bens, sujeitos e processos: bens coletivos, pertencentes à Sociedade, objetos de soberania compartilhada, e tutelados por um devido processo legal participativo que é exercido numa dimensão de *iure constituendo*; em que a solução coletiva se constrói conforme cada situação. Trata-se de uma visão do fenômeno jurídico voltada para a obtenção do justo de acordo com o observado no caso concreto, e não apenas para a interpretação da lei, recuperando o conflito em seu sentido positivo: “como um lugar privilegiado de mediação e construção, com a presença de Estado, indivíduo e Sociedade, num foro participativo” (PILATI, 2014, p. 07).

Para o autor supracitado, a Sociedade pós-moderna não se trata apenas de um conjunto de indivíduos, mas é sujeito de direito, retorna repersonalizada e reabilitada para o exercício de uma tutela coletiva, redesenhando a República Participativa em três esferas: Estado, Indivíduo e Sociedade (PILATI, 2012). Pode se vincular à Sociedade – enquanto sujeito de direito de dimensões coletivas – a titularidade e o exercício da fraternidade, a qual suscita o reconhecimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais, embasados em um princípio de fraternidade que exige uma conduta de caráter participativo fundada na alteridade, a qual denominamos neste estudo como “direitos de natureza jurídica complexa”.

Essa nova dimensão de direitos versaria sobre o que José Isaac Pilati (2014, p. 08) denomina como “bens coletivos constitucionais”⁹⁵, bens autônomos de propriedade coletiva e com titular coletivo – a Sociedade – cujo exercício e tutela não dependem do voluntarismo estatal, mas deve realizar-se mediante um processo participativo inclusivo e avesso às dinâmicas modernas de caráter excludente. Do ponto de vista do direito de propriedade, são propriedades especiais que possuem em comum as seguintes características: raiz constitucional, lei própria, órgão próprio de supervisão com poderes executivos e função social. Na propriedade dominial moderna o proprietário atua livremente dentro daquilo que a lei lhe permite, já no paradigma pós-moderno esse mesmo

⁹⁵ De acordo com José Isaac Pilati (2017a), os bens coletivos constitucionais dizem respeito aos interesses coletivos propriamente ditos, que se diferem dos direitos difusos, denominados pelo autor como interesses coletivos impróprios. Os primeiros diriam respeito a bens que pertencem a toda a Sociedade, ao passo que os últimos dizem respeito ao interesse de grupos específicos.

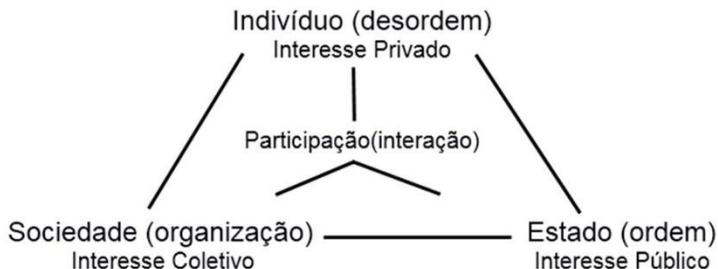
proprietário deve conviver com propriedades coletivas regidas pelo marco participativo e exercidas de acordo com sua função social; a qual não se limita a mera solidariedade social, nem se reduz a um significado vazio, mas é reforçada pelo dever de responsabilidade na tutela de tais bens, o qual é oriundo dos elos de fraternidade que compõem a Sociedade (PILATI, 2014).

Boaventura de Souza Santos (2008) afirma que se faz necessário a construção de uma nova ação política democrática que, além de aliar os princípios do Estado e da comunidade, promova uma nova articulação entre democracia representativa e democracia participativa, para que assim seja possível garantir o potencial emancipatório de ambos os princípios do Estado e da comunidade frente aos fascismos sociais que cobiçam o espaço público estatal e não estatal. A Teoria Pós-Moderna do Direito elaborada por José Isaac Pilati (2014) compartilha de tal preocupação na medida em que não dispensa a atuação de autoridades representativas na tutela coletiva de tais bens. Dentro do processo judicial participativo, por exemplo, o juiz deve adotar uma postura condizente com a realidade do bem envolvido, conduzindo a deliberação e homologando a decisão, ao passo que cabe à Sociedade – em audiência pública ou outras dinâmicas de teor coletivo-participativo – deliberar sobre o conteúdo de tais demandas. Em suma, no paradigma pós-moderno a autoridade representativa atua dentro da dimensão formal, ao passo que a Sociedade responde pela dimensão material, numa perspectiva de ágora e sob um viés fraterno que exige uma postura de corresponsabilidade na tutela dos bens coletivos constitucionais (PILATI, 2014, p. 14).

A aliança entre os pressupostos indicados por José Isaac Pilati para uma Teoria Pós-Moderna do Direito e a Teoria da Complexidade desenvolvida por Edgar Morin são fundamentais para a compreensão e formulação de nossa concepção de relações jurídicas complexas. Em primeiro lugar, partiremos da conjugação da reclassificação de sujeitos de direito proposta por José Isaac Pilati com os elementos básicos da complexidade evidenciados por Edgar Morin.

Para redesenhar as relações jurídicas em uma dimensão de complexidade, tomaremos por base o tetragrama elaborado por Edgar Morin, o qual aponta como elementos básicos da complexidade as noções de ordem, desordem, organização e interação, as quais associaremos, respectivamente, aos conceitos de Estado, indivíduo, Sociedade e participação.

Figura 4 – Tetragrama das Relações Jurídicas Complexas



Fonte: figura elaborada pelo autor.

O tetragrama das relações jurídicas complexas nos apresenta um panorama dos sujeitos e elementos que interagem no que chamaremos a partir de então de organização judiciária. Optamos pelo termo “organização judiciária” tendo em vista que a ideia de ordenamento está vinculada à concepção moderna de ordem, dotada de uma carga monolítica que comumente associa o conceito em questão a uma postura monista na qual as relações jurídicas são ordenadas hierarquicamente, de cima para baixo, em caráter absoluto e de maneira autocrática, sem abertura para com aquilo que foge às suas racionalizações. Por sua vez, o conceito de organização, ora defendido, não se reduz à ordem, ela comporta em seu bojo tanto a ordem – e todas as demais noções que lhe remetem (estabilidade, constância, regularidade, repetição, estrutura, segurança, etc.) –, como também engloba a desordem. Exige, assim, uma práxis dialógica que possibilite a interação entre o racional e o irracional no âmbito das relações jurídicas, de modo que a hierarquia normativa não se verifique apenas numa perspectiva que vai de cima para baixo, mas que informe um duplo movimento – um circuito recursivo e retroativo, se utilizarmos a terminologia de Edgar Morin –, que se constitui de cima para baixo e de baixo para cima, onde a causa age sobre o efeito e o efeito age sobre a causa, e em que somos ao mesmo tempo produto e produtores da organização judiciária, sujeito e objeto de direito.

A partir do tetragrama das relações jurídicas complexas, podemos perceber não apenas os sujeitos de direito que as protagonizam, como também os interesses a que estão associados e os elementos de coalizão os quais representam nessa estrutura. Nesta representação das relações jurídicas, o indivíduo é a menor parte do todo hologramático complexo, mas trata-se de uma parcela diminuta deste que comporta em sua

dimensão normativa a totalidade do holograma, pois é titular de uma parcela da soberania compartilhada que lhe dá sustentação. O indivíduo constitui o elemento de desordem das relações jurídicas complexas, uma vez em que toda desordem implica em liberdade, liberdade estas que perfaz a essência do indivíduo, que é a razão última de toda forma de associação civil, e que se não organizada pode levar à degradação da ordem proveniente do Estado e à crise e desintegração de todo o sistema. Assim, o indivíduo enquanto elemento de desordem não pode ser compreendido de forma solitária, ele não só se opõe à ordem proveniente do Estado como também coopera com esta para criar organização na Sociedade. E, dentro do esquema do tetragrama das relações jurídicas complexas, compete ao indivíduo todos os interesses de natureza privada, que digam respeito tão somente às liberdades individuais, não obstante este também possa participar dos litígios coletivos na qualidade de cidadão, componente da Sociedade.

Por sua vez, dentro do tetragrama das relações jurídicas complexas, o Estado representa, por óbvio, o seu elemento de ordem. A ordem estabelecida pelo Estado provém da normatividade por este imposta através de sua atividade legislativa e jurisdicional. É o direito por ele positivado, os procedimentos jurisdicionais por ele firmados e sua atividade representativa através dos magistrados por ele investidos de jurisdição. No entanto, em um paradigma pós-moderno de complexidade, a ordem instituída pelo Estado já não pode mais se revestir de um caráter fechado, absoluto, incondicional, e eterno. Ela deve ser enriquecida pela desordem e pela organização que lhe legitima – conforme sugere Edgar Morin –, portanto, exige um esforço de renovação e de constante revisão de suas premissas, de modo que não se isole num aparato burocrático-representativo e negligencie tudo aquilo que lhe é aparentemente alheio. Portanto, a ordem proveniente do primado do Estado já não pode mais se constituir como uma única racionalidade fechada, pois a complexidade impede a autolegitimação de qualquer determinismo legalista. Pelo contrário, ela demanda que está reforce sua legitimidade não através de seus preceitos formais, mas mediante o diálogo com o indivíduo e a Sociedade, reconhecendo nestes uma racionalidade diversa da sua, mas não menos racional. Enfim, em uma organização judiciária complexa são considerados de natureza pública os interesses que dizem respeito tão somente à esfera de interesse do Estado propriamente dito, não mais os confundindo com àqueles de cunho coletivo, da Sociedade enquanto sujeito de direito restabelecido – embora o Estado também seja um coparticipante da tutela dos bens coletivos de natureza complexa.

No tetragrama das relações jurídicas complexas ora proposto, a Sociedade é mais do que a simples soma dos indivíduos, ela é sujeito de direito – conforme sugere José Isaac Pilati (2017a). Em uma dimensão de complexidade, a Sociedade comporta seu princípio organizacional básico, sendo responsável por promover o diálogo entre Estado e indivíduo, entre ordem e desordem. É desse diálogo entre conceitos concomitantemente complementares e antagônicos que a Sociedade liga o conhecimento do todo ao das partes que lhe constituem, sendo que este todo é mais do que a simples soma de suas partes, ele é o tecido integrado e inter-relacionado de seus elementos – dentre eles, a Sociedade, o Estado, e os indivíduos –, ele “É” complexidade. Cabe a Sociedade organizar a complexidade do universo jurídico. Lhe compete fomentar o debate entre Estado e indivíduo a fim de lhes auferir uma racionalidade capaz de conjugar a ordem e a desordem que advém de seus interesses, transformando-os em organização.

Em um primeiro momento, compete à Sociedade o exercício e tutela dos bens coletivos constitucionais enunciados por José Isaac Pilati (2017a), os quais demandam um exercício e tutela que não fique à mercê do voluntarismo estatal, mas seja de caráter participativo e inclusivo. Todavia, em determinadas circunstâncias os bens coletivos constitucionais podem se qualificar em “bens coletivos de natureza jurídica complexa”. Essa mudança em sua qualificação não decorre de uma variação em seus elementos qualificadores básicos, os quais são os mesmos já mencionados por José Isaac Pilati (raiz constitucional, lei própria, órgão próprio de supervisão com poderes executivos e função social), mas em virtude de um atributo de complexidade que consiste em sua incidência em uma multiplicidade de interesses simultâneos que não apenas o da Sociedade – embora esta também seja a entidade competente para deliberar a seu respeito. São bens jurídicos que, em razão de seu caráter casuístico recorrente em domínios distintos, refletem, ao mesmo tempo, interesses jurídicos de natureza privada, pública e coletiva, sendo, portando, multidimensionais. É o caso de direitos sociais como a Saúde e a Educação, que possuem previsão constitucional⁹⁶, marco

⁹⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 2017).

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros

regulamentador⁹⁷ e órgão de supervisão⁹⁸ próprios, função social, e podem incidir simultaneamente em conflitos de dimensão individual, pública e coletiva.

Para citar um exemplo de conflito de múltiplos interesses, podemos mencionar o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado. A atenção integral à saúde, independentemente do nível de complexidade, é assegurada pela CRFB/88⁹⁹ e pela Lei n. 8.080/90¹⁰⁰, constituindo, portanto, um direito individual do cidadão. Por sua vez, o assunto em voga igualmente constitui matéria de interesse público, tendo em vista que o fornecimento de medicamentos de alto custo pode representar um prejuízo ao erário do Estado e uma ingerência na política nacional de medicamentos com reflexos na atenção básica em saúde. Por fim, é um assunto que versa sobre bem coletivo constitucional, qual seja, o Direito à Saúde, o que demanda uma responsabilidade fraterna em seu exercício e em sua tutela, mediante a participação popular no processo de deliberação.

As relações jurídicas complexas, portanto, são aquelas constituídas pelo entrecruzamento de interesses distintos e interligados. Sua tutela não se dá de forma compartimentada, dissociando indivíduo, Sociedade e Estado – como o fizeram as relações jurídicas modernas com base em

agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 2017).

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 2017).

⁹⁷ Respectivamente, Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 e Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

⁹⁸ Respectivamente o Sistema Único de Saúde – SUS e o Conselho Nacional de Educação – CNE.

⁹⁹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (BRASIL, 2017).

¹⁰⁰ Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (BRASIL, 2018).

uma premissa cartesiana –, ela se vale de um princípio dialógico que busca ligar aquilo que está separado, unir o uno ao múltiplo, sem com isso desconsiderar as suas partes. Da mesma forma, ela não impede a tutela individual dos interesses públicos e privados, mas coexiste com elas. Ou seja, as relações jurídicas complexas não demandam uma ruptura com os instrumentos processuais modernos, ela apenas oferece uma nova perspectiva sobre o conflito, busca fomentar uma nova racionalidade e cultura dentro do direito.

Como Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira (2011, p. 114) bem destaca, “Ainda não há, no direito contemporâneo, uma forma adequada de exercer e tutelar os direitos coletivos porque não se admite a superação do império da especulação individualista em favor de uma democratização do processo”. Nesse sentido, uma tutela jurisdicional complexa exige a elaboração de uma nova espécie de procedimento que corra em paralelo com o processo individual, e que tenha como objetivo, dentro de um contexto de diálogo e de participação aberta em todos os níveis de interesse, dar uma orientação uniforme àquilo que recorrentemente é apreciado de forma fragmentada, assim evitando ativismos judiciais de caráter político, bem como a inércia e o voluntarismo estatal.

Porém, apesar de buscar uma orientação uniforme a respeito de um assunto de natureza jurídica complexa, essa nova modalidade de tutela jurisdicional não busca se constituir como uma solução final para esta categoria de interesses, ela tem consciência de sua incompletude e do status de constante incerteza o qual o direito e a Sociedade estão sujeitos. Enfim, uma tutela jurisdicional de caráter complexo deve conceber um princípio de auto-ecoorganização que compreenda a necessidade de constante revisão e reorganização de suas premissas, reconhecendo que os sujeitos de direito desenvolvem sua autonomia na mesma medida em que criam laços de dependência um para com o outro bem como para com o ambiente em que estão situados.

Contudo, não há que se falar em uma possível tutela das relações jurídicas complexas se estas não contemplarem um componente de interação apto a inter-relacionar todos os seus elementos. Por esse motivo, a participação ocupa um lugar central no tetragrama das relações jurídicas complexas, consistindo em seu eixo estruturante e sua fonte de legitimidade, ou seja, o elemento de interação através do qual Sociedade, Estado e indivíduo, apesar de complementares e antagônicos, podem fazer referência uns aos outros e se co-tutelarem, simultânea e reciprocamente, em uma relação de mútua complexidade. Todavia, a participação, enquanto elemento de interação, exige atenção a um

princípio de fraternidade que comporte em sua égide dinâmicas de reconhecimento, alteridade, respeito, reciprocidade, responsabilidade e redistribuição que façam com que o sujeito de direito enxergue a si mesmo no seu semelhante sem com isso desconsiderar suas singularidades e suas discrepâncias, onde este atue como observador e como observado na relação jurídica.

É através da inserção de um elemento de participação direta que o princípio dialógico das relações jurídicas complexas opera, recuperando o conflito em uma dimensão macro e casuística:

Recupera-se o macro conflito em seu sentido casuístico, ao acrescer ao poder de polícia os instrumentos participativos. O conflito coletivo passa a desfrutar do mesmo status do conflito individual, ou seja, adquire a prerrogativa de ser mediado no campo do *ius*, no espaço próprio para o exercício de direito coletivo; no espaço de construção coletiva das decisões na presença do magistrado e do Estado, dos indivíduos e da Sociedade, e aí, entre outros, o foro do processo judicial *participativo*. Cabe ao Direito, assim, em cada caso, a tarefa de qualificar o conflito em sua amplitude e complexidade, e com base nele e na perseguição do justo, viabilizar o processo de exercício do direito coletivo. Na busca, certamente, da solução mais condizente com os interesses das partes, da Sociedade, do Estado e das instituições (PILATI, 2017a, p. 31).

A participação trata-se de um elemento de turbulência e interação que retira sua validade do pressuposto de soberania compartilhada previsto no parágrafo único do art. 1º da CRFB/88, segundo o qual “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2017). Nesse caso, exige uma participação direta na atividade jurisdicional, tanto em sua instrução como em sua deliberação, o que não o fará sem o suporte e a regulamentação das autoridades representativas que organizam e compõem a jurisdição: os magistrados. Em uma tutela jurisdicional pós-moderna os magistrados ganham novas competências, sendo sua autoridade indispensável na convocação, na condução, e no apoio logístico ao processo participativo, de modo que “as funções dos Poderes tradicionais do sistema representativo puro não se perdem, ao contrário,

são enriquecidas pela complexidade jurídica” (PILATI, 2017a, p. 32). Portanto, nas relações jurídicas complexas as instituições representativas e participativas convivem em mútua dependência, sendo que a participação se restringe ao exercício e tutela dos bens coletivos constitucionais e dos bens coletivos de natureza jurídica complexa (PILATI, 2017a).

E, partindo de uma leitura de contraponto das instituições jurídicas romanas que remete ao processo formulário – lembrando a premissa referendada por diversos autores nesta pesquisa, de que não se cria nada novo sem recorrer ao passado –, defendemos que, na tutela das relações jurídicas complexas, compete ao juiz apenas ordenar a lide, não lhe incumbindo o dever de deliberação sobre a causa, uma vez que o Estado o qual este representa na jurisdição não é o titular do bem em questão, senão um cointeressado (PILATI, 2017a). Na tutela das relações jurídicas complexas o magistrado detém a *potestas*, o *imperium*, o *ius contionis*, e o *manus iniectio*, poderes que lhe permitem ordenar uma jurisdição dotada de complexidade, ou seja, dispor sobre as regras do jogo, indicando os limites e os termos necessários para a deliberação. Sugerimos que a deliberação das causas complexas se dê em Audiência Pública organizada pelo magistrado, sendo esta uma competência da Sociedade, titular da *maiestas* – identificada neste estudo como soberania compartilhada – e da *intercessio* – o poder de veto sobre os atos administrativos que versem sobre os bens de seu interesse. No entanto, diferente do observado em todos os paradigmas analisados neste estudo, a Sociedade não deve ser relegada a uma posição marginal no conflito, mas deve ser tida como coprodutora e coorganizadora de uma juridicidade de matriz complexa. Mais do que ordenar, sua participação e deliberação visa organizar as esferas de interesse da República, e, por deter soberania, só pode ser revisada caso não respeite os termos dispostos pelo responsável por ordenar a jurisdição.

Contudo, temos ciência de que este é apenas um esboço do que pode vir a se tornar um procedimento jurídico de natureza complexa. O que importa em um primeiro momento é o reconhecimento imediato de seus pressupostos, sobretudo, de que as relações jurídicas hoje se manifestam em um ambiente pós-moderno, de complexidade, cujos aparatos processuais modernos já não correspondem mais às suas expectativas, pois são oriundos de um paradigma simplificador e fragmentador do fenômeno jurídico, o qual dissocia seus elementos e não contempla sua inter-relação e unidade. Mais do que isso, um paradigma moldado por uma racionalização fechada, de caráter monista, tecnicista,

e eminentemente representativo, que se nega ao diálogo com tudo aquilo que foge ao seu padrão de racionalidade reducionista.

Nesse sentido, a admissão de um paradigma pós-moderno, de natureza complexa e que contemple múltiplas racionalidades através de um agir fraterno e dialógico, nos aproxima daquilo que Joaquín Herrera Flores (2009b) denomina de *riqueza humana*, algo que somente pode se alcançar mediante um processo democrático-participativo que visualize o direito como um sistema de objetos (valores, normas, instituições) e ações (práticas sociais, institucionais ou não) que abrem e consolidam espaços de luta; sempre provisórias; pelo acesso aos bens da vida essenciais para que se alcance um patamar adequado de dignidade humana¹⁰¹. O reconhecimento de um paradigma de complexidade nas relações jurídicas não nos conduz imediatamente ao postulado da riqueza humana, mas nos permite visualizar, em um espectro mais amplo, os caminhos para chegar até ele. Enquanto seres humanos e cidadãos, devemos questionar e dialogar a respeito da multiplicidade de caminhos que podem levar à riqueza humana. Porém, estes caminhos são incertos e irregulares, por vezes beirando ao irracional, pois a incerteza é, simultaneamente, um fardo e um trunfo da complexidade. Nos resta decidir o caminho a trilhar, cientes de que estes podem ser diversos e se entrelaçar.

¹⁰¹ Para ensinar sua concepção complexa e relacional dos direitos humanos, Joaquín Herrera Flores (2009b, p. 119-123) buscou uma figura que fosse simples e singela, mas que contemplasse todos os elementos que compõem a realidade dos direitos. Com seu diamante ético, Herrera Flores demonstra a interdependência entre os múltiplos componentes que definem o Direito contemporâneo. O diamante possui três camadas, cada uma delas com seus diferentes pontos de conexão mútua, uma imagem em três dimensões e que está sempre em movimento. Sua transparência permite que seus diferentes componentes, além de estarem inter-relacionados, sejam visíveis de todos os pontos de vista em que o observador se encontre. Através desse diamante, pode se observar que os direitos não são um constructo isolado e dado com antecedência, mas são construídos pela própria comunidade ou grupo afetado, estando em constante movimento e se consolidando de acordo com a dimensão em que são observados.

6 CONCLUSÃO

Ao longo desta tese nos dedicamos à análise dos paradigmas que influenciaram as dinâmicas e valores provenientes das relações jurídicas. Estudamos os paradigmas pré-modernos e buscamos identificar sua contribuição para a formação de um ideário moderno o qual destinamos atenção especial, visto experienciarmos hodiernamente uma etapa avançada da Modernidade que, embora concordemos que se trate de um projeto ainda inacabado, já demonstra claros sinais de desgaste. Entretanto, antes de discutirmos o cerne da problemática deste trabalho e identificarmos uma resposta para a questão ora levantada, devemos fazer um amplo retrospecto das conclusões evidenciadas nos capítulos anteriores a respeito das mudanças no paradigma das relações jurídicas, da Antiguidade à Modernidade, pois, sem uma compreensão do paradigma moderno e daqueles que lhe antecederam e deram sustentação, não há que se falar em uma Pós-Modernidade que lhes comporte ou contraponha.

Nessa senda, dando por iniciada nossa retrospectiva paradigmática, ao abordar a contribuição das civilizações helênicas para a formação do paradigma moderno, inicialmente observamos que a separação promovida por Platão entre o mundo sensível e o mundo das ideias atribuiu maior carga valorativa a este último, sendo que a Modernidade seguiu esta tendência ao se valer de uma perspectiva abstrata em os conhecimentos considerados como “científicos” foram elevados perante os saberes provenientes das experiências sensoriais do ser humano, como aqueles decorrentes dos costumes e crenças locais. A separação promovida entre o mundo sensível e o mundo das ideias também contribuiria para a dissociação entre aquilo que é racional e aquilo que é irracional, pois, a princípio, a fundamentação deste último provém apenas do que é perceptível aos sentidos. E o império da razão sobre a sensibilidade resultou em uma dimensão tecnocrática que influenciou severamente a experiência jurídica, sobretudo a partir da Modernidade, que esvaiu a legalidade dos costumes e reduziu as fontes de juridicidade àquelas oriundas da atividade legislativa do Estado. Assim, as únicas relações jurídicas tidas como válidas passaram a ser aquelas fundadas na racionalidade abstrata do Estado, com base em sua atividade legislativa.

Por outro lado, o pensamento aristotélico não afetou o paradigma moderno tão incisivamente, ao menos no que diz respeito à formulação de um ideário dotado de uma racionalidade abstrata com contornos geométricos e simplificadores dos padrões de validade do mundo da vida,

pois Aristóteles adotava uma postura mais próxima do senso comum. No entanto, algumas de suas lições lograram êxito no paradigma moderno, como a distinção metafísica entre matéria e forma, a qual foi fortemente absorvida pelo discurso jurídico moderno. De toda forma, a supremacia do saber filosófico e científico acima do prático foi reproduzida pelo discurso jurídico moderno, sobretudo a partir das codificações e do desenvolvimento de um “paleopositivismo”. Tais fenômenos sujeitaram o saber e deliberação práticos ao império de um conhecimento jurídico quantificado em um conjunto de regras e princípios afastados das particularidades do mundo da vida, e cujo juízo compete a representantes oficiais legitimados pela mesma lógica analítica, relativamente alheia à riqueza e à complexidade da vida terrena.

Diferente do pensamento helênico – que afetou muito mais a perspectiva filosófica do que a práxis jurídica – a cultura romanista influenciou severamente o paradigma jurídico moderno, especialmente no que diz respeito ao campo do direito privado. Com o desenvolvimento da normatividade romanista, os sacerdotes de outrora deram lugar a uma nova categoria de interpretes, cuja autoridade era revestida não por augúrios, mas por um primado da legalidade. O emprego de leis gravadas por escrito deu início a toda uma tradição jurídica escrita, fato que diferenciou severamente a civilização romana em relação à grega, consagrando os romanos como os grandes juristas da antiguidade. E, embora não se trate de uma característica que possa ser explicitamente atribuída ao Direito Romano clássico, o primado da legalidade foi efusivamente reivindicado pelo paradigma moderno, protagonizando suas relações jurídicas.

Por outro lado, o paradigma jurídico moderno não incorporou em suas dinâmicas o casuísmo e a pragmática que marcaram o modelo de jurisdição romana. Ironicamente, a maior parte dos sistemas jurídicos modernos de raiz romano-germânica se limitou a realizar operações de subsunção da regra ao caso concreto, não qualificando o conflito enquanto fonte de um direito vivo e compatível para com as necessidades sociais. Da mesma forma, também excluíram de suas relações jurídicas qualquer espectro de deliberação por parte do indivíduo e da Sociedade, se aproximando mais do modelo de jurisdição do período pós-clássico. É essa separação do direito para com a Sociedade que advém uma das maiores discrepâncias entre as relações jurídicas firmadas durante o período de vigência das instituições romanas clássicas e o paradigma jurídico moderno.

Assim, apesar de servir de molde para muitas das instituições jurídicas modernas, as magistraturas e a jurisdição romana não

compartilhavam da perspectiva simplificadora adotada pelo paradigma moderno. Eram instituições dotadas de camadas de complexidade alheias ao ideário moderno e que possuíam um caráter participativo que teve seu ápice na República dos Romanos. E, diferente do *ius* dos romanos - que partia de uma perspectiva pragmática a qual encontrava fundamento na equidade e na inovação – as relações jurídicas modernas demonstram uma preocupação precípua em preservar e justificar a racionalidade do sistema de normas que lhes dá fundamento e reveste seu discurso de segurança. Ao passo que a jurisdição clássica romana partia do conflito e dele absorvia a inovação, a Modernidade parte da lei e busca reduzir a realidade e a complexidade do mundo da vida às formas previamente estabelecidas por esta, desencorajando a inovação e conservando uma lógica que por vezes se mostra anacrônica. Consequentemente, há uma tendência nos sistemas jurídicos modernos em não buscar fundamento na *maiestas*, a qual pertence à Sociedade, mas em fundamentar sua legitimidade em si mesmos através de uma lógica de auto-reprodução que muitas vezes se encontra alheia ao convívio social.

Dessa forma, do que verificamos a respeito as instituições jurídicas romanas, podemos reconhecer um primado de complexidade nas relações jurídicas firmadas em seu período clássicos. A complexidade destas relações jurídicas advém da articulação entre as esferas representativa e participativa na administração e resolução dos conflitos. Durante a vigência do sistema das ações da lei e do processo formulário, ao magistrado cabia apenas organizar a lide e designar a fórmula aplicável a esta. A resolução do conflito era confiada às partes e ao indivíduo incumbido da função de julgá-lo. Não havia um monopólio da jurisdição por parte do Estado. A esfera representativa não se sobrepunha à participativa, de modo que ambas eram complementares uma a outra. Partia-se de um ideal de soberania compartilhada entre os cidadãos da *civitas*, verdadeiros responsáveis pela resolução dos conflitos em Roma, restando ao magistrado, com base em seu *imperium*, organizar a lide e homologar a sentença proferida pelo juiz nomeado para a causa.

Do Direito Romano clássico a Modernidade herdou mais os seus princípios do que as suas instituições. As únicas instituições concretas de Roma que foram adotadas pelo paradigma jurídico moderno dizem respeito à esfera individual e representativa, como as disposições atinentes ao direito de propriedade, que contribuíram para o desenvolvimento do capitalismo e da industrialização moderna. E, em que pese existirem instrumentos de democracia direta nos ordenamentos jurídicos modernos, na prática estes não passam de subterfúgios utilizados para criar uma ilusão de cidadania jurídica, quando quem detém a palavra

final continuam sendo os órgãos de representação do Estado. É o que acontece no ordenamento jurídico brasileiro hodierno, em que as audiências e consultas públicas judiciais ficam sujeitas a um voluntarismo estatal.

Porém, o fim da República dos Romanos representou uma virada paradigmática no que diz respeito ao modelo de jurisdição sustentado pela Sociedade romana: seu caráter pragmático e casuísta passou a dar lugar a um sistema jurídico que, embora preservasse a aparência dos institutos de outrora, possuía uma proposta distinta, de cunho universalista e publicista, a fim de assegurar a autoridade do príncipe em todo o território imperial. O *ordo iudiciorum privatorum* e a intensa atividade pretoriana deram lugar a um ordenamento jurídico centrado na figura de um monarca soberano e na autoridade governamental, removendo dos cidadãos a possibilidade de criar e aplicar o direito, confiando esta tarefa somente àqueles investidos de autoridade estatal. O Direito Romano pós-clássico operou esta transição de um sistema jurídico de caráter pluralista para um de viés monista, caracterizado pela precedência e domínio das fontes jurídicas de raiz pública sobre as de ordem privada. Tal transição foi operacionalizada pela passagem do processo formulário para o processo extraordinário, e pelo monopólio da produção normativa por parte do Império.

Essa mudança de paradigma no sistema processual romano ocorreu em grande parte devido a necessidade do modelo de jurisdição se adaptar ao caráter autocrático e burocrático que marcou os períodos do Principado e Dominato, e que também se estendeu aos demais aspectos sociais de Roma. O Império apropriou-se da jurisdição e afastou a esfera participativa da resolução dos conflitos, legando esta a funcionários nomeados pelo próprio Príncipe, os quais seriam responsáveis tanto por organizar como por julgar os conflitos. Ocorreu, portanto, uma simplificação na configuração das relações jurídicas. Onde antes público e privado dialogavam e se articulavam a fim de exercerem a jurisdição conjuntamente, consolidou-se o monopólio da jurisdição pelo primeiro às custas da exclusão do segundo. A Sociedade foi desempoderada na medida em que o público governamental foi fortalecido, perspectiva esta que se estenderia ao ideário moderno.

Ante o que foi analisado a respeito do período romano pós-clássico, podemos afirmar que o sistema processual e o modelo de jurisdição adotados pelos países de tradição romano-germânica da Modernidade foram fortemente influenciados pelo processo extraordinário e pelo padrão autocrático, burocrático, e escalonado das magistraturas romanas do final do Dominato. O equilíbrio entre

instituições representativas e participativas que marcou o *ordo iudiciorum privatorum* e foi operacionalizado pelo processo formulário jamais foi alcançado novamente. Com exceção de poucas e não exitosas tentativas de instituir uma cultura processual de caráter participativo, o paradigma moderno se inclinou decisivamente a assumir um perfil representativo de processo e de jurisdição, afastando o cidadão da deliberação e concentrando esta nas mãos dos representantes estatais.

Com relação às relações jurídicas medievais, uma das características mais interessantes das instituições medievais diz respeito à sobreposição de instâncias seculares e religiosas. Observamos que, desde a ordenação da Sociedade até a configuração de suas relações jurídicas, a dimensão temporal e a religiosa formaram um ciclo de legitimação no qual uma servia de fundamento e justificação para a outra. E, em função desta simbiose, o discurso de autoridade que revestia suas instituições teve reflexos imediatos na Sociedade medieval e em seu ordenamento jurídico.

Ademais, uma das consequências imediatas do feudalismo foi a existência de uma multiplicidade de jurisdições privadas decorrentes da sobreposição de relações de vassalagem. Por outro lado, o feudalismo também abriu espaço para a configuração de uma nova dimensão de relações jurídicas, estruturadas no nível da autoridade, fundamentadas com base na propriedade, e asseguradas através de um pacto de lealdade que impunha um dever muito mais ético do que jurídico, o qual dependia do livre consenso do vassalo, e não de sua subordinação incondicional ao suserano. E, por estarem vinculados à terra e não possuírem um potencial de mobilidade, os servos estavam sujeitos à jurisdição do senhor feudal, recorrendo a estes não apenas para a sua proteção, mas também para que lhes fosse administrada a justiça. Concomitantemente, esse escalonamento de relações jurídicas isentas de uma organização hierárquica, e, portanto, isoladas em seu campo de apreciação, resultou na fragmentação da soberania estatal e na dificuldade de se impor uma autoridade pública, e, como consequência, de organizar um direito de matriz publicista.

Foi a reforma gregoriana que, ao promover um Direito Canônico, possibilitou uma mudança na dinâmica das relações jurídicas medievais. Criou-se uma segunda jurisdição, distinta do poder público, dotada de caráter divino e regrada por seus próprios princípios e normas processuais. As relações jurídicas não se configuravam mais apenas entre os indivíduos e a autoridade pública, mas também poderiam compreender uma terceira autoridade, de natureza divina, regrada por normas com um forte conteúdo moral-religioso, e cuja autoridade suprema (Deus) era

dotada de um caráter de soberania que faltava às autoridades seculares da época. Porém, a Igreja Católica medieval observava o Direito apenas como um instrumento para a ordenação da Sociedade e para sua consequente salvação, não compreendendo a conservação do direito como um fim em si mesmo.

Mas, apesar de sua matriz religiosa, se realizarmos uma leitura geral das instituições medievais, também podemos reconhecer um pressuposto de complexidade em seus meandros. Essa complexidade advém da multiplicidade de costumes, leis, e jurisdições que caracterizaram o período, e que encontraram no direito comum e no processo romano-canônico sua expressão última, um grande complexo de natureza secular e teológica que buscou coordenar ordenamentos distintos nos quais situavam-se indivíduos e comunidades que compartilhavam de um mesmo modo de produção e de uma mesma perspectiva religiosa: o feudalismo e o cristianismo. E, por mais que o processo romano-canônico tivesse um viés eminentemente individual, a complexidade das relações jurídicas medievais também encontra guarida no que diz respeito à relevância da comunidade enquanto um corpo social e político, fonte de juridicidade, e ideal a ser perseguido.

Porém, se no processo romano-canônico as relações jurídicas observavam o seu eixo estruturante na dinâmica que envolvia a interface indivíduo-comunidade, sob o prisma moderno esta correlação sofreria, mais do que uma inversão, uma ruptura, passando o indivíduo a protagonizar e fundamentar todo o universo das relações jurídicas modernas. A dimensão individual moderna perdeu sua contraparte coletiva e passou a reconhecer um fim em si mesma, partindo de uma atitude hedonista e individualista que não identificaria mais na comunidade um ideal a ser perseguido. Enfim, a dimensão coletiva representada pela esfera comunitária foi deixada de lado e reivindicada por uma entidade artificial denominada Estado, tendo as relações jurídicas passado a se constituir somente entre as duas figuras que protagonizariam todo o contexto moderno: o indivíduo e o Estado.

Nesses termos, o Renascimento consistiu em um subperíodo da Idade Média que promoveu a redescoberta da racionalidade, da dimensão individual, do mundo natural, ou seja, de uma série de renascimentos intelectuais que remeteriam a um resgate das fontes greco-romanas. Do ponto de vista da teoria do Estado e do direito, estudamos que um importante renascimento se deu com a criação de uma teoria abstrata do conceito de soberania, que transferiu esta do plano divino para o âmbito temporal, instituindo, assim, uma autoridade suprema na ordem temporal e revestindo o Estado de uma autoridade antes não experimentada. O

discurso de racionalidade que revestia o conceito de soberania elaborado por Jean Bodin, legitimou a autoridade secular como governante una e incontestável, fonte do direito e administradora das relações jurídicas dele provenientes, o que, com a transição para a Modernidade, resultaria em uma atitude monista que mudaria definitivamente o paradigma jurídico.

Consequência da onda de renascimentos e revoluções científicas que tiveram palco a Europa a partir do século XIV, o pensamento Iluminista, de matriz cartesiana, deu preferência em quantificar e ordenar as relações jurídicas do que discutir seu mérito e qualidade. Buscou atribuir às leis civis a mesma universalidade, segurança, e certeza já observadas nas leis naturais, uma vez que a normatividade decorrente da tradição e da autoridade – em especial aquela proveniente dos diversos direitos particulares e do direito canônico – já não encontrava mais fundamento no discurso moderno, pois lhe faltavam atributos que possibilitassem uma espécie e determinismo normativo em suas dinâmicas.

Por sua vez, as leis da natureza são oriundas do reino da simplicidade e da regularidade, portanto, são passíveis de observação e de medição com rigor e precisão, em que pesem estas desconsiderem a posição e o tempo como condições iniciais relevantes para a análise de seu objeto de estudo. Esta mesma perspectiva foi de certa forma transposta às leis civis pelo ideário moderno que, em seu intento de simplificar, quantificar e regularizar as condutas sociais, pouco levou em consideração as qualidades pessoais e as condições sociais das partes envolvidas em uma relação jurídica, assentando sua lógica numa relação de causalidade formal que privilegia o *como funcionam* as regras em detrimento de *quem são* os envolvidos e de *qual é a finalidade* do conflito.

Conforme pudemos constatar ao longo da pesquisa, o discurso promovido pela ciência e pela filosofia moderna convergiu com os interesses econômicos e políticos de uma burguesia emergente, uma vez que as premissas iluministas, quando transpostas ao universo das ciências sociais, e, concomitantemente, ao âmbito jurídico, se mostraram uma poderosa ferramenta para o domínio e transformação das relações sociais. E a efetividade deste novo instrumento de transformação e dominação adveio justamente da legitimidade formal atribuída às normas jurídicas pela racionalidade moderna, a qual era incontestável por se tratar de algo novo, atual, e dotado de uma suposta certeza a qual tinha como premissa básica romper com os mitos e tradições até então impostos à Sociedade de forma autoritária, ou seja, irracional perante o novo paradigma que se desenhava. Entretanto, na realidade o que se operou foi a transição de um discurso autoritário fundado na espiritualidade e na tradição, para um

novo discurso autoritário embasado na ciência, na razão, e na temporalidade.

Nesse ínterim, o pluralismo jurídico, característica básica das relações jurídicas medievais, passou a atentar contra a lógica cartesiana do discurso moderno, tendo em vista que admitia a convivência de ordenamentos distintos, ou seja, de múltiplas verdades dentro de um mesmo ambiente. Já o método cartesiano, adotado pelo paradigma moderno, exigia o alcance de uma verdade única e universal em cada campo do saber. E, no âmbito jurídico, essa verdade e autoridade universais seriam identificadas no Estado moderno, cuja soberania e o monopólio da jurisdição marcaram o processo de transição de uma tradição pluralista para um monismo jurídico chancelado pela formalização e sistematização do direito.

Do ponto de vista das teorias do Estado e do direito, e dentro das correntes contratualistas, Thomas Hobbes atribuiu à sujeição ao Estado e à autoridade soberana um caráter de racionalidade ímpar, uma vez que qualquer ato de liberdade fora do Estado seria dotado de uma carga de irracionalidade que por si só o seria condenável, de modo que não haveria liberdade verdadeira para além do Estado, apenas barbárie. Thomas Hobbes foi o primeiro de uma série de teóricos contratualistas que contribuiriam para a formulação do Estado e do direito moderno, sistematizando e ordenando uma série de conceitos essenciais aos mesmos, e analisando, à luz da razão, o processo de transposição de um suposto estado de natureza para a Sociedade civil. Concomitantemente, Thomas Hobbes revestiu de um fundamento lógico-racional a soberania da autoridade temporal e tornou o dever de obediência às leis civis um imperativo da racionalidade sem o qual o indivíduo não poderia se ver livre.

Baruch de Espinoza ampliou a supremacia do Estado e da razão ao divorciar esta última da fé, abrindo o espaço necessário para que a racionalidade se abrigasse no Estado civil e instituisse a submissão ao soberano como um primado necessário a paz pública, mandamento indispensável à liberdade natural, concentrando na autoridade do monarca um status de racionalidade que não seria alcançado tão facilmente em outro âmbito. Baruch de Espinoza fez com que, mesmo diante do dever de obediência à autoridade divina, a Sociedade reconhecesse a soberania das autoridades civis, uma vez que, estas estariam supostamente vinculadas ao direito divino e natural, o que permitiria ao soberano legislar inclusive sobre assuntos de cunho religioso, assim projetando, no plano da praxe, as autoridades seculares a frente das religiosas.

Já com John Locke, o Estado civil se transformou em um artifício criado para assegurar e ressaltar a propriedade e as liberdades do indivíduo, o que seria o único motivo racional para que o homem abdicasse de sua liberdade natural para aderir ao Estado. Um dos maiores méritos da teoria política de John Locke para a formação do ideário jurídico-político moderno foi a justificação da propriedade privada e a formulação de um direito de resistência ao soberano que não se dedicasse a preservar a vida, as liberdades e os bens dos indivíduos – todos esses valores estavam contemplados dentro do emprego genérico que o autor inglês dava ao termo “propriedade”. Locke se dedicou a demonstrar que os homens podem adquirir propriedades e porções distintas daquela que Deus teria destinado à humanidade em comum, mesmo sem o consentimento expresso de seus semelhantes, assim naturalizando o processo de apropriação privada de bens antes considerados comuns. O destaque dado por sua obra ao dever dos governantes em preservar e garantir o direito de propriedade dos indivíduos acabou se tornando uma das principais bandeiras da burguesia revolucionária no que diz respeito ao exercício de um direito de resistência contra a autoridade soberana.

Mas os interesses burgueses não se limitavam a assegurar o livre mercado e a propriedade privada, pois estes valores poderiam ser resguardados sem a necessidade do reconhecimento de direitos políticos individuais inatos enquanto a crítica burguesa mantivesse o controle sobre as massas e definisse a opinião pública. O que despertou o interesse dos iluministas e ativou politicamente a classe burguesa, foi o vislumbre de um novo projeto de Estado no qual o público se consolidasse como um domínio aberto a cada indivíduo. E foi na obra de Jean-Jacques Rousseau que a burguesia e a pequena nobreza encontraram o fundamento definitivo para transformar sua moral privada e interesses de classe não apenas em opinião pública, mas em uma vontade geral dotada do atributo de soberania necessário para a derrocada do antigo regime. Mais do que isso, o argumento e os paradoxos da obra de Rousseau também contribuiriam para que a burguesia, ao mesmo tempo que se valesse de um discurso coletivista para convencer as massas de que seus ideais correspondiam à vontade geral, também conseguisse resguardar suas liberdades individuais, lhes conferindo maior proteção, em especial no que diz respeito à propriedade privada.

Estava armado o cenário intelectual perfeito para a ascensão de um novo paradigma jurídico-político e para a fundação Estado e do direito moderno. A opinião pública, a partir de então vociferada como uma vontade geral que estaria sempre de acordo com a reta razão, retirou a soberania da figura do monarca e a transferiu para cidadãos sob o

comando da burguesia. E, sob primado da razão, o Estado moderno desenvolveu uma estrutura monista e representativa que desqualificou toda proposta que lhe fosse alternativa, uma vez que estas seriam irracionais, pois, fora dos parâmetros jurídicos, políticos, e epistemológicos, do paradigma moderno, não haveria civilização, senão barbárie – o que inclusive serviu de pretexto para empreitadas imperialistas disfarçadas sob um manto de racionalidade e civilização. Dessa forma, o racionalismo impulsionado pelo século das luzes acabou se tornando o subterfúgio utilizado para legitimar uma estrutura de dominação estruturada a partir do Estado moderno para atender aos interesses e tradições da classe burguesa, agora detentora do poder político e articuladora das relações jurídicas de um novo paradigma.

A Modernidade a partir de então passou a criar seus próprios antagonistas e se empenhou em desqualificar tudo aquilo que atentasse contra o seu padrão de racionalidade – abstrato, simplificador, dogmático, e capitalista –, de modo que tudo aquilo que fugisse a sua razão de Estado e ao direito posto por este passou a ser estigmatizado como ultrapassado ou anárquico, um atentado a sua *raison d'être*: a preservação do próprio paradigma moderno. E, nesse ínterim, a reconfiguração do padrão de relações jurídicas promovido pela Modernidade se tornou uma estratégia decisiva para a manutenção do *status quo*. O protagonismo da lei e da magistratura, aliado ao monismo estatal, ao racionalismo abstrato, e a uma perspectiva eminentemente individualista e representativa das relações jurídicas, deram forma a um paradigma jurídico no qual a dimensão coletiva não encontrou mais espaço para se desenvolver, tendo esta se esvaído e se confundido com os domínios público e privado. E, conforme pudemos observar ao longo do estudo, a esfera privada e a estatal novamente conquistaram os holofotes dos planos jurídico e político, reservando à Sociedade um papel de figuração na composição e administração das instituições modernas. Consequentemente, as relações jurídicas projetadas pela Modernidade se dedicaram a tutelar apenas os bens públicos e os privados, não destinando aos bens coletivos mecanismos de tutela processual adequados e dotados de legitimidade em sua esfera de deliberação.

Compartilhando do pressuposto moderno de progresso e de aceleração do tempo, mais do que antecipar o futuro, o paradigma jurídico moderno se propôs a garantir que este se tornasse estático no que tange às normas de conduta social, de modo que o padrão almejado pelos detentores do poder se tornasse pouco suscetível a variações em seu alcance e conteúdo que não coincidisse com o desejado por estes. As operações de matematização, abstração, disjunção e redução, que

viabilizaram o paradigma moderno das ciências naturais e que encontraram espaço na dogmática jurídica, resultaram em uma sobreposição da forma sobre a substância do direito, e na flexibilização de seu conteúdo e alcance em prol de uma lógica de progresso fundamentada no desenvolvimento econômico, ou seja, no mercado. E, ao positivar no ordenamento jurídico programas e objetivos de governo voltados para o desenvolvimento econômico, o direito se consolidou como uma das principais vias de aceleração do tempo a fim de garantir a primazia dos ideais neoliberais. Tudo isso sob o abrigo da racionalidade proveniente do Estado, projetando, assim, o neoliberalismo como a única alternativa viável e racional em uma perspectiva socioeconômica.

Quando transposto para o plano das relações jurídicas, além da flexibilização de direitos sociais em prol de um dito desenvolvimento econômico, o neoliberalismo também produziu reflexos na dogmática processual. Por um lado, as reformas neoliberais reforçaram o papel da jurisdição e impulsionaram um ativismo judicial político que fez do Judiciário um refúgio para cidadãos abandonados por um Estado cujos serviços público-estatais foram igualmente afetados por estes mesmos pressupostos neoliberais. Por outro lado, o agigantamento da máquina pública – consequência do constitucionalismo social – não entrou em harmonia com o modelo político-econômico neoliberal adotado pelas principais potências ocidentais a partir da década de 60. Consequentemente, o descompasso entre os primados do Estado e do mercado, levou a reformas processuais que não oferecesse riscos ao mercado, prejudicando até mesmo o exercício de um ativismo jurídico de teor estritamente jurisdicional. Daí onde advém o que Dierle José Coelho Nunes denomina como “neoliberalismo processual”, um modelo de relações jurídicas fundado em um ideal de celeridade que não atende aos demais princípios processuais constitucionais, adotando uma perspectiva meramente funcional da celeridade, que prima pelo término da prestação jurisdicional o mais rápido possível, uma visão com enfoque apenas na produtividade e em números.

Em um paradigma moderno tardio no qual as relações jurídicas obedecem a um padrão neoliberal, encontramos aquilo que Juan Ramón Capella chama de “juristas de mercado”, situados em uma Sociedade em que a vida social exige mais trâmites jurídicos do que nunca, mas onde as negociações se intensificam na esfera privada e na produção de normas de *lex mercatória*, a despeito do âmbito público e do interesse social. Consequentemente, toda uma lógica de mercado – que reduz os direitos subjetivos ao status de mercadorias a serem consumidas pelos indivíduos e providas pelo Estado – foi transposta para as relações jurídicas

contemporâneas. E o Estado se vê refém do mercado na mesma medida em que perde significado perante uma Sociedade encantada por este último e situada em uma dimensão tecnológica onde a velocidade de comunicação entre o indivíduo e mercado já não consegue mais ser acompanhada por um Estado preso a um extenso aparato burocrático criado por ele mesmo para legitimar sua existência.

Cabe neste momento um breve interstício a fim de realizar uma reflexão a respeito dos paradigmas pré-modernos em relação às relações jurídicas projetadas pela Modernidade. Tendo em vista os panoramas analisados, pudemos constatar que tanto o período romano clássico como o período medieval compartilhavam de instituições complexas, cada qual a sua maneira e sujeito a suas limitações. A jurisdição romana clássica foi dotada de um viés casuísta e de participação que buscava atentar para a realidade posta diante de si, deixando ao crivo dos cidadãos a deliberação, não sem intercalar este aspecto participativo da atividade jurisdicional com um fator de representação que consistia na administração e regulamentação dos termos da lide pelos magistrados. Tratava-se de um modelo de relações jurídicas que comportava um princípio dialógico e organizacional que dificilmente poderia ser alcançado dentro dos trâmites modernos. Por outro lado, as relações jurídicas medievais comportavam uma pluralidade de ordenamentos e uma dimensão comunitária que facilitavam a compreensão da juridicidade local e sua harmonia para com a jurisdição global, assimilando, assim, um princípio de auto-ecoorganização que reconhecia a interdependência entre o objeto de direito e o ambiente no qual este estava situado, entre o local e o global. O pluralismo e o comunitarismo foram facilmente suplantados nas relações jurídicas modernas pelo monismo e pelo individualismo, tendo estas se firmado em torno dos pilares do indivíduo e do Estado, deixando a esfera comunitária de fora de sua égide e abdicando de uma possível dimensão local de juridicidade em prol de um ideal de universalidade e certeza do direito posto.

Por sua vez, os ideais da Ilustração possibilitaram emancipação do indivíduo enquanto cidadão e ampliarão a noção de cidadania para status que vai muito além do vislumbrado pelas sociedades antigas. Da mesma forma, por gozar de um primado de racionalidade, a Modernidade colaborou para a formação de uma perspectiva jurídica isenta de mitos e credences, bem como minorou os riscos de um possível caos proveniente da coexistência de uma multiplicidade de ordenamentos. Porém, na mesma medida em que buscou romper com os mitos e com os vínculos de subordinação de outrora, a Modernidade também criou seus mitos suas próprias relações de subordinação. O culto ao divino foi sucedido pelo

culto à razão, ao passo que a sujeição ao monarca foi substituída pela sujeição à lei positivada.

Desse modo, em seu intento de assegurar um ideal de racionalidade e pureza, as relações jurídicas modernas trataram de extirpar de seu âmago tudo aquilo que pudesse consistir em um fator de irracionalidade e impureza. Assim o fizeram com a participação proveniente de uma Sociedade cuja multiplicidade de valores, crenças e opiniões poderia comprometer com a racionalidade e pureza objetivadas pelo paradigma moderno, o que fez com que toda uma dimensão pluralista fosse suplantada por um espectro monista representado pelo Estado e por sua normatividade positiva. Consequentemente, todo pressuposto de fraternidade foi igualmente extirpado das relações jurídicas e confundido com mera solidariedade, tendo o direito moderno sido conduzido a partir de então apenas pelos pilares da liberdade e igualdade, os quais, sem um princípio de fraternidade que lhes intercale e inter-relacione, podem se mostrar insuficientes ou obtusos. Experiências modernas de igualdade ou de liberdade assoberbadas, bem como outras promovidas em prol de um ideal de pureza, resultaram em algumas das maiores catástrofes da humanidade, todas elas embasadas no mesmo postulado de racionalização do qual a Modernidade clássica se ergueu.

Na mesma proporção em que a Modernidade representou a emancipação e valorização do ser humano, esta também representou sua escravidão e degradação, seja por conta das inúmeras guerras experienciadas no período moderno, pelas suas cruéis experiências de engenharia social, ou por um consumismo exacerbado que submete o sujeito a uma lógica de mercado que confere um padrão de humanidade, sempre efêmero, àqueles que conseguem lhe acompanhar, e descarta todos aqueles que ficam para trás, os tratando como se lixo o fossem. Nesse ínterim o que as relações jurídicas modernas experimentaram foi uma verdadeira redução no âmbito de sua complexidade. Em troca da sofisticação e precisão da técnica jurídica, estas se tornaram cegas para toda uma dimensão de participação, pluralismo e fraternidade antes contempladas. As relações jurídicas modernas, em seu intento de compartimentalizar o universo jurídico, compartimentalizaram o ser humano, não conceberam a intersubjetividade necessária ao reconhecimento da humanidade por parte de um ser humano para com o seu semelhante ou para com aquele que lhe é diferente. Descartaram a afetividade e dificultaram a alteridade. Dissociaram o uno do múltiplo, a forma da substância, a validade da legitimidade, o direito da Justiça. Em seu intento ordenador, rejeçaram a desordem sem a qual não conseguem conceber organização.

Realizadas as considerações que julgamos necessárias a respeito do paradigma das relações jurídicas modernas e daqueles que lhe antecederam e deram forma, passamos então a uma revisão dos argumentos levantados no último capítulo desta tese, e que remetem à proposta de uma Pós-Modernidade que comporte em seu cerne relações jurídicas complexas.

Em uma perspectiva histórica, compreendemos a Pós-Modernidade como um subperíodo da Modernidade, uma etapa de transição de períodos na qual os efeitos colaterais da Modernidade são evidentes e demandam reflexão e adaptação. A Pós-Modernidade representa um novo paradigma que já não se satisfaz com reducionismos e abstrações, mas que prima pelo resgate e reconhecimento da complexidade, e que flerta com as incertezas e relativizações indesejadas pela Modernidade, e que esta tanto fez para suprimir de suas entranhas. Cronologicamente falando, e assentindo do entendimento de Perry Anderson, entendemos que o advento da Pós-Modernidade pode ser situado no início dos anos 70, com a ruptura com o modelo de desenvolvimento capitalista do pós-guerra e a emergência de um novo regime de acumulação, de caráter neoliberal, cuja flexibilidade permitiu ao capital aumentar sua margem de manobra. Os eventos decorrentes deste panorama inibiram o desenvolvimento de todas as alternativas políticas, e, conseqüentemente, representaram a crise da Modernidade, uma vez que esta havia perdido todo o contraditório, algo essencial a um paradigma que se firmou com base na contraposição e supressão de ideias alheias.

Não obstante a inexistência de um consenso a respeito da Pós-Modernidade consistir em um período histórico já vencido ou ainda não alcançado, coadunamos do entendimento de que a Modernidade ainda não se trata de um período ultrapassado. Porém, diferente de uma parcela de autores que se dedicam ao debate entre Pós-Modernidade e Modernidade, não insistimos no potencial de adaptação da Modernidade, não nos preocupamos em forjar horizontes artificiais dentro dos quais o projeto de Modernidade – seja ele incompleto ou não – possa persistir e preservar seus atributos de segurança e de certeza. O equívoco por parte de alguns dos autores que negam o advento de uma Pós-Modernidade consiste no fato destes a contemplarem antes como um período histórico, do que como um paradigma distinto da Modernidade.

Assumimos o risco e nos colocamos ao lado dos teóricos que defendem a emergência de um novo paradigma, pós-moderno, o qual se estende também ao campo das relações jurídicas. Ademais, entendemos que não há um impeditivo para que dentro de um mesmo período histórico

nasça um novo paradigma que dialogue com a racionalidade moderna e com aquela proveniente de um novo devir, logicamente, pós-moderno, embora ainda não se tenha precisão a respeito do novo projeto que substituirá o carro de Jagrená. É nesse sentido que concebemos a ideia de Pós-Modernidade: um paradigma de transição entre períodos distintos, um subperíodo da Modernidade – se levarmos em consideração uma perspectiva historiográfica a qual julgamos ser de segunda importância para o propósito desta pesquisa – dotado não apenas de um caráter reflexivo, mas de um potencial transformador fundado na complexidade.

A Pós-Modernidade, no sentido empregado neste estudo, também evidencia a existência da Hipermodernidade e dialoga com esta. É a partir deste diálogo que a Pós-Modernidade, enquanto uma etapa de transição paradigmática, firma seu próprio paradigma – uma vez que esta também é dotada de um conjunto de crenças e valores específicos – e apresenta suas contribuições para uma nova era. Também identificamos essa Hipermodernidade na efemeridade dos conceitos e valores de uma Modernidade avançada, sujeitos a um status de liquidez moldado pelos desígnios de um mercado de consumo que, como já ressaltamos, conforta aqueles que acompanham o seu ritmo e descarta aqueles que ficam para trás.

Contudo, o cenário de liquidez conceitual nos leva à reflexão de que a rigidez conceitual dos pressupostos modernos, quando em contato com premissas pós-modernas, se não sofrerem de imediato uma flexibilização em sua estrutura, tendem a sofrer uma influência gradativa e continua deste novo paradigma que aos poucos se revela e aos poucos transforma aquilo que toca. Assim, acreditamos que, uma vez em contato com a Pós-Modernidade, os fundamentos do ideário moderno, mesmo que persistam em sua rigidez conceitual, já não serão mais os mesmos, sofrerão sua influência e passarão a ser observados sob outro prisma. Defendemos que um dos atributos da Pós-Modernidade consiste em sua maleabilidade e capacidade de adequação aos tempos e as nuances de cada Sociedade. Nesse sentido, acreditamos que os pressupostos pós-modernos devem contemplar em seu âmago um princípio de humildade e fluidez que se mostre acessível às críticas e à constante revisão e inovação de seus conteúdos. Assim o afirmamos, pois a Pós-Modernidade não pode correr o risco de substituir os sólidos da Modernidade por novos sólidos, pós-modernos, perpetuando o mesmo ciclo vicioso e racionalizador de outrora. Afirmamos que, ao admitir a liquidez de suas relações jurídicas, a Pós-Modernidade permite a expansão de seu conteúdo e reforça sua legitimidade, pois escapa de uma lógica fundada em uma racionalidade estritamente formal, ou seja, sólida, e passa a se nortear através de um

fazer dialógico fraterno apto a aliar os primados de liberdade, alteridade e tolerância, sem os quais qualquer discurso de emancipação não passa de opressão disfarçada. Portanto, defendemos a liquidez das formas e das instituições jurídicas.

Por outro lado, discordamos de toda corrente, seja ela moderna ou pós-moderna, que defenda uma visão pós-social, uma vez que acreditamos que não há como se conceber um individualismo libertador que esteja dissociado da Sociedade, mesmo estando cientes dos riscos que uma obsessão por identidade podem trazer a qualquer paradigma, tendo em vista que estes tendem a levar a uma lógica de autolegitimação excludente. Pelo contrário, defendemos uma aliança entre as dimensões individual e coletiva que, a partir de instituições modernas e com vistas a um fazer pós-moderno, possa emancipar o cidadão junto com seu semelhante e afastar do domínio social todo tipo de autolegitimação, num panorama de agora, fundado no diálogo e nos direitos fundamentais.

De acordo com o que constatamos, a Pós-Modernidade não consiste em uma chave-mestra para os enigmas que a Modernidade não conseguiu decifrar, mas em uma melhor representação da contemporaneidade. O conjunto de crenças e valores atinentes à Pós-Modernidade permite o desenvolvimento de novas perspectivas – inclusive jurídicas – a respeito de uma Sociedade complexa, as quais até então haviam sido obscurecidas pelas racionalizações modernas que não conseguiram traduzi-las para o seu paradigma. A concepção de Pós-Modernidade que defendemos herda o bastão da Modernidade e não nega as conquistas e métodos modernos, ela somente buscando trazer luz a determinadas realidades até então não evidenciadas ou aceitas por seus paradigmas predecessores. Reconhecer a existência de um novo paradigma de teor pós-moderno não importa na rejeição de sua contraparte moderna, pelo contrário, exige o diálogo com esta a fim de conciliar suas conquistas e virtudes com princípios e circunstâncias que até então foram ignorados ou rechaçados pela Modernidade.

O que propomos é a reintegração da complexidade às relações jurídicas da Pós-Modernidade, elemento este há tanto tempo extirpado da jurisdição moderna, sem com isso abdicar das conquistas da Modernidade. Buscamos, portanto, uma nova racionalidade jurídica, que não seja instrumentalizada isoladamente por operações de matematização, abstração, disjunção e redução, mas que prime também por uma práxis intersubjetiva de cunho comunicativo, onde os cidadãos participem junto ao magistrado na tutela dos interesses considerados de natureza complexa, e em que a Sociedade seja reconhecida como sujeito e titular de direitos.

As relações jurídicas pós-modernas exigem um fazer comunicativo através do qual o direito não se torne fruto de uma imposição vinda de cima para baixo, mas que seja decorrente do diálogo e interação entre representante e representado. O direito pós-moderno exige o resgate de uma dimensão de *ágora*, do contrário, lhe faltará a legitimidade necessária a uma verdadeira ciência, tendo em vista que todo processo de legitimação de um saber não se esgota em sua precisão técnica, mas se estende ao crivo da Sociedade. Assim, levando em consideração que todo o debate traçado a respeito da crise da Modernidade e do advento de um novo paradigma, pós-moderno, apresenta o elemento comum da complexidade, elegemos esta como um atributo necessário à identificação de uma práxis jurídica pós-moderna.

As patologias e operações modernas coincidem com aquelas provenientes do monismo jurídico, que realizou uma operação de redução que impôs ao direito uma lógica de hipersimplificação que lhe impede de contemplar suas interações com a dimensão social e de reconhecer outras fontes de juridicidade. O fenômeno de hipersimplificação também é constatado na redução dos interesses tutelados pelo Estado aos domínios público e privado. Ademais, o idealismo e a racionalização também podem ser diagnosticados no paradigma moderno, pois suas relações jurídicas somente admitem o direito produzido pelo Estado, não existindo diálogo entre o direito positivado e aquele decorrente da normatividade social. A complexidade se contrapõe aos mitos e patologias modernas, pois esta se desenvolve a partir da conjugação de uma série de elementos provenientes dos princípios da termodinâmica: ordem, organização, desordem e interação.

Compreendemos que o saber jurídico também demanda a inserção de um elemento caótico nas relações jurídicas, o que implica no necessário diálogo entre ordem e desordem a fim de conceber um pressuposto de organização nesta categoria de relações. Assim, as relações jurídicas da Pós-Modernidade não podem se furtar de contemplar em suas dinâmicas um princípio de complexidade. Em suma, a complexidade busca compreender toda a rede de interações que perfazem o mundo da vida. Ela parte do acaso e contempla a incerteza ao mesmo tempo em que observa a ordem e a desordem como contrapartes de um sistema multidimensional, buscando integrar sujeito e objeto em um processo organizacional que parte do todo para as partes e das partes para o todo, em uma perspectiva estratégica. Assim, um primeiro mandamento de complexidade para as relações jurídicas consiste no redimensionamento dos sujeitos e interesses nelas envolvidos, a fim de reorganizá-los conforme um paradigma pós-moderno que contemple em

suas dinâmicas elementos de ordem, desordem, organização e interação. Para tanto, associamos a reclassificação de bens e sujeitos de direito com os elementos básicos da complexidade, formando aquele que denominamos como “tetragrama das relações jurídicas complexas”, um modelo explicativo apto a ilustrar nossa visão de complexidade jurídica.

O tetragrama das relações jurídicas complexas nos apresenta um panorama dos sujeitos e elementos que interagem no que chamaremos a partir de então de “organização judiciária”. A partir do tetragrama das relações jurídicas complexas, podemos perceber não apenas os sujeitos de direito que as protagonizam, como também os interesses a que estão associados e os elementos de coalizão os quais representam nessa estrutura. Dentro do tetragrama, o indivíduo consiste na menor parte do tecido que compõe a complexidade das relações jurídicas pós-modernas, e a ele associamos os interesses privados, identificando-o um elemento de desordem sem o qual toda organização judiciária tende a se tornar estática e obsoleta. Por outro lado, o Estado é reconhecido enquanto um elemento ordenador da organização judiciária, o que o faz através do direito positivado, lhe sendo reservados os bens de natureza pública. Já a Sociedade importa no elemento organizacional central das relações jurídicas complexas, o ponto de encontro entre o Estado e os indivíduos que lhe compõem, assim consistindo em um sujeito mediador que liga o conhecimento do todo ao conhecimento das partes que compõem o sistema. Compete à Sociedade a guarda e a titularidade dos bens coletivos constitucionais, os quais podem sofrer uma qualificação em sua composição e assumirem o status de bens coletivos de natureza jurídica complexa, marcados por uma multiplicidade simultânea de interesses que perpassam do âmbito individual, ao coletivo e o estatal.

Por fim, as relações jurídicas complexas exigem um componente de interação apto a inter-relacionar todos os seus elementos, razão pela qual a participação ocupa um lugar central no tetragrama das relações jurídicas complexas, consistindo em seu eixo estruturante e sua fonte de legitimidade, ou seja, no elemento de interação através do qual Sociedade, Estado e indivíduo, apesar de complementares e antagônicos, podem fazer referência uns aos outros, simultânea e reciprocamente, em uma relação de mútua complexidade. Enfim, a participação, enquanto elemento de interação, exige a chancela de um princípio de fraternidade que comporte dinâmicas de reconhecimento e alteridade que façam com que o sujeito de direito enxergue a si mesmo no seu semelhante sem com isso desconsiderar suas singularidades e suas discrepâncias, onde este atue como observador e como observado na relação jurídica.

Em suma, partindo do tetragrama das relações jurídicas complexas, podemos compreender que estas são constituídas pelo entrecruzamento de interesses distintos e interligados. Sua tutela não se dá de forma compartimentada, dissociando indivíduo, Sociedade e Estado, mas se vale de um princípio dialógico e participativo que busca ligar aquilo que até então estava separado, unir o uno ao múltiplo, sem com isso desconsiderar as suas partes. Elas exigem a elaboração de uma nova espécie de procedimento que corra em paralelo com o processo individual, que alie elementos de democracia representativa e democracia participativa, e que tenha como objetivo, dentro de um contexto de diálogo e de participação aberta em todos os níveis de interesse, dar uma orientação uniforme àquilo que recorrentemente é apreciado de forma fragmentada, evitando ativismos judiciais de caráter político, bem como a inércia e o voluntarismo estatal. Por outro lado, a tutela das relações jurídicas complexas não busca constituir uma solução final ou uma verdade absoluta, ela tem consciência de sua incompletude e do status de constante incerteza que é inerente à complexidade, ela compreende a necessidade de constante revisão e reorganização de suas premissas, reconhecendo que os sujeitos de direito desenvolvem sua autonomia na mesma medida em que criam laços de dependência um para com o outro bem como para com o ambiente em que estão situados.

Portanto, tendo em vista o esforço empreendido nesta tese, podemos chegar à seguinte conclusão a respeito dos fundamentos necessários para uma práxis jurídica complexa no exercício e tutela do direito:

1. A identificação de uma etapa de transição paradigmática, de teor pós-moderno, que faz a ponte entre a Modernidade e num novo devir paradigmático.
2. A afirmação da complexidade como elemento-chave deste novo paradigma.
3. A admissão de elementos de desordem e de incerteza nas relações jurídicas, e na consciência da incompletude do Direito.
4. O reconhecimento da existência de relações jurídicas complexas.
5. A associação destas relações complexas aos assim denominados direitos coletivos de natureza complexa.
6. O resgate da Sociedade enquanto sujeito de direito.

7.O desenvolvimento de um procedimento que intercale dinâmicas participativas e representativas na administração e deliberação dos interesses de natureza complexa.

8.A promoção do pluralismo, da participação e da fraternidade como princípios norteadores das relações jurídicas complexas.

Assim, tomando por base um pressuposto de complexidade, o direito deve se constituir como um sistema aberto que não baste por si mesmo, uma vez que somente poderá se tornar lógico na medida em que compreenda em si as interações que lhe são externas, que estão para além da norma. Ele não pode se concluir, se fechar, ser autossuficiente, pois a sua própria razão de ser se encontra na complexidade da realidade que lhe circunda. A complexidade exige do direito uma aproximação para com o que está além da letra da lei, para com o mundo da vida, das relações sociais, das culturas e realidades diferentes e divergentes. Busca uma aproximação do sujeito para com o objeto de direito, assim como do intérprete da norma para com a trama que lhe circunda e que lhe envolve em diversas direções alheias a um ambiente estritamente normativo. Enfim, exige o traslado do plano da abstração normativa para o plano da ação estratégica, de uma racionalização que prende a realidade num sistema aparentemente perfeito e coerente para uma racionalidade autocrítica capaz de dialogar com o mundo empírico, com aquilo que lhe é tomado como irracional, com o novo, com o “outro”. Ou seja, que não observe o direito como um mero programa de normas a serem aplicadas mediante subsunção. Na perspectiva do paradigma da complexidade as normas jurídicas devem ser contempladas enquanto estratégias aptas a lidar com a inovação e mutabilidade hodierna, operando de forma casuística, de modo que cada caso concreto possa ter uma solução apta para com as circunstâncias socioeconômico-culturais e para com o tempo e ambiente em que se situam.

Por fim, fazendo jus ao argumento da complexidade, admitimos a incerteza e a incompletude dos argumentos e fundamentos ora levantados, pois, do contrário, estaríamos incidindo na mesma perspectiva simplificadora, ordenadora e autorreferencial que a Modernidade até então promoveu, dentro e fora das relações jurídicas. Nosso intento foi projetar uma nova visão a respeito das relações jurídicas hodiernas, provocar a reflexão, o debate e a crítica, ou seja, lançar luz sobre os elementos que a Modernidade jurídica até então havia rechaçado ou negligenciado, mas que por isso não deixam de existir e de apresentar

reflexos no universo jurídico. Porém, compreendemos que esta é apenas a primeira etapa de uma pesquisa que há de se desenvolver em outros meandros e sob outras dimensões, ultrapassando o viés eurocêntrico dentro do qual este estudo foi desenvolvido e se estendendo a novos horizontes e novas racionalidades, como aquela proveniente dos novos direitos e dos novos atores sociais que emergem da Pós-Modernidade, e que por si só apresenta sua própria complexidade, seu próprio desafio. Mas o que é a complexidade senão o convite ao desafio e à provocação? A complexidade em sua essência não é uma palavra-chave, é uma palavra-problema.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. [Verbetes: enciclopédia.] In: _____. (Org.). **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015a. p. 251.
- ABBAGNANO, Nicola. [Verbetes: enciclopédia.] In: _____. (Org.). **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015b. p. 287-289.
- ABBAGNANO, Nicola. [Verbetes: enciclopédia.] In: _____. (Org.). **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015c. p. 351-357.
- ABBAGNANO, Nicola. [Verbetes: enciclopédia.] In: _____. (Org.). **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015d. p. 791-792.
- ABBAGNANO, Nicola. [Verbetes: enciclopédia.] In: _____. (Org.). **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015e. p. 791-792.
- ABBAGNANO, Nicola. [Verbetes: enciclopédia.] In: _____. (Org.). **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015f. p. 791-792.
- ALFÖLDY, Géza. **A História Social de Roma**. Tradução de Maria do Carmo Cary. Lisboa: Presença, 1989.
- ANDERSON, PERRY. **Lineages of the Absolutist State**. London: NLB, 1974.
- _____. **Passagens da Antiguidade ao Feudalismo**. 1.ed. São Paulo: UNESP, 2016.
- AQUINO, Tomás de. **Escritos Políticos de São Tomás de Aquino**. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1995.

_____. **Suma Teológica**. Disponível em:
<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 23 de junho de 2017

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 13.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

ARISTÓTELES. **Metafísica (Livro I e II)**. São Paulo: Abril, 1984.

_____. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ASCH, Ronald G.; DUCHHARDT, Heinz. **El Absolutismo (1550-1700) ¿Un mito?** Revisión de un concepto historiográfico clave. Tradução de Ana Rey e Karsten Neumann. Barcelona: Idea Books, 2000.

BAGGIO, Antonio Maria. A Redescoberta da Fraternidade na Época do “Terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. v.1. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Modernidade e Ambivalência**. Tradução de Marcus Penches. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Tempos Líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Vida Líquida**. 2.ed. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. **Vida a Crédito**: conversas com Citladi Rovisora-Madrado. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **Ética Pós-Moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 2013.

BECK, Ulrich. La Reinención de la Política: hacia una teoría de la modernización reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernización Reflexiva**: política, tradición y estética em el orden social moderno. Tradução de Jesús Alborés. Madrid: Alianza, 2001.

BECK, Ulrich. **La Sociedad de Riesgo Global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Fundamentos Epistemológicos do Direito Ambiental**. 2015. 306 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social**: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. Tese de Livre-Docência em Direito. São Paulo: USP, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade e Reflexões Frankfurtianas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. 4.ed. Tradução de Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BODIN, Jean. **Los Seis Libros de La Republica**. Tradução de Pedro Bravo Gala. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1997.

BRANDÃO, Carlos Augusto Pires. **Do Mito à Filosofia Política de Platão**: o desenvolvimento de uma racionalidade sistêmica ordenadora na Grécia Antiga. 2003. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Teresina, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

_____. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 04 de fevereiro de 2018.

BRAUNSTEIN, Philippe. Abordagens da Intimidade nos Séculos XIV-XV. In: **História da Vida Privada, 2:** da Europa feudal à Renascença. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BRETONE, Mario. **História do Direito Romano.** Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh. Lisboa: 1998.

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico.** 6.ed. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

BUEN L., Néstor de. **El Estado de Malestar.** México: Porrúa, 1997.

CAMPOS, J. A. Segurado e. Introdução. In:GAIO. **Instituições:** direito privado romano. Tradução de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: GULBENKIAN, 2010.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. **Infinito Particular:** privacidade no século XXI e a manutenção do direito de estar só. 2016. 271 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

CANUT, Letícia. **Exercício do Direito Coletivo à Saúde na Pós-Modernidade Jurídico-Política Brasileira:** nova estrutura participativa para a formulação das políticas do sistema único. 2013. 551 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PSIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das Idéias Políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CORREIA, Alexandre; CORREIA, Alexandre Augusto de Castro; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**: institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português em confronto com o texto latino. 2.ed. v. II. São Paulo: Saraiva, 1955.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DI PIETRO, Alfredo; ELLI, Angel E. Lapieza. **Manual de Derecho Romano**. 5.ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DUBY, Georges. **A Sociedade Cavaleiresca**. Tradução de Antonio de Pádua Danesil. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

_____. **As Três Ordens ou o Imaginário do Feudalismo**. Tradução de Maria Helena Costa Dias. Lisboa: Estampa, 1994.

_____. Poder Privado, Poder Público. In: **História da Vida Privada, 2**: da Europa feudal à Renascença. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009a.

_____. A Solidão nos Séculos XI-XIII. In: **História da Vida Privada, 2**: da Europa feudal à Renascença. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009b.

DULCE, Maria José Fariñas. **Los Derechos Humanos**: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna. Madrid: Dykinson, 1997.

DUSSEL, Enrique. **20 Teses de Política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

ESPINOZA, Baruch de. **Tratado Político**. Tradução, Introdução e notas de Diego Pires Aurélio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **A Theologico-Political Treatise [Part I]**. Translated by R.H.M. Elwes. Disponível em: www.livrosgratis.com.br Acesso em: 18 de agosto de 2017a.

_____. **A Theologico-Political Treatise [Part III]**. Translated by R.H.M. Elwes. Disponível em: www.livrosgratis.com.br Acesso em: 18 de agosto de 2017b.

_____. **A Theologico-Political Treatise [Part II]**. Translated by R.H.M. Elwes. Disponível em: www.livrosgratis.com.br Acesso em: 18 de agosto de 2017c.

_____. **A Theologico-Political Treatise [Part IV]**. Translated by R.H.M. Elwes. Disponível em: www.livrosgratis.com.br Acesso em: 18 de agosto de 2017d.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3.ed. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 29 de agosto de 1789**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-da-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 19 de dezembro de 2017.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 29.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Pedagogia da Autonomia:** saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GAIO. **Instituições:** direito privado romano. Tradução de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: GULBENKIAN, 2010.

GALLARDO, Helio. **Derechos Humanos como Movimento Social.** Colômbia: Desde Abajo, 2006.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas:** justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GIARDINA, Andrea (Org.). **O Homem Romano.** Lisboa: Presença, 1991.

GIBBON, Edward. **Declínio e Queda do Império Romano.** Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Modernidad e Identidad del Yo:** el yo en la sociedad em la época contemporánea. Traducción de José Luis Gil Aristu. Barcelona: Península, 1997

_____. **Conversations with Anthony Giddens:** making sense of modernity. Cambridge: Polity Press, 1998.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** 2.ed. Tradução de A. M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GHIRALDELLI JR., Paulo. **O Que é Dialética do Iluminismo?** Barueri: Manole, 2010.

GOULEMOT, Jean Marie. As Práticas Literárias ou a Publicidade do Privado. In: CHARTIER, Roger (Org.). **História da Vida Privada, 3:** da renascença ao século das luzes. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

GRANDAZZI, Alexandre. **As origens de Roma**. Tradução de Christiane Gradvohl Colas. São Paulo: Unesp, 2010.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2.ed. Florianópolis: Boiteux, 2007.

_____. **A History of European Law**. Tradução de Laurence Hooper. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010.

_____. **A Ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. Revisão Técnica de Ricardo Marcelo Fonseca. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **A Modernidade: um projecto inacabado?** Tradução de Nuno Ferreira Fonseca. Disponível em:
http://cadeiras.iscte.pt/SDir/Habermas_ModernidadeInacabada.pdf
 Acesso em: 09 de janeiro de 2018.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. 22.ed. São Paulo: Loyola, 2012.

HENSHALL, Nicholas. El Absolutismo de la Edad Moderna 1550-1700 ¿Realidad Política o Propaganda? In: ASCH, Ronald G.; DUCHHARDT, Heinz. **El Absolutismo. ¿Um Mito?** Revisión de um concepto historiográfico clave. Barcelona: Idea Books, 2000.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

_____. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009b.

HESSEL, Stéphane; MORIN, Edgard. **O Caminho da Esperança**. Tradução de Edgard de Assis Carvahó e Marizza Perassi. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

HESÍODO. **Os Trabalhos e os Dias**. Curitiba: Segesta, 2012.

HINSLEY, F. H. **El Concepto de Soberanía**. Tradução de Fernando Morera e Angel Alandí. Barcelona: Labor, 1972.

HINRICHS, Ernst. ¿Adiós al Absolutismo? Uma Resposta a Nicholas Henshall. In: ASCH, Ronald G.; DUCHHARDT, Heinz. **El Absolutismo. ¿Um Mito?** Revisión de um concepto historiográfico clave. Barcelona: Idea Books, 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. Consultoria Jurídica de Thélío de Magalhães. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

_____. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. Tradução de Bruno Simões. Revisão da Tradução por Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HONNETH, Axel. A Textura da Justiça. **Civitas**. Porto Alegre. v. 9. n. 3. p. 345-368, set.-dez. 2009a.

_____. **Luta por Reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2.ed. São Paulo: 34, 2009b.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 16.ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

HUNT, Angela Elwell; SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Petrópolis: Vozes, 2000.

JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do homem grego. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

JOHNSON, Allan G. [Verbete: enciclopédia.] In: _____. (Org.). **Dicionário de Sociologia**: guia prático de linguagem sociológica. Rio de Janeiro: Zahar, 1997a. p. 17.

JOHNSON, Allan G. [Verbete: enciclopédia.] In: _____. (Org.). **Dicionário de Sociologia**: guia prático de linguagem sociológica. Rio de Janeiro: Zahar, 1997b. p. 88-89.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. **Digesto de Justiniano, liber primus**: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 5.ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Digesto de Justiniano, livro segundo**: jurisdição. Tradução de José Isaac Pilati. Florianópolis: UFSC, 2013.

KELLY, John Maurice. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. Revisão técnica e da tradução por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e Crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

_____. **Futuro Passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução de Wilma Pereira Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2006.

LE GOFF, Jacques. **A História Deve ser Dividida em Pedacos?** Tradução de Nícia Adan Bonatti. São Paulo: UNESP, 2015.

_____. **História e Memória**. Tradução de Bernardo Leitão et al. Campinas: UNICAMP, 1990.

_____. **O Homem Medieval**. Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Presença, 1989.

_____. **O Apogeu da Cidade Medieval**. Tradução de Antônio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LEITE, Roberto Basilone. **O Papel do Juiz na Democracia**: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. **El Império de lo Efímero**: la moda y su destino en las sociedades modernas. Tradução de Felipe Hernández e Carmen López. 5.ed. Barcelona: Anagrama, 1996.

_____. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LÍVIO, Tito. **História de Roma – livro I: a monarquia** (*Ab Vrbe Condita, liber I*). Tradução de Mônica Vitorino. Introdução e notas de Júlio Cesar Vitorino. Belo Horizonte: Crisálida, 2008.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Disponível em: http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf
Acesso em: 04 de setembro de 2017a.

_____. **Ensaio Acerca da Natureza Humana**. Tradução de Anoar Alex. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma Introdução à História Social e Política do Processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LOURENÇATO, Antonio Aparecido. **Sobre a Neutralidade do Estado**: do laissez-faire ao welfare state. Dissertação de mestrado em Economia. PUC-SP: 2005. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/9178/1/Antonio%20Aparecido%20Lourencato.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2017.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016a.

_____. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

MACPHERSON, C. B. **Ascensão e Queda da Justiça Econômica e Outros Ensaios**: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MALACARNE, Cassiano. **Decretales D. Gregorii Papae IX (Liber Extra). Decretais De Gregório IX (LIVRO 5, Títulos 1-2)**: tradução com notas e introdução. 2016. 534 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

MARCUSE, Herbert. **O Homem Unidimensional**: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada. Tradução de Robespierre de Oliveira, Deborah Christina Antunes e Rafael Cordeiro Silva. São Paulo: EDIPRO, 2015.

MARTIN, Thomas R. **Roma Antiga**: de Rômulo a Justiniano. Tradução de Iuri Abreu. Porto Alegre: L&PM, 2015.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu Ressurgimento no Final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Introdução à Filosofia Política de Thomas Hobbes**. 2.ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

MORIN, Edgar. **Saberes Globais e Saberes Locais**: o olhar transdisciplinar. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

_____. **O Método 4**: as ideias: habitat, vida, costumes, organização. 6.ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011a.

_____. **Introdução ao Pensamento Complexo**. 4.ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011b.

_____. **Rumo ao Abismo?**: ensaio sobre o destino da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011c.

_____. **O Método 4**: as ideias: habitat, vida, costumes, organização. 6.ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011a.

_____. **Para onde vai o Mundo?** 3.ed. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2012a.

_____. **O Método 5**: a humanidade da humanidade. 5.ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2012b.

_____. **Ciência com Consciência**. 16.ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Araripe de Sampaio Doria. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

_____. **A Cabeça Bem-Feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 22.ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

_____. **O Método 1: a natureza da natureza**. Tradução de Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2016.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O Crepúsculo dos Ídolos: ou a filosofia a golpes de martelo**. Tradução de Edson Bini e Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Francisco Pizzette. PILATI, José Isaac. A Fraternidade como Princípio Ético Necessário para uma Nova Práxis Coletiva e Emancipatória em Direitos Humanos. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 9, n. 2/2014 p. 381-401.

_____. O Constitucionalismo Sob o Viés da Pós-Modernidade. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 12, n. 1/2017 p. 181-197.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. O Princípio da Fraternidade no Âmbito das Revoluções Moderna e Contemporânea. In: OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Direitos na Pós-Modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Boiteux, 2011.

PÁDUA, Marsílio de. **O Defensor da Paz**. Tradução e notas de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1997.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PETIT, Eugène. **Tratado Elemental de Derecho Romano**. 23.ed. Tradução de D. José Ferrández González. México, DF: Porrúa, 2007.

PETRAS, James. **Neoliberalismo: América Latina, Estados Unidos e Europa**. Blumenau: FURB, 1999.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. Comentários do Tradutor. In:JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. **Digesto de Justiniano, livro segundo: jurisdição**. Tradução de José Isaac Pilati. Florianópolis: UFSC, 2013.

_____. Prólogo do Tradutor. In:JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. **Digesto de Justiniano, livro segundo: jurisdição**. Tradução de José Isaac Pilati. Florianópolis: UFSC, 2013.

_____. **Teoria Pós-Moderna do Direito: paradigma como método e soberania partilhada como elemento fundamental**. 2014.Digit.

_____. **Direito Romano**. 09 de jun. - 06 de set. de 2014b. Notas de Aula.

_____. **Audiência Pública na Justiça do Trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017a.

_____. Por uma Nova Ágora Perante o Desafio da Globalização. In: **Revista Jurídica – CCJ/FURB**. Blumenau. v.12, n. 24, p. 14-29, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1329/935> Acesso em: 07 de dezembro de 2017b.

POCOCK, J. G. A. **Linguagens do Ideário Político**. Tradução de Fábio Fernandez. São Paulo: USP, 2003.

POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno: uma introdução sociológica**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

POLYBIUS. **The Histories**. v. II. Tradução de W. R. Paton. Londres: William Heinemann, 1979.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PRIGOGINE, Ilya. **As Leis do Caos**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 2002.

PRZEWORSKI, Adam. **Capitalismo e Social-Democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

PULQUÉRIO, Manuel de Oliveira. **Evolução do Conceito de Justiça de Hesíodo a Píndaro**. Portugal: Associação Portuguesa de Estudos Clássicos, 1961.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho Romano**. Buenos Aires: Astrea, 2001.

RITTER, Gerhard. **El Estado Social: su origen y desarrollo em uma comparación internacional**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jurúnior. Florianópolis: Boiteux, 2008.

ROUCHE, Michel. A Alta Idade Média Ocidental. In: VEYNE, Paul (Org.). **História da Vida Privada, 1: Do Império Romano ao Ano Mil**. Tradução de Hildegard Feist. Consultoria Editorial de Jonatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ROULAND, Norbert. **Roma, Democracia Impossível?: os agentes do poder na urbe romana**. Brasília: UNB, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Coleção Obra-Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. **Discurso Sobre a Origem da Desigualdade**. Tradução de Maria Lacerda de Moura. São Paulo: Poeteiro, 2014.

RUBANO, Denise Rosana; MOROZ, Melania. Relações de Servidão: Europa Medieval Ocidental. In: ANDERY et al., Maria Amália. **Para Compreender a Ciência: uma perspectiva histórica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2014.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos y Desencantos de Los Derechos Humanos:** de emancipaciones, liberações e dominaciones. Barcelona: Icaria, 2011.

RUSSELL, Bertrand. **História da Filosofia Ocidental** – Livro 1: A filosofia antiga. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015a.

_____. **História da Filosofia Ocidental** – Livro 3: a filosofia moderna. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015b.

_____. **História do Pensamento Ocidental:** as aventuras dos pré-socráticos a Wittgenstein. 21.ed. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

SABINE, George Holland. **História das Teorias Políticas.** v.1.Tradução de Ruy Jungmann. São Paulo: Fundo de Cultura, 1964a.

_____. **História das Teorias Políticas.** v.2.Tradução de Ruy Jungmann. São Paulo: Fundo de Cultura, 1964b.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **A Gramática do Tempo:** para uma nova cultura jurídica. 2.ed. São Paulo: Cortez 2008.

_____. **Um Discurso sobre as Ciências.** 7.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SCHIAVONE, Aldo. **Uma História Rompida:** Roma Antiga e Ocidente Moderno. Tradução de Fábio Duarte Joly. Revisão técnica de Norberto Luiz Guarinello. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

_____. O Jurista. In: GIARDINA, Andrea (Dir.) **O Homem Romano.** Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Presença, 1992.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa:** da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução de Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite. Revisão da Tradução por Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SICILIANI, Bruna Casimiro. A Historização dos Temas Mitológicos na Fundação de Roma: aspectos da soberania religiosa e jurídica. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 40, n.1, p. 15-19, jan./jun. 2014. Disponível em:

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/16544>. Acesso em: 26 jan. 2017.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo **Malinverni da. Processos Coletivos para a Tutela do Risco Ecológico Abusivo**: a construção de um patrimônio comum coletivo. 2011. 440 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Moita. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **El Nacimiento del Estado**. Tradução de Mariana Gainza. Buenos Aires: Gorla, 2003.

_____. **Hobbes e a Liberdade Republicana**. Tradução de Modesto Florenzano. São Paulo: UNESP, 2010.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Vol 1. São Paulo: Nova Cultural, 1996a.

_____. **A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Vol 2. São Paulo: Nova Cultural, 1996b.

SOUZA, Raquel de. O Direito Grego Antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

TABAK, Benjamin Miranda. **A Análise Econômica do Direito**: proposições legislativas e políticas públicas. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td157>. Acesso em: 25 de janeiro de 2018.

TORRES, Guillermo Cabanellas de. **Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos**. Buenos Aires: Heliasta, 2007.

TOUCHARD, Jean. **História das Ideias Políticas**. v.3. Tradução e notas de Mário Braga. Mem Martins: Europa-América, 1959a.

_____. **História das Ideias Políticas**. v.2. Tradução e notas de Mário Braga. Mem Martins: Europa-América, 1959b.

_____. **História das Ideias Políticas**. v.4. Tradução e notas de Mário Braga. Mem Martins: Europa-América, 1959c.

_____. **História das Ideias Políticas**. v.5. Tradução e notas de Mário Braga. Mem Martins: Europa-América, 1959d.

TOURAINÉ, Alain. **Um Novo Paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Crítica da Modernidade**. Tradução de Elia Ferreira Edel. 9.ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

VEYNE, Paul. O Império Romano. In: VEYNE, Paul (Org.). **História da Vida Privada, 1: Do Império Romano ao Ano Mil**. Tradução de Hildegard Feist. Consultoria Editorial de Jonatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A Cidadania na República Participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde**. 2013. 539 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.** São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O Direito nas Sociedades Primitivas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito.** 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

APÊNDICE A – GLOSSÁRIO

Alteridade: Relação de interação e interdependência para com o outro – indivíduo ou grupo – considerado diferente.

Bens Coletivos de Natureza Jurídica Complexa: Bens coletivos marcados por uma multiplicidade simultânea de interesses que perpassam do âmbito individual, ao coletivo e o estatal.

Casuística: Tarefa de qualificar o conflito e com base nessa qualificação buscar a perseguição do justo e a solução mais condizente com os interesses das partes, da Sociedade, do Estado e das instituições.

Comunidade Científica: Grupo de pessoas que compartilham paradigmas. É formada por praticantes de uma mesma linha de produção científica, os quais foram submetidos a uma iniciação acadêmica e profissional similares, compartilhando leituras e conceitos afins, que também acabam por delinear as fronteiras de cada uma dessas mesmas comunidades (KUHN, 2011).

Complexidade: “Conjunto dos princípios de inteligibilidade que, ligados uns aos outros, poderiam determinar as condições de uma visão complexa do universo” (MORIN, 2014, p. 330). Quando estendido ao âmbito jurídico, consiste em uma compreensão multidimensional do Direito que observe os bens jurídicos e os seus diferentes titulares e naturezas como uma relação tecida por elementos distintos, porém, entrelaçados.

Democracia Participativa: “a democracia participativa consagra a Sociedade como ator político (resgatando-a do limbo em que foi deixada pela modernidade burguesa), tendo o exercício da cidadania em todo o desenvolvimento dos atos participativos, surgido não somente dos canais oficiais, mas como uma manifestação espontânea da Sociedade” (VIEIRA, 2013, p. 179).

Desordem: Princípio de complexidade que importa em turbulência, agitação, e aleatoriedade, comportando um pressuposto de liberdade que se opõe à noção de ordem do mesmo modo em que é enriquecido por esta (MORIN, 2014).

Doutrina: Termo que faz menção às correntes de pensamento de caráter fechado e que não permitem o questionamento acerca da validade e da coerência de suas premissas.

Fraternidade: “Potência humana de transformação e mudança em prol da dignidade capaz de promover os direitos humanos como uma convenção coletiva de cunho político-jurídico” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 192-193).

Hipermodernidade: Etapa da Modernidade em que suas consequências podem ser observadas em sua expressão máxima, estando alicerçadas nos axiomas do mercado, da eficiência e do indivíduo (LIPOVETSKY, 2004).

Interação: Elemento de ligação entre ordem, desordem e organização, um circuito tetralógico que possibilita a esses termos complementares, concorrentes e antagônicos fazerem referência uns aos outros e se coproduzirem simultânea e reciprocamente através de uma relação complexa.

Interesse Coletivo: Diz respeito aos bens jurídicos de raiz constitucional, autônomos, de propriedade coletiva e com titular coletivo – a Sociedade – cujo exercício e tutela não dependem do voluntarismo estatal, mas deve realizar-se mediante um processo participativo inclusivo e avesso às dinâmicas modernas de caráter excludente (PILATI, 2014, p. 08).

Modernidade: “Refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (GIDDENS, 1991, p. 11).

Modernismo: Se identifica com os movimentos de ordem literária, artística e religiosa que demonstraram uma espécie de reação ao materialismo, ao acúmulo de capital, à cultura de massa, aos modelos literários e estéticos da antiguidade clássica, e ao imperialismo emergente do final do século XIX (LE GOFF, 1990).

Modernização: Conceito aliado aos problemas decorrentes dos movimentos de descolonização, assimilação, e ocidentalização posteriores à Segunda Guerra Mundial, os quais correspondem ao embate entre tradições antigas e novas (LE GOFF, 1990).

Modernização Reflexiva: Fenômeno que importa na substituição da sociedade industrial moderna por outra forma organização social que compreende que o progresso também pode converter-se em autodestruição (BECK, 2002).

Ordem: Princípio de complexidade que comporta os conceitos de estabilidade, constância, regularidade, repetição, estrutura, e segurança, consistindo em um ideal de regulação que se opõe à desordem na mesma medida em que esta o complementa (MORIN, 2014).

Organização: Princípio de complexidade que, ao mesmo tempo em que cria ordem e desordem, também é resultante do diálogo entre estas, organizando e reorganizando sistemas do nível menos complexo ao mais complexo (MORIN, 2014).

Organização Judiciária: Conceito alternativo ao ideal de “Ordenamento Jurídico”, e que admite que as relações jurídicas se constituem simultaneamente de elementos de ordem, desordem e participação os quais fomentam sua auto-organização e a composição dos conflitos.

Paradigma: Conjunto de crenças, valores e técnicas compartilhadas pelos membros de uma comunidade científica (KUHN, 2011).

Pluralismo Jurídico: Consiste na “multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 2001, p. 129).

Pós-Modernidade: É um subperíodo da Modernidade, uma etapa de transição de paradigmática na qual os efeitos colaterais da Modernidade restam evidentes e demandam reflexão e adaptação.

Pós-modernismo: “Atitude de quem considera esgotada a experiência moderna e fala de uma condição diferente” (ABBAGNANO, 2015f, p. 792).

Pragmática: Quando aplicada ao contexto jurídico, consiste em uma práxis que preza por aquilo que é útil à sociedade e que atende ao bom senso e ao interesse comum das partes envolvidas no processo.

Racionalidade: Relação de adequação entre a coerência lógica e a realidade empírica, promovendo o diálogo da razão com o irracional e o irracionalizável (MORIN, 2014).

Racionalismo: Visão de mundo firmada com base em uma concordância perfeita entre o que é tido por racional e a realidade do universo, excluindo deste panorama tudo aquilo que é irracional ou que está além da razão por ela empreendida (MORIN, 2014).

Racionalização: Visão totalizante do universo a partir de um ponto de vista parcial deste, de um único princípio de razão, de caráter fechado, o qual embasa sua lógica em um único fator externo (mais comumente o econômico ou o político) e dissemina a crença de que todos os problemas derivam de outras racionalizações que lhe são contrárias. Nega tudo que lhe é tido por irracional, e se recusa a dialogar com o mesmo (MORIN, 2014).

Razão: Método de conhecimento baseado no cálculo e na lógica o qual busca resolver os problemas a partir dos dados que caracterizam um determinado fenômeno ou circunstância (MORIN, 2014).

Reconhecimento: É o “passo cognitivo que uma consciência já constituída idealmente em totalidade efetua no momento em que ela se reconhece como a si mesma em outra totalidade, em outra consciência” (HONNETH, 2009b, p 63).

Reduccionismo: Operação que busca reduzir a complexidade da vida à simplificações que não permitem ao interlocutor contemplar a complexidade do real (MORIN, 2011b).

Relações Jurídicas: São relações de caráter intersubjetivo em que diferentes sujeitos de direito se inter-relacionam tendo em vista interesses de natureza jurídica diversa, de modo a produzir a normatividade e a juridicidade.

Relações Jurídicas Complexas: São aquelas constituídas pelo entrecruzamento de interesses distintos e interligados. Sua tutela não se dá de forma compartimentada, dissociando indivíduo, Sociedade e Estado, mas se vale de um princípio dialógico que busca ligar aquilo que

está separado, unir o uno ao múltiplo, sem com isso desconsiderar as suas partes.

Soberania Compartilhada: Nova noção de soberania inaugurada pela Constituição Federal de 1988, agora partilhada com a Sociedade, não mais numa perspectiva estática e passiva, mas sob um viés dinâmico e ativo que “reintroduz no sistema a complexidade jurídica; vale dizer, a titularidade dos interesses coletivos pela Sociedade, que atua em conjunto, caso a caso, com as suas autoridades estatais” (PILATI, 2017a, p. 31).

Sociedade: Não se trata apenas de um conjunto de indivíduos, mas de um sujeito de Direito habilitado para o exercício e a tutela de interesses coletivos (PILATI, 2012).

Sociedade Industrial: É a Sociedade moderna do final do século XIX e seguintes, marcada por um modo de produção capitalista que promove uma racionalização do ideal de indivíduo e propriedade, bem como dos pressupostos de economia e eficiência, estendendo sua lógica e validade para outras áreas que não apenas aquelas ligadas aos setores econômicos.

Sociedade Planetária: Prognóstico de um novo modelo de Sociedade a ser impulsionado pelo Pós-Modernidade, estando situada em um novo paradigma de matriz complexa numa perspectiva sociotecnológica.

Sociedade de Risco: Consequência de uma etapa reflexiva da Modernidade, trata-se de uma Sociedade em que as incertezas e ambivalências que antes haviam sido consideradas superadas tornam a ser reconhecidas novamente como uma realidade, e onde as ficções de segurança e certeza da sociedade industrial moderna se veem em crise.

Sociedade Unidimensional: Consiste em uma característica das sociedades modernas, em que a relação entre o racional e o irracional é alterada, de modo que o irracional toma o lugar do que realmente é racional.

Teoria: Diz respeito a correntes de pensamento de caráter aberto, passíveis de contestação e de argumentação acerca de sua validade ou verificabilidade, admitindo sua superação quando necessário.