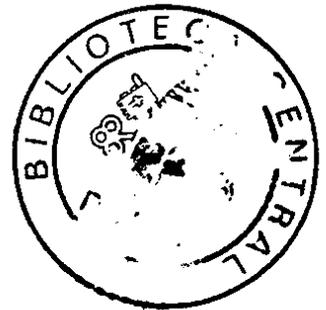


PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*



TRANSFORMAÇÃO E EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE
DIREITO E FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA

CURITIBA

2004

JUSSARA F. FIALHO

**TRANSFORMAÇÃO E EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE
DIREITO E FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Mestrado em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO

JUSSARA F. FIALHO

TRANSFORMAÇÃO E EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO E FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Mestrado em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 10 de setembro de 2004

Dedico esse trabalho aos meus filhos e marido, pela compreensão, apoio e paciência com que enfrentaram os conflitos emocionais como irritação, desânimo, explosões e constantes mudanças de humor durante o desenvolvimento deste trabalho e ainda assim em todos os momentos me estimularam a continuar. E ao Abby, meu companheiro inseparável de todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer ao Prof. Dr. Bortolo Valle, por acreditar que de um esboço rudimentar de projeto poderia sair um trabalho interessante. À Prof.^a Dr.^a Maria Olga Mattar, que com sua metodologia e doçura pessoal nos conduziu de forma paciente e carinhosa pelas sendas da sociologia ampliando nosso horizonte intelectual e acadêmico, proporcionando-nos um exemplo digno de ser seguido. Ao Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet, que com sua educação e gentileza nos fez ver alguns enganos e nos alertou para aspectos não convencionais do Direito, da lei e do Estado, suscitando-nos a alguns questionamentos que nos guiaram no desenvolvimento deste trabalho. Ao Prof. Dr. Roberto Catalano Botelho Ferraz, que com muita elegância e refinamento rompeu com certas convenções estabelecidas na forma de analisar o Direito e seu envolvimento social, para nos mostrar de forma criativa que devemos desenvolver valores que preencham a alma e o espírito, o que nos possibilita ousar na prática profissional uma ação menos fria e imparcial, e mais enriquecedora voltada a valores espirituais, permitindo-nos assim oferecer algo mais aos nossos semelhantes, em nossos relacionamentos pessoais e profissionais, forma esta que nos inspirou a realizar este trabalho sob uma perspectiva e abordagem não convencionais. Ao Prof. Dr. Roland Hasson, por sua forma doce e tranqüila de conduzir as discussões e até mesmo os conflitos, sem nunca perder a calma e manter elegantemente o mesmo tom de voz conciliador, sempre que tendo a me exaltar, lembro a imagem do professor Hasson. À Prof.^a Dr.^a Inês Lacerda de Araújo, que realizou uma verdadeira façanha epistemológica ao ministrar um conteúdo complexo como a epistemologia para uma turma de cinqüenta e cinco alunos, das mais diversas áreas e com interesses as vezes conflitantes, por sua paciência e capacidade de conciliação e por sua disposição de auxiliar-nos nas nossas tentativas de minimizar nossa ignorância filosófica.

Finalmente, meu agradecimento especial à minha orientadora Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki.

Quero fazer um agradecimento especial à Antônia Schwinden e à Léia Rachel Castellar, pelo excelente trabalho e pelo apoio moral, sem o qual não teria sido possível concluir este trabalho.

A todos o meu mais sincero muito obrigado, pois com vocês aprendi preciosas lições.

Deus é o único ser que para reinar nem precisa existir.

Baudelaire

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - TRANSIÇÃO CULTURAL E TRANSFORMAÇÃO JURÍDICA	5
1.1 ORIGENS CULTURAIS DO DIREITO POSITIVO EUROPEU OCIDENTAL	5
1.2 MODERNIDADE, ASCENSÃO CAPITALISTA E A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA....	20
1.3 SURGIMENTO E PAPEL DO ESTADO MODERNO EM FACE DO NOVO PARADIGMA	34
CAPÍTULO 2 - DIREITO E ESTADO COMO FACILITADORES DO CAPITALISMO	40
2.1 CIÊNCIA E DIREITO COMO INSTRUMENTOS DA EXPANSÃO CAPITALISTA	40
2.2 SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO OS PRINCÍPIOS QUE O INSPIRARAM....	54
2.3 AS DIVERSAS FASES PELAS QUAIS PASSA O ESTADO DESDE O SEU SURGIMENTO	59
CAPÍTULO 3 - DESLOCAMENTO DOS FUNDAMENTOS TRADICIONAIS	67
3.1 A RUPTURA COM A TRADIÇÃO E OS DESEQUILÍBRIOS PRODUZIDOS PELA NOVA RACIONALIDADE	67
3.2 DIREITO COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO ESTRATÉGICA	88
3.3 CONSEQÜÊNCIAS DO ESVAZIAMENTO DA LEGITIMIDADE PELA PERDA DO SENTIDO TRADICIONAL DA AUTORIDADE	102
CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS	114

RESUMO

Este trabalho consiste numa reflexão sobre fatos sociais e culturais que interferiram nas mudanças e transformações que o Direito vem sofrendo ao longo do transcurso histórico. Alguns fatos da nossa realidade sociojurídica nos levam a questionar o real sentido do Direito na sociedade contemporânea, bem como sobre a sua função. Neste sentido desenvolvemos uma reflexão que procura situar as razões que levaram às mudanças de concepção do próprio Direito e de sua estrutura. A pesquisa se concentrou no efeito do desenvolvimento econômico no contexto social e como esse desenvolvimento afetou o campo jurídico, até a atualidade, pois acreditamos que as maiores e mais profundas transformações no campo jurídico foram induzidas por exigências de ordem fática. Sendo uma manifestação da convivência social, o direito sofre as influências do meio social em que se desenvolve, portanto as mudanças no corpo jurídico refletem as exigências sociais que a determinaram. Em todos os momentos históricos em que o Direito deixou de equilibrar a convivência e as expectativas sociais ele passou por fases de transformação. Assim, procurou-se contextualizar algumas das transformações jurídicas em face das motivações econômicas que impulsionaram as mudanças sociojurídicas.

ABSTRACT

The present work aims at reflecting on some social and cultural facts interfering in the changes and transformations that Law has been historically going through. Some facts in our socio-legal reality make us rise some questions on the Law real meaning and function for the contemporary society. With this purpose, we reflected on the reasons why Law concept itself and its structure have gone through changes. Our research main interest is the economic development effect on the social context, and how such development has affected the Law field up to now. We believe that Law greater and deeper transformations were induced by factual requirements. As it is a manifestation of the social living together, Law is influenced by the social environment where it is developed. Therefore, the legal system changes reflected the social requirement which produced them. Law has undergone transformation phases that have changed every time Law stopped balancing social living together and expectations. Thus, we sought to contextualize some Law transformations vis-à-vis with the economic reasons which have driven forward the socio-legal changes.

INTRODUÇÃO

Direito, como manifestação da convivência social, enseja uma análise contextualizada de suas transformações. Essas, por ele sofridas ao longo da trajetória histórica, podem encontrar suas razões em fatores externos ao próprio corpo jurídico. As alterações da estrutura jurídica nem sempre foram ditadas por necessidade propriamente jurídicas, mas por necessidades do meio em que o direito se desenvolveu. Foi neste sentido que se buscou refletir sobre algumas exigências alheias ao corpo jurídico que provocaram transformações na sua estrutura e no seu sentido tradicional.

Seguindo a esteira do pensamento de autores como, Boaventura de Souza Santos e Jürgen Habermas, que atribuem à emergência do sistema financeiro e ao desenvolvimento do comércio, a origem das mudanças na estrutura social e política das sociedades modernas¹, procuraremos identificar de que forma essas mudanças na estrutura social afetaram o Direito provocando transformações no seu corpo e no seu sentido.

Para tanto, considerou-se os fatores culturais e sociais, como o desenvolvimento econômico, teriam afetado o Direito, ocasionando uma gradual e progressiva crise deontológica, a ponto de o seu dever-ser original, ligado à idéia de justiça, perdesse totalmente o sentido. Com isso, teria ocorrido uma transformação radical do Direito reduzindo-o a um conjunto sistêmico de regras que servissem de instrumento de poder. Esse processo viria a produzir a reificação do próprio Direito e culminaria na atual crise de legitimidade de suas fontes produtoras, redundando na sua total instrumentalização.

A hipótese levantada conduziu à análise que foi desenvolvida nos três capítulos, seguintes. No intuito de atingir o objetivo proposto recorreremos a uma

¹AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia**: ensaios em teoria hasbermasiana e teoria democrática. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1996. (Direitos reservados à Ed. Perspectiva, SP- Coleção Debates). p.30-31.

abordagem histórica – aqui, gostaríamos de esclarecer, que em nenhum momento nos propusemos a desenvolver uma retrospectiva histórica ou uma análise da evolução do pensamento político, até mesmo para evitarmos traições à própria história. Apenas nos valeremos dos fatos históricos como forma de identificar, no contexto social, as transformações nele provocadas, por tais fatos. No decurso da análise, recorreremos à Teoria da Ação Comunicativa, desenvolvida pelo já citado filósofo Jürgen Habermas, para procurar demonstrar que, especialmente em "sociedades de desenvolvimento tardio"², como é o caso do Brasil, o Direito acabou se transformando em instrumento de ação estratégica do Estado, que, o reduziu a servo do poder econômico.

No primeiro capítulo, analisaremos determinados aspectos do Direito medieval objetivando compreender como esse Direito foi sendo transformado para atender às necessidades ditadas pela realidade social em processo de profundas mudanças estruturais e ideológicas: - em que realidade social o comércio florescia ditando uma nova compreensão do jurídico; - o que levou ao resgate do Direito Romano pela Universidade de Bolonha. Isto porque o Direito romano reinterpretado pela escola de Bolonha constituiu uma nova fonte de autoridade que legitimou os ideais de liberdade e emancipação das categorias sociais urbanas emergentes naquele momento; - como esses novos ideais conseguiram romper com os fundamentos e valores daquela sociedade e deslocar os antigos e tradicionais fundamentos calcados no privilégio para a individualidade, desenvolvendo assim o Jusnaturalismo e uma nova racionalidade; - tal racionalidade ensejou, por sua vez, uma nova geração de direitos, que se coadunaram com as idéias liberais e com as exigências do fator econômico; - a realidade social cada vez mais complexa induziu o surgimento do Estado moderno, concebido em conformidade com as teorias contratualistas que justificaram, pelo pacto social, a transferência mediante normas constitucionais de parcela da liberdade individual para o Estado, vinculando, assim,

²O termo "sociedades de desenvolvimento tardio" é usada por Avritzer (op. cit.).

o Direito ao poder político; - nesse processo de legitimador do poder político, o Direito foi se positivando e se submetendo gradualmente à estrutura burocrática do Estado e se vinculando à idéia de finalidade e utilidade, que se traduziram, a partir de então, na sua progressiva funcionalização.

No segundo capítulo analisaremos primeiramente como o prestígio político conquistado pela atividade comercial elevou essa atividade à propulsora do relacionamento social, o que estimulou cada vez mais o seu desenvolvimento, até culminar na Revolução Industrial e no surgimento do capitalismo. Na seqüência, examinaremos como todo esse processo foi, inicialmente, estimulado pelos ideais de liberdade consagrados pela filosofia Jusnaturalista no campo do Direito e no campo religioso pela Ética Protestante, assim como o papel determinante desta no desenvolvimento capitalista. Observa-se, ainda, como o novo racionalismo se refletiu na ciência moderna, à qual foi atribuída, pelo desenvolvimento econômico, a função de promover a ordem da natureza desenvolvendo, assim, uma nova escala de valores. Por fim, como esse processo interferiu no Direito e no Estado moderno.

No terceiro capítulo analisaremos primeiramente os valores estabelecidos pela nova forma de ver o mundo ditada pelo capitalismo em franco desenvolvimento e sustentada pela Ética Protestante, o que operou a transformação de conceitos e de interpretação de determinadas atividades como o trabalho, representando uma total ruptura com as tradições. As novas interpretações e até subversão de alguns conceitos influenciaram no uso da lei, e no antigo conceito de justiça próprio do pensamento jusnaturalista. Na seqüência, analisaremos os efeitos sociais produzidos pelo liberalismo econômico e a conseqüente transformação no papel desempenhado pelo Estado. O crescimento deste como forma de coibir os desequilíbrios gerados na fase anterior resultou na crescente instrumentalização do Direito. Nesse processo o Estado ampliou seu poder e o Direito minimizou-se, afastando-se cada vez mais de suas fontes legitimadoras.

Para finalizar, fundamentada na teoria da ação comunicativa desenvolvida por Jürgen Habermas, a dissertação procura demonstrar como neste processo o

Direito se transformou em instrumento de ação estratégica do Estado exemplificando com a realidade brasileira como o Estado faz uso do Direito para interferir na sociedade sem que esta interferência redunde em benefícios sociais, caracterizando o que Habermas define como colonização do mundo da vida, e como o mundo da vida reage a essa colonização.

CAPÍTULO 1

TRANSIÇÃO CULTURAL E TRANSFORMAÇÃO JURÍDICA

1.1 ORIGENS CULTURAIS DO DIREITO POSITIVO EUROPEU OCIDENTAL

A concepção jurídica de cada sociedade é determinada pela conjunção de fatores culturais e ideológicos³ que a orientam. Neste sentido, os rumos seguidos pelo direito europeu ocidental foram determinados pelos fatores socioculturais atuantes em cada época histórica. Sob tal perspectiva, as raízes embrionárias do direito positivo atual estão enterradas na cultura medieval e em suas transformações.

A sociedade feudal que se forma a partir da queda do Império Romano é marcada pela fragmentação estrutural, que se traduzia no pluralismo social, econômico e cultural, do sistema senhorial feudal, no qual suseranos temporais e espirituais se empenhavam de forma acirrada na disputa, pelo direito de explorar cada pedaço de solo arável ou habitável e exercer autoridade sobre aqueles que viviam nesses espaços de terra, que constituíam os feudos. O direito dessa fase não foge aos efeitos desse pluralismo e fragmentação; ele o expressa de várias formas, especialmente no momento de sua aplicação. Santos citando Harold Berman, "um servo podia apelar para o tribunal da cidade em busca de proteção contra o seu amo. Um vassalo podia apelar para o tribunal da coroa, pedindo proteção contra o seu senhor. Um clérigo podia recorrer ao tribunal eclesiástico em busca de proteção contra o rei".⁴

³O termo ideologia no decorrer do texto é adotado em seu sentido amplo retirado do Dicionário Oxford de Filosofia – "qualquer sistema abrangente de crenças, categorias e maneiras de pensar que possa constituir o fundamento de projeto de ação política e social: uma ideologia é um esquema conceitual com uma aplicação prática".

⁴BERMAN (1983, p.10) citado por SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2001. p.122.

Essa realidade, marcada pela multiplicidade de fontes ejetoras de "normas"⁵ e de aplicação das mesmas, revela um jogo de poder conflituoso atuando no mesmo espaço geográfico, pois cada foco desse poder pode ter distintas interpretações das ações sociais, determinadas por perspectivas próprias, inspiradas em interesses específicos. Esse tipo de manifestação fragmentária de poder, ao invés de produzir estabilidade, acabava gerando um tipo de liberdade caótica que produzia insegurança e confusão, especialmente em quem dependia de uma solução para conflitos intersubjetivos.

No que diz respeito ao direito, a sociedade feudal encontrava-se numa situação extrema de pluralismo jurídico que, na opinião de Harold Berman, foi 'talvez a característica mais marcante da tradição jurídica do Ocidente' (1983:10). Para além do direito canônico, havia ainda o direito feudal ou senhorial, o direito real, o direito dominial, o direito urbano e a *lex mercatoria* (direito mercantil). O fato de uma pessoa poder estar sujeita a diferentes ordenamentos jurídicos conforme a situação ou sua condição, bem como a ausência de regras explícitas de delimitação dos diferentes direitos, tornam o 'sistema jurídico' complexo, pesado, caótico e arbitrário.⁶

A multiplicidade cultural que caracterizou o período feudal gerou um direito corporativo e estamental, que segue o padrão daquela sociedade fortemente hierarquizada. Em tal contexto, a individualidade da pessoa, não era reconhecida como fator suficiente para atribuir a alguém direitos; estes não eram associados à pessoa, nessa fase social, os direitos se vinculavam a grupos de pessoas e suas tradições, portanto, a idéia de indivíduo portador de direitos, não existia. Assim o direito se associava ao grupo e a posição que a pessoa ocupava neste. A idéia de direitos individuais universais – por serem enraizados na natureza humana – só

⁵A expressão norma aqui adotada foi em sentido *lato*, não querendo significar exclusivamente um conjunto escrito de regras de comportamento. Norma aqui se refere ao conjunto de hábitos que formam os costumes de uma determinada época.

⁶SANTOS, op. cit., p.121.

ganharam expressão e força no século XVII, através das idéias de pensadores como Locke, Grotius e outros.⁷

Portanto, no cenário do início da fase medieval a idéia de direitos individuais era diluída nos costumes, e não encontrava nenhum apoio para se expressar, uma vez que o direito da época se encontrava vinculado e submetido às prerrogativas estamentais.

A pluralidade da fase feudal tem suas raízes no seio do Império Romano que, pela própria vocação imperialista, abrigou sob seus domínios distintas culturas as quais posteriormente integraram e constituíram a sociedade medieval. Na fase do Império havia uma coesão, e sob a autoridade deste, boa parte dessa autoridade e coesão pode ser atribuída ao modelo jurídico romano, especialmente do *Jus Gentio*. Com a queda do Império a sociedade se fragmenta, tanto do ponto de vista organizacional quanto jurídico, pois desaparece a autoridade representada pelo "Império"⁸ que mantinha coesa, por meio de um forte sistema jurídico, a diversidade cultural que o integrava, portanto, toda autoridade do Império Romano era fundada na lei.

Toda a multiplicidade caótica, que resultou da queda do Império, formou um "sistema" sociocultural polimórfico⁹ e fragmentário, quer nos aspectos culturais da ética e dos hábitos, das antigas tribos bárbaras, quer nas suas tradições jurídicas. Mas, a par da multiplicidade étnica e cultural do período medieval, encontrava-se a Igreja, nessa fase histórica teve um papel preponderante nessa sociedade tanto no aspecto social quanto no jurídico:

⁷Sobre a origem dos direitos do indivíduo ver GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.xxxi-xxxv.

⁸Sobre autoridade da legislação romana, do *Jus Gentium* e codificação de Justiniano TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine. **Direito e ascensão do capitalismo**. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. (Traduzido da primeira edição, publicada em 1977) p.33-35.

⁹Multiplicidade cultural e jurídica resultante da queda do Império e a conseqüente polimorfia dela resultante, ver WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

...era a força espiritual de longe mais importante; era, ao mesmo tempo, a mais coerente e a mais extensa organização social da idade média, em termos gerais. A importância desta ordem jurídica ultrapassa de longe as fronteiras de uma história do direito privado e não pode ser aqui descrita em sua totalidade.¹⁰

Portanto, a concepção jurídica medieval foi calcada na dicotomia da ordem jurídica canônica e da ordem jurídica temporal, "separação que se manifesta na distinção entre legalistas e canonistas, na distinção entre *jus civile* e *jus canonicum*".¹¹ Um dos pontos relevantes na distinção dessas duas ordens é o de que a Igreja salvaguardava a tradição da escrita, da redação documental, ao contrário do direito profano que era consuetudinário.

No decurso do século XI ocorre um movimento cultural geral, no qual se desenvolveram as raízes da formação da ciência jurídica moderna. "Nesse período a Europa Ocidental passava por profundas transformações políticas e econômicas."¹²

"O que é certo, porém, é que o progresso urbano originou um ambiente comercial progressivo, que colocou novas exigências à compreensão intelectual das matérias jurídicas na administração da justiça, na atividade consulente, na prática da advocacia e do notariado; certo é ainda que esse progresso impulsionou poderosamente a consciência de si, no domínio político e a formação de uma cultura literária profana. Se este último fato incentivou o recurso à tradição romana, o primeiro fez crescer as necessidades de uma expressão oral e escrita precisa e de rigor nas concepções jurídicas".¹³

Nesse contexto, floresciam política e economicamente as cidades do norte da Itália e, entre elas, Bolonha se destacou por ser o berço do *studium civili*, "...que nasceu da decisão da comuna de criar uma escola de artes, com professores pagos pela cidade, para a formação de funcionários públicos como síndicos, procuradores, notários e advogados".¹⁴ O *studium civili* bolonhês representa um marco político-

¹⁰WIEACKER, op. cit., p.67.

¹¹WIEACKER, op. cit., p.68.

¹²MEHREN, Arthur Von; GORDLEY, James. **The Civil Law System. An Introduction to the Comparative Study of Law.** Boston: Little Brown & Co, 1977. p.7 citado por WIEACKER, op. cit., p.47.

¹³WIEACKER, op. cit., p.40.

¹⁴WIEACKER, op. cit., p.41.

sociológico no final do século XI. Por ser uma *universitas scolarium*, isto é, uma corporação de intelectuais profanos, ao contrário das demais universidades da Europa ocidental (Paris, Oxford) que eram corporações integradas na hierarquia da Igreja, ela representa para o direito a sua libertação do primado da teologia. Essa libertação constitui um marco decisivo na evolução do direito europeu, pois permitia ajustar o seu ensino às necessidades das atividades econômicas "o ensino propedêutico das artes dava diretamente acesso ao ensino visando as necessidades profanas das novas gerações".¹⁵

Foi no espírito propedêutico das artes que se ajustavam às necessidades seculares (profanas) das atividades comerciais em franco desenvolvimento, que ocorreu,¹⁶ no final do século XI, a partir da Universidade de Bolonha, o renascimento jurídico, representado pelo resgate do direito erudito, pelo *magister artium Imérius*, que começou a ensinar o *Corpus Juris Civilis*. Inicialmente o direito erudito foi ensinado na Universidade de Bolonha apenas como uma disciplina acadêmica, isto é, como conhecimento disciplinar. Somente mais tarde, quando começou a ser aplicado como direito residual, é que se transformou em um poder-saber dotado de autoridade.¹⁷

O novo saber jurídico desenvolvido pela reinterpretação e adaptação do direito romano às condições culturais das ricas cidades do norte da Itália assumiu

¹⁵WIEACKER, op. cit., p.46.

¹⁶Wieacker, com base em Schönfel, considera que o desenvolvimento cultural do norte da Itália não foi acidental ou aleatório, mas decorreu da conjunção de fatores históricos, culturais e sociais. "...A elaboração da 'vulgata' do *Digesto* não ocorreu na Itália do norte por mero acaso. Na verdade, coincidiram aí particulares condições culturais. Apenas na Itália tinha estado acessível o *Corpus Iuris*, através da passageira reconquista de Justiniano e do domínio bizantino no sul. Precisamente aí se verificava também um fértil campo de tensão entre a tradição romana, o direito popular de um grupo étnico com um talento jurídico especialmente pronunciado, e ordens jurídicas locais fortemente diferenciadas, tensão que incitava a uma contínua comparação e a uma elaboração metodológica. E, finalmente, estava-se em território do império, em que o código justinianeu se podia reclamar quer dos ideais universais de Roma, do império e da cúria, quer dos ideais nacionais das cidades lombardas, orgulhosas e autonomistas. **Associado a todas essas condições aparecia o florescimento econômico das cidades dessa região**". (grifo nosso)

¹⁷Ver nesse sentido SANTOS, op. cit., p.123.

um caráter de autoridade,¹⁸ que se alastrou por toda Europa, levando nos séculos seguintes ao surgimento da nova categoria social, a categoria do jurista.¹⁹ Esta passou a partir de então a monopolizar a administração pública e o sistema judicial europeu, pois eles empreenderam um esforço para adaptar o direito erudito à uma aplicação prática na realidade social européia do desenvolvimento comercial, ao contrário dos glosadores, que desenvolviam um trabalho apenas de interpretação do *Corpus Iuris* e de textos que, muitas vezes, encontravam pouca aplicação em toda Europa. Os glosadores se detinham em preocupações de interpretação gramatical, que não continha em si a preocupação com a aplicação do direito romano "...a preocupação era com uma gramática jurídica, não com o direito realmente aplicável nos vários domínios"²⁰. O novo enfoque gramatical, desenvolvido pelos glosadores, criou um vácuo jurídico, o qual acabou sendo ocupado por uma nova categoria de profissionais do Direito – o jurista –, que se viu, por força das contingências, obrigado a dirigir e a dominar tecnicamente a vida jurídica de sua época, acabando por expressar os seus métodos no corpo prático e aplicável do direito, influenciando, assim o surgimento do Direito burguês e a prática do direito até a atualidade.²¹

O prestígio alcançado por essa forma de poder-saber, desenvolvido no século XII, residiu no fato de que o resgate do *Corpus Iuris* não se respaldou unicamente num interesse técnico-científico, mas, para além disso, representou um fundamento mais seguro para uma nova ética político-social, de uma sociedade em processo de profundas transformações numa época determinada.²² Em especial, a

¹⁸Quanto a "autoridade" ver WIEACKER, op. cit., p.48.

¹⁹Ver SANTOS, op. cit., p.123.

²⁰WIEACKER, op. cit., p.78.

²¹Ver WIEACKER, op. cit., p.78.

²²Nesse sentido ver WIEACKER, op. cit., p.45 e SANTOS, op. cit., p.123.

recepção do direito romano representou uma forma de racionalização da vida social, pois possibilitou a unificação do direito num corpo único de leis, fugindo assim da fragmentação do direito costumeiro e dos princípios canonistas. A influência da reinterpretação do direito romano pela escola de Bolonha, não se restringiu ao direito europeu continental, alastrou-se até a Europa insular fazendo-se sentir também no Direito inglês conforme se depreende da citação a seguir:

...as investigações históricas alcançaram à evidência que a Magna Carta não foi um código original na Inglaterra porquanto, "desde 1213 o arcebispo Langton, cérebro da conspiração, despertara grande entusiasmo, reunindo secretamente os barões" – vide mesmo autor "os barões pouco versados em letras" – para ler-lhes a velha Carta de Henrique I, que todos haviam esquecido e que garantia o respeito dos direitos e costumes dos súditos.

Mas é admissível um recuo histórico além de Henrique I, pois o Prof. Hersílio de Souza, num estudo sobre "O Direito Romano nos Códigos da Europa", vai buscar no Lácio a ascendência da carta de franquia britânica, afirmando: - "Assim a Magna Carta, de que os ingleses tanto se orgulham e que realmente num dos seus artigos prescrevia, já naquele tempo, que nenhum homem seria privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o julgamento de seus pares e disposição da lei nacional, - essa Magna Carta teve por principal redator um doutor da Universidade de Bolonha, portanto, do direito romano".²³

O novo corpo de normas seculares, desenvolvido a partir da Universidade de Bolonha, pela reinterpretação e aplicação prática do antigo direito romano, ofereceu os fundamentos de uma nova visão jurídica mais técnica e neutra em relação às formas anteriores. Essa nova forma de erudição, inaugurada pela recepção do direito romano na cultura jurídica medieval, constituiu uma forma de autoridade moral sobre a qual foi possível respaldar os interesses progressistas e o projeto emancipatório da classe social nascente, pois desenvolvia uma forma de

²³ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. – São Paulo: Edições Melhoramentos, s.d. p.117. O autor ainda na página 117 faz uma alusão a origem do *habeas-corpus* referindo-se ao estudo do Prof. Hersílio de Souza – "E assim é, que o *habeas-corpus*, a mais eficaz e pronta garantia, que se supõe ter o povo inglês descoberto para felicidade do gênero humano civilizado, já encontra suas raízes no Dig. 4.4. Tit. 29l.l., pelo interdito de *homine libero exhibendo*, por força do qual conforme explica Ed. Cuq, o pretor ainda protegia a liberdade do cidadão, de qualquer modo violada, sem prejuízo do respectivo processo criminal e que servia também para defender o exercício do pátrio poder dominical".

regulação jurídica que reforçava esses interesses "numa sociedade na qual ela não dominava, nem política nem ideologicamente".²⁴

Por sua natureza laica, a Universidade de Bolonha representa juntamente com os burgos uma unidade corporativa que se destaca e diferencia das demais hierarquias estamentais da sociedade medieval. Na Europa do século XI a Igreja, representava a organização mais estável e coerente, não só por sua tradição salvaguardada no uso da escrita, como também pela tradição na sistematização de documentos, tanto de origem romana quanto de origem canônica.²⁵ Especialmente a sistematização conferia uma noção de autoridade que se baseava na "crença da validade universal e na justeza intemporal do direito romano".²⁶ Até a recepção do direito romano pela Universidade de Bolonha, o Direito Canônico, que também se respaldou no direito romano, representou um modelo de sistema jurídico estável e confiável pela sua estrutura sistêmica e escrita. Talvez por isso sua jurisdição abrangesse matérias que hoje são tuteladas pelo Direito Privado, que, por sua vez, foi buscar no Direito Canônico seus fundamentos iniciais.²⁷ Nessa fase, cabia à ordem jurídica da Igreja tutelar relações, que hoje são tuteladas pelo direito privado, como relações do direito de família, testamentos, direitos sobre imóveis e sobre móveis, além do direito das pessoas coletivas eclesíásticas e das fundações. A par da autoridade dos tribunais canônicos, subsistiam os demais tribunais,²⁸ mas esses tribunais não gozavam do mesmo prestígio dos tribunais eclesíásticos, pela própria estrutura estamental e pela forma de direito consuetudinário que se baseava nos hábitos das antigas tribos bárbaras.

²⁴SANTOS, op. cit., p.122.

²⁵Ver TIGAR e; LEVY, op. cit., p.114-115.

²⁶WIEACKER, op. cit., p.79.

²⁷Sobre o desenvolvimento de um princípio de subsidiaridade ver WIEACKER, op. cit., p.76.

²⁸Já referenciados citação p.5.

A realidade jurídica da sociedade medieval com sua multiplicidade e fragmentação não comportava em suas estruturas o novo segmento social em expansão, formado pelas categorias dos mercadores e dos artesãos urbanos. Isso porque as atividades laborais desenvolvidas por essas pessoas fugiam dos padrões econômicos e culturais, até então, vigentes naquela sociedade. Essas pessoas não se encaixavam especialmente no sistema de propriedade, e o sistema jurídico desconhecia, até aquele momento, como atividades profissionais, o artesanato e o comércio. A realidade social medieval era de natureza estamental, pois se constituía de corporações laicas e eclesiásticas que dominavam um sistema de propriedade adquirida por direito hereditário e uma economia de natureza agrícola, na qual não havia um espaço para as novas categorias sociais que desenvolviam atividades de natureza urbana. Portanto, esses novos segmentos sociais ocupavam uma situação inicialmente deslocada e marginal na estrutura social da Idade Média. Isso induziu as jovens categorias econômicas a buscarem formas e instrumentos que lhes possibilitassem a sua inserção na realidade social em que se desenvolveram. Mesmo na Inglaterra onde desde tempos remotos se desenvolveu uma ancestral²⁹ tendência democrática, fez-se sentir a necessidade de acomodar e reconhecer em sua estrutura social a expansão urbana provocada pelas novas atividades econômicas, como o comércio e o artesanato. Desde a fase de dominação romana, as novas classes sociais oriundas do surto econômico que já se fazia sentir por volta de 140 a.C. foram responsáveis pelo desenvolvimento de cidades como Londres. Na verdade o que acabou despertando o interesse dos romanos pela ilha que redundou na invasão, foi sua riqueza. Empreitada esta que só logrou obter sucesso cem anos depois da aventura fracassada de César. Os hábitos introduzidos pelos romanos acabaram se traduzindo na expansão econômica motivada pelo comércio marítimo responsável pela

²⁹Neste sentido ver MORAES, Emanuel de. **A origem e as transformações do Estado**. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p.31-47.

exportação "de chumbo, possivelmente de cobre, de grãos, de madeira outras riquezas produzidas nas ilhas"³⁰

Inicialmente, o desenvolvimento econômico não foi suficiente para elevar os seus responsáveis a uma classe reconhecida e com os mesmos direitos das classes que dominavam politicamente, tanto a sociedade européia insular, quanto a continental. Inicialmente essas classes não dispunham de nenhum instrumento jurídico que lhes assegurasse a sua própria atividade. Assim, os novos segmentos sociais tanto da Europa continental, quanto da Europa insular viram-se compelidos, também, a se corporificar para poder melhor enfrentar a desigualdade de condições com os setores sociais dominantes até então. O espírito corporativo que os uniu desde o início foi impregnado pelo compromisso mútuo que caracteriza qualquer pacto,³¹ e revelou uma ética fundada em comprometimentos voluntários. Esse tipo de comprometimento nasceu da necessidade de sobrevivência em um ambiente hostil. De certa forma esse fundamento baseado no compromisso inspirou também as teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII que acabaram servindo de base para fundamentar o poder político no Estado moderno.³²

Portanto, os ideais que moviam o novo segmento social foram respaldados na prática judicial, que se desenvolveu com o movimento intelectual iniciado na Universidade de Bolonha no final do século XI, representado pelo resgate e pela reinterpretção do *Corpus Iuris Civilis*. O método expositivo da escola de Bolonha ligava-se à tradição do ensino trivial. Esse tipo de ensino se fundava:

³⁰Ver expansão econômica e sua influência nas estruturas sociais e políticas (MORAES, op. cit., p.50).

³¹Sentido e origem dos pactos e juramentos burgueses, ver TIGAR e LEVY, op. cit., p.91 e segs.

³²O contratualismo será abordado no segundo capítulo 2.2.

...nas figuras de explicação e de raciocínio elaboradas originariamente pela lógica, gramática e retórica gregas, aplicadas inicialmente pelos eruditos alexandrinos à exegese dos textos filológicos; a glosa gramatical ou semântica, a exegese ou interpretação do texto, a concordância e a distinção. Os neo-platônicos transferiram este método para os textos filosóficos, os padres da Igreja para as fontes escriturais e os professores bizantinos de direito dos séculos IV a VI para os escritos dos juristas clássicos.³³

Essa forma de exegese gramatical era familiar aos juristas de Bolonha, pois eles contavam com o respaldo intelectual de fontes eruditas, que lhes permitiram reinterpretar o antigo direito romano adaptando-o às novas exigências de uma sociedade em transformação. A partir daí tornou-se mais fácil confrontar o modelo jurídico medieval, com as novas aspirações progressistas que tomavam forma na sociedade medieval. O modelo jurídico dessa época era baseado exclusivamente na idéia de *status* social das categorias – nobreza e o clero – que exerciam o poder naquela sociedade. Nesse sistema, social e jurídico, os direitos subjetivos estavam intimamente ligados à posição da pessoa na família e no grupo social do qual fazia parte. A própria idéia de direito subjetivo era embaçada pelos direitos corporativos que se sobrepunham de forma hierárquica e arbitrária.

Assim, as concepções jurídicas desenvolvidas na universidade de Bolonha ofereceram o suporte intelectual para a nova categoria de pessoas que se desenvolve por meio de atividades laborais, as quais exigiam liberdade de ação e de locomoção e, portanto, não podiam se sujeitar às hierarquias, pois seus ideais clamavam por uma ordem social e jurídica mais liberta dos antigos grilhões familiares ou de ordem religiosa. A partir daí o novo segmento social formado pelos mercadores e pequenos artesãos passou a perseguir este objetivo. Sob esta nova perspectiva antigos privilégios concedidos à nobreza foram pouco a pouco sendo solapados. Exemplo disso são os prazos e as formalidades para o cumprimento das obrigações: os nobres tinham direito a um prazo de quinze dias para cumprir o acordo após o pedido de pagamento, já os demais tinham direito de apenas sete dias; aqueles possuíam

³³WIEACKER, op. cit., p.47.

sinetes e, por isso, podiam firmar contratos sem a intervenção de um tabelião ou servidor real.³⁴ Essas prerrogativas estamentais concedidas a determinadas pessoas passaram a ser combatidas, pois contrariavam os ideais emancipatórios e de igualdade e liberdade das novas classes econômicas em ascensão.

A falta de um sistema jurídico coerente e uniforme poderia até representar uma forma de liberdade,

mas esse tipo de liberdade caótica em certas situações tornava-se arbitrária e não satisfazia as necessidades de liberdade pela qual ansiava a nova classe mercantil urbana, pois ela não era exercida numa rotina igual a das transações efetuadas pelos mercadores, que exigiam proteção contra ingerências arbitrárias que se traduziam na insuficiência de garantia contratual – a liberdade contratual deveria ser complementada pela garantia contratual.³⁵

Embora fosse pacífico o entendimento, tanto no direito romano quanto no canônico, de que o contrato deve ser cumprido, e isso constituísse um princípio fundamental, até o século XIII não existiam mecanismos judiciais que assegurassem o cumprimento dos contratos; somente a partir daí é que as escolas de direito, sob a influência dos comentaristas, passaram a desenvolver a idéia da "causa ou capote",³⁶ que conferia à parte lesada pelo rompimento do acordo a possibilidade de processar o ofensor.

À medida que o comércio vai gradualmente se impondo como atividade econômica, acaba assumindo uma importância que transcende ao campo econômico para se transformar em agente cultural e político:

têm todos que concordar que, outrora, os vários povos do mundo comunicavam-se muito pouco entre si, não havia relações entre Estados, pessoas se reuniam apenas para fazer a guerra, isto é, para se exterminarem mutuamente. É a esses antigos tempos que o autor de o Espírito das Leis atribui os 'insensatos direitos de reversão de terras aos senhores feudais e de salvados de naufrágios' 'Os homens', escreveu ele, 'pensavam que os

³⁴Privilégios da nobreza ver TIGAR e LEVY, op. cit., p.149 e segs.

³⁵SANTOS, op. cit., p.122.

³⁶TIGAR e LEVY, op. cit., p.154.

estrangeiros não estavam ligados a eles por qualquer elo do direito civil; nada lhes deviam, por um lado, no que tocava a justiça; e por outro, nada de compaixão para com eles'. O comércio no entanto, em seu desenvolvimento, curou-nos desses preconceitos bárbaros e nocivos. Uniu e aproximou os homens de todos os países. A bússola abriu o universo. O comércio civilizou-o.³⁷

A abertura do Mediterrâneo que proporcionou a expansão da atividade mercantil também transformou as pessoas que se dedicavam a essa atividade em uma nova classe, que ascende de uma situação inicialmente marginal para uma situação de domínio social, e que foi capaz de romper com as tradições hierarquizantes da sociedade medieval e desencadear novas concepções de vida e de mundo. Seus interesses progressistas lhes atribuíram o papel de agentes transformadores, pois coube a eles "desenvolver um extenso projeto cultural e político de emancipação social".³⁸ Assim, a nova classe ascende da marginalidade para o centro do cenário social, transformando-o completamente no decorrer dos séculos seguintes.

Mas para realizar tal projeto impunha-se a necessidade de um corpo jurídico mais coeso e sistêmico, pois as discrepâncias do sistema jurídico feudal não favoreciam o desenvolvimento das atividades mercantis.³⁹ A revolução econômica, ocasionada pela expansão comercial e das atividades artesanais, exigiu uma nova compreensão intelectual das matérias jurídicas. Possivelmente, como afirma Wieacker,⁴⁰ a vida econômica não teria precisado do Direito romano, e, portanto, esta não conduziu diretamente a criação de uma ciência jurídica, mas certamente influenciou a concepção de sistema jurídico vigente nesse momento histórico, abrindo-se, dessa forma, o caminho para novas perspectivas e interpretações mais ajustadas a uma sociedade com fortes tendências progressistas.

³⁷TIGAR e LEVY, op. cit., p.250.

³⁸SANTOS, op. cit., p.123.

³⁹Já referidas na citação p.8.

⁴⁰Nesse sentido, ver WIEACKER, op. cit., p.40.

É sob o signo emancipatório das exigências mercantilistas que o fragmentário e caótico sistema jurídico feudal começa a ceder espaço para um direito mais condizente com a nova realidade social. O prestígio do novo ideal jurídico introduzido pela recepção do Direito romano representava, segundo os Glosadores e Comentadores, um misto de autoridade e de razão que se ajustavam perfeitamente aos ideais de autonomia e liberdade do novo segmento social surgido com o desenvolvimento mercantil – "as exigências práticas de regulação estavam subordinadas à experiência racional que, por sua vez, longe de ser apenas um produto técnico com fins instrumentais, constitui a procura de uma nova ética política e social ajustada aos novos tempos e aos novos ideais de autonomia e liberdade".⁴¹

O ideário de liberdade, já expresso no século XIII, na Magna Carta inglesa, sofreu também a influência burguesa oriunda das cidades ou burgos, algumas antiqüíssimas, pois existiam desde os tempos romanos, estes burgos exerceram um papel determinante para o desenvolvimento do novo ideário de liberdade que começava a se expressar em formas legislativas. Pois, guardavam a noção de *seff government*, e mesmo constituindo uma minoria em relação à população do campo "burguesia do campo"⁴² tiveram um papel fundamental na elaboração daquele emblemático documento político, que viria mais tarde a ser considerado por muitos como o precursor do constitucionalismo moderno.

Os burgos se projetaram por seu crescente prestígio comercial e a opinião de seus habitantes passou a ter peso nas decisões político-administrativas. Sobretudo os de Londres, calculados – já no século XIII – entre trinta mil e quarenta mil, o que dava à cidade dimensões extraordinárias para a época. A respeito destes, pondo em destaque o seu espírito de reação ao sistema feudal e à opressão monárquica, comenta Petit-Dutaillis: "Os orgulhosos burgueses de Londres, comumente chamados os grandes barões da cidade, e que participavam, conforme o caso, das assembleias da *curia regis*, eram perpétuos queixosos. Em 1215, considerando os seus direitos violado, uniram-se aos barões para obter a Magna Carta."⁴³

¹SANTOS, op. cit., p.123.

²Ver MORAES op. cit., p.237.

³MORAES, op. cit., p.241.

Portanto, o processo de transformação da estrutura social medieval foi ocasionado pelo processo de transformação econômica que acabou determinando as transformações no corpo jurídico do mundo ocidental. O mercantilismo e o direito ocupam um papel de destaque, pois foram os agentes da mudança social. A expansão mercantil que se iniciou com a reabertura do Mediterrâneo, no início do século XI, proporcionando a expansão da atividade mercantil, também transformou, especialmente, as pessoas que se dedicavam às novas formas econômicas. O comércio e o florescimento econômico despertaram uma consciência nova, tanto no aspecto individual quanto no aspecto coletivo, pois, possibilitaram que os véus que encobriam os privilégios estamentais fossem arrancados, expondo e clarificando uma nova dimensão de direitos – os direitos individuais – que se encontravam encobertos por esses véus. A consciência dos direitos subjetivos associados à individualidade do ser humano, pode ser considerada um marco que ocasiona a ruptura da ordem feudal e possibilita o desenvolvimento do humanismo, que propiciará o início de um novo período histórico repleto de novas promessas de autonomia e emancipação individual e coletiva.

A expansão mercantil, que se iniciou numa sociedade fragmentada, seja do ponto de vista cultural, seja do ponto de vista político, marcou de forma indelével e definitiva a sociedade européia, pois tanto o poder quanto o sistema jurídico, difusos e corporativos, conseguiram impedir a transformação da sociedade e de seu modelo econômico. Apesar das dificuldades estruturais e culturais, as novas atividades econômicas vão gradualmente se impondo e transformando o meio social, até culminar na sua completa modificação, quer em termos estruturais, quer em termos ideológicos. Nesse processo histórico, o jurídico representou mais do que um meio para a conquista de prerrogativas e privilégios até então inexistentes, ele contribuiu para a transformação social e para fundamentar uma nova concepção de mundo. A nova consciência jurídica daí emergida possibilitou um avanço na perspectiva dos direitos subjetivos que irão marcar o direito desta fase em diante. Essa pode ser considerada, a fase embrionária, das liberdades públicas e do Direito Público. Foi justamente, essa nova concepção de mundo possibilitada pela expansão

econômica, que inaugura a idéia de liberdade.⁴⁴ Essas idéias, que ao longo dos séculos foram, gradualmente, se expandindo pela Europa ocidental, no século XVIII, se cristalizaram nos movimentos revolucionários que consolidaram os direitos políticos e a idéia de limitação aos abusos no exercício do poder.

Ao mesmo tempo em que o direito passou por metamorfoses profundas no decorrer dessas mudanças, desempenhou um papel fundamental como agente transformador, pois representou um meio idôneo e legítimo para traduzir os novos ideais libertários contidos no projeto progressista do novo segmento social, viabilizando assim também um novo modelo econômico iniciado com a expansão mercantilista.

1.2 MODERNIDADE, ASCENSÃO CAPITALISTA E A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA

A nova categoria de pessoas, que acabou sendo definida e conhecida na atualidade como a burguesia,⁴⁵ teve um papel determinante nas transformações

⁴⁴ Neste sentido ver MORAES, op. cit., p.242; ver também GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios do direito político moderno**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.13-14.

⁴⁵A definição e o sentido do termo burguesia foram retirados do Dicionário de Política – "Burguesia como 'categoria espiritual' – Originariamente o termo burguesia, cuja raiz se encontra no vocábulo latino medieval *burgensis*, caracteriza os habitantes do burgo, da cidade. Temos, assim, derivações nas diferentes línguas: *Bürger* na Alemanha e posteriormente *bourgeois* na França, que se tornará apelido de uso comum após a Revolução Francesa. Na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, o habitante da cidade adquire uma configuração típica de classe: afirma-se como artesão, como comerciante, como pequeno e médio proprietário rural ou imobiliário, **como representante da lei** e, enfim, como 'capitalista'. É mediante o burguês e a classe a que ele pertence, a Burguesia, que se dá a acumulação inicial de capital que, nos países mais avançados da Europa ocidental, possibilitará, no decorrer do século XVIII, a decolagem da Revolução Industrial. (grifo nosso)

O processo pelo qual o mundo burguês se contrapõe com violenta determinação às antigas estruturas de origem feudal predominantes na Europa, de acordo com o regime que após a Revolução será logo definido como *Ancien*, é bastante profundo e se fundamenta na economia. Existem, todavia, inúmeras tentativas para caracterizar a protagonista desse processo, a Burguesia, como categoria espiritual. Os moventes de sua ação não seriam de ordem econômica, mais tarde amplamente esclarecidos a nível teórico nas doutrinas liberais, e sim fruto de um determinado tipo de mentalidade religiosa, de fé em alguns 'valores' típicos, tais como a parcimônia, o espírito de grupo mesmo na defesa de um sólido individualismo, o rígido puritanismo e o estrito cumprimento de normas éticas e comerciais, não tanto por estarem escritas e sim por terem entrado nas convenções (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Coord. tradução: João Ferreira; revisão geral: João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Caçais. São Paulo: Ed. Universidade de Brasília, 2002. v.1. p.120).

sociais, científicas e filosóficas que marcaram a modernidade e propiciaram o desenvolvimento capitalista. A ascensão dessa nova classe, que se deslocou da marginalidade social no início do período medieval para ocupar o centro do cenário social como classe dominante a partir do século XVII,⁴⁶ constituiu um fator determinante no processo de mudança social, pois são eles que desenvolvem uma nova consciência social e a transmitem às gerações seguintes, determinando as transformações que marcaram a sociedade ocidental. Uma das marcas caracterizadoras da nova classe social é a de respaldar suas ações em instrumentos jurídicos.

O respaldo no jurídico, conferiu às reivindicações burguesas uma autoridade que lhes facilitou sua imposição, tanto no campo econômico quanto no campo social, representada pela gradual e inexorável perda de poder do clero e da nobreza, até a sua decadência como classes dominantes. O sucesso do novo ideal burguês fundamentou-se em reivindicações que inauguraram uma nova forma de poder. Essa nova forma de poder se distinguia da antiga por não mais se fundar no privilégio das tradições jurídicas medievais. O Direito Medieval concebia o direito subjetivo como um conceito de privilégio – "as prerrogativas eram concedidas aos 'estamentos' ou 'ordens' em torno das quais se organizava a sociedade européia até a Revolução Francesa".⁴⁷ Embora a burguesia não tenha fugido totalmente ao modelo corporativo, ela o adotou a partir de outro pressuposto, pois rompeu com os critérios da consangüinidade e de propriedade da terra para integrar a ordem social, recorrendo a critérios normativos – suas ordens, as corporações eram formadas por laços de afinidade profissional e estruturadas de forma normativa – por estatutos. Esses estatutos deram origem às primeiras normas positivas do moderno Direito Comercial.

⁴⁶Ver LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução: Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p.vii. (Coleção Os Pensadores)

⁴⁷LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.121.

A ruptura do modelo hierarquizado medieval ocorre no momento em que a concepção marcada pelos direitos estamentais ligados ao privilégio se desloca para os direitos do homem ligados à personalidade, pois estes novos direitos, vinculados ao sujeito, encontram seu fundamento no individualismo⁴⁸ – e se caracterizam pela tendência de ver no indivíduo, na sua subjetividade, o dado fundamental da realidade. Para o individualismo, a liberdade representa a faculdade de autodeterminação de todo o ser humano. Essa nova concepção é determinante para a construção do conceito de direito subjetivo que fundamenta o Direito Moderno e de todo o seu arcabouço jurídico, o que constitui, na definição de Celso Lafer, as três gerações de direitos que vieram a favorecer a ação do indivíduo na busca da sua realização material e pessoal.

O individualismo que se traduz no reconhecimento e na consolidação dos direitos individuais de liberdade, dos séculos XVII e XVIII, abre um vasto e extenso processo de racionalização do campo social que é marcado pela secularização. A nova *ratio* secular se revela no Direito Natural laicizado. Grotius a concebia como uma nova ética social secular que se emancipou da teologia.⁴⁹ Segundo Grotius, essa nova racionalidade era universal, pois se fundava num elemento considerado comum a todos os homens – a sua capacidade intelectual, a razão – por conseguinte universalmente aplicável. O apelo à razão deveria ser o fundamento do direito, por isso mesmo aceitável por todos, por ser comum aos homens independentemente de suas crenças religiosas. Segundo Lafer, esse processo de secularização culmina com o *sapere aude* kantiano,⁵⁰ do uso autônomo da própria razão, que pode produzir a *Ilustração* e a maioria dos homens, e sustenta a reivindicação da liberdade de pensamento.

⁴⁸Ver BLACKBURN, Erhard. The Poverty of Evolutionism. A Critique of Teubner's Case for Reflexive Law. *Law and Society Review*, 1984. p.201.

⁴⁹Ver SANTOS, op. cit., p.125; ver também GOYARD-FABRE, *Os fundamentos...*, op. cit., p.xxiii.

⁵⁰LAFER, op. cit., p.121.

Desde a aurora das reivindicações da classe burguesa um longo trajeto histórico foi percorrido no qual o pensamento influenciou e foi influenciado por fatores de ordem material. Nosso objetivo aqui não é fazer a genealogia do pensamento político no decorrer de tais transformações, mas destacar alguns pontos essenciais dessa evolução para elucidar as transformações que redundaram no aparecimento do "Direito Público" ou "Político"⁵¹. O seu surgimento decorreu da necessidade organizacional e de racionalização da convivência social que foi se tornando cada vez mais complexa no decurso das transformações históricas⁵². Aqui se fizemos um atalho histórico, foi porque o nosso foco se concentra em fatos que de alguma forma determinaram as mudanças e não, especificamente, na evolução do pensamento político.

A nova racionalidade laica, iniciada com a recepção do direito romano e amadurecida pelo pensamento racional, irá encontrar na Reforma Protestante os fundamentos necessários para a ruptura definitiva do modelo hierarquizado anterior, "a questão da realização pessoal do indivíduo foi influenciada pela Reforma que marcou a presença do individualismo no campo da salvação, representando a ruptura da concepção hierárquica de vida no plano religioso, pois a reforma trouxe a preocupação com o sucesso no mundo como sinal da salvação individual".⁵³

⁵¹O "direito político" o "público" é o conjunto de regras que estrutura o aparelho da potência dos estados, tanto no plano interno como no trato jurídico internacional. A existência do direito político significa que a política não se reduz a simples relações de forças e que "potência" não é "poder". A potência é apenas um dado factual que se expressa de maneira empírica e contingente. O poder político – Potestas e não potentia – é uma construção jurídica, tanto é que seu exercício obedece a princípios e a regras que lhe impõem restrições e limites. Se a potência é força e, às vezes, violência, o Poder político implica a ordem de direito erigida por um conjunto de vínculos institucionais. O "direito político" é precisamente constituído pelas normas que regem a organização institucional da política e seu funcionamento no âmbito por elas determinado e delimitado". (GOYARD-FABRE, *Os princípios...*, op. cit., p.2).

⁵²Neste sentido ver GOYARD-FABRE, *Os princípios...*, op. cit., p.3; Ver SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: o que é o terceiro estado?** Pref. de José Ribas Vieira. Tradução: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. p.90.

⁵³LAFER, op. cit., p.121.

A mudança conceitual da idéia de sucesso individual no mundo inserida pela Reforma foi determinante na questão do desenvolvimento econômico, pois o primeiro direito individual reivindicado foi o da liberdade de opção religiosa, que legou os ideais de liberdade expressos na Declaração de Direitos dos Estados Americanos e que mais tarde inspiraram a Declaração Francesa. As colônias americanas se formaram pelos puritanos que buscaram esse tipo de liberdade, e ao lutarem contra a Coroa Inglesa aplicaram-na à sua prática governamental.⁵⁴

A reivindicação à liberdade individual e coletiva, possibilitada pela racionalidade do individualismo, apoiou-se essencialmente na convicção de coibir os abusos de poder, notadamente os abusos cometidos pelas instituições, especialmente na Inglaterra que, no século XVII, já buscava de forma mais convicta a experiência liberal. Enquanto na Europa continental a Inquisição ainda exercia seus poderes e espalhava terror, a exemplo das possuídas de Loudun,⁵⁵ que neste caso contou com a cumplicidade do cardeal Richelieu. Isso revela a contraposição entre o pensamento inglês e o pensamento francês:

Os pensadores ingleses, em contraposição à sociedade francesa, que se deslumbrava com munificência de Luís XIV (o Rei-Sol 1638-1715), se questionavam, a cerca de como organizar a sociedade sob um outro princípio que não o do poder. Assim formulavam seus ideais por contraste: o poder do direito divino na França; o contrário, ou seja, o direito de empreender do outro lado da Mancha.⁵⁶

Essa preocupação com o Direito de empreender dos ingleses denotava de forma clara a sua aversão ao despotismo e abuso de poder, que já se manifestavam no plano material, desde o século XIII com o advento da Magna Carta, revelando a tendência inglesa liberal e o seu apreço pelo mercado.

⁵⁴LAFER, op. cit., p.121.

⁵⁵Caso famoso de posseção diabólica coletiva, ocorrido na terceira década do século XVII, envolvendo freiras de um convento da cidade francesa de Loudun (GAUDIN, Thierry. **Economia cognitiva**: uma introdução. Tradução: Paulo Anthero S. Barbosa. São Paulo: Beca Produções Culturais, 1999. p.36).

⁵⁶GAUDIN, op. cit., p.36.

O liberalismo veio expressar e consubstanciar convicções que se originaram na "pré-história política" inglesa; a Magna Carta representa o primeiro momento de materialização do espírito liberal e democrático inglês. Portanto, não constitui nem um exagero afirmar que, o individualismo e o liberalismo foram doutrinas que resultam do pensamento econômico clássico e das revoluções inglesas do século XVII. Esses movimentos revolucionários obtiveram sucesso porque se fundavam em convicções antigas que denotam as características peculiares do espírito liberal britânico⁵⁷, e representaram a cristalização das reivindicações que se iniciaram com a expansão econômica urbana. Os ingleses em 1649 ao executarem Carlos I, por alta traição, se rebelaram contra os poderes absolutistas do soberano, cento e quarenta cinco anos antes da França. A reação inglesa ia além da confrontação entre catolicismo e protestantismo. Eles lutavam para proteger a liberdade, contra os abusos das instituições, fossem estas religiosas ou políticas. Essa luta produziu o liberalismo, que encontra seus fundamentos teológicos e filosóficos na Carta Acerca da Tolerância de John Locke:

Cada um de nós tem uma 'convicção íntima' que escapa à nossa vontade e à qual os outros não têm acesso. Em um certo nível, não há pontes entre o que eu creio e o que você crê. Portanto, cada um de nós é depositário de uma preciosa originalidade, cuja expressão, mesmo com o risco de excentricidade, deve ser tida como boa e admitida como possível enriquecimento da coletividade.

Em razão disso 'o Estado é uma sociedade de homens instituída tendo em vista, apenas o estabelecimento, a conservação e o desenvolvimento de seus interesses civis'. A 'jurisdição do magistrado se limita ao âmbito dos bens temporais'. Mesmo o consentimento do povo não bastaria para lhe dar o poder de intervir sobre as almas, pois isto seria contrário ao mandamento divino.⁵⁸

Os fundamentos ideológicos que sustentaram as transformações sociais políticas e econômicas que definiram e marcaram a modernidade, estavam sedimentados na valorização das convicções íntimas do indivíduo e na limitação do

⁵⁷Quanto à formação antropológica do espírito liberal britânico ver MORAES, op. cit.

⁵⁸GAUDIN, op. cit., p.35-36.

poder das instituições, colocando a pessoa no centro das relações sociais e institucionais, semeando, dessa forma, os valores de liberdade individual e coletiva.

O individualismo que sustentou e fundamentou a liberdade individual e coletiva começa a tomar forma mediante reivindicações de direitos individuais, que se apresentam sob dois ângulos distintos. Segundo Celso Lafer,

a mudança dos direitos humanos na História deve ser analisada a partir de duas perspectivas distintas que não se excluem, apenas definem os direitos de acordo com o ângulo no qual ele se manifesta. A perspectiva *ex parte populi* – a dos que estão submetidos ao poder – e a perspectiva *ex parte principis* – a dos que detêm o poder e buscam conservá-lo. A perspectiva *ex parte populi* tem sua origem na lógica da modernidade.⁵⁹

Essa perspectiva desenvolve-se a partir da *ratio* do direito natural secular, que afirmou a existência de direitos naturais, que pertencem ao indivíduo; por serem da essência humana, portanto naturais à condição de homem, esses direitos precedem a formação de qualquer sociedade política. Essas idéias se expressam na obra de juristas da escola do direito natural e traduzem o "filosofema chave, no século XVII.⁶⁰ Mas, o simples reconhecimento dos direitos de cada indivíduo, e a sua universalidade não são suficientes para lhes conferir efetividade jurídica.⁶¹ Em outras palavras, mesmo que sejam direitos inatos – por estarem enraizados na natureza humana – e os deveres que eles impõem a cada um, portanto, a todos e para com todos: logo, nunca desejar para si o que se recusaria para outro, significa que o direito é inseparável do dever que direciona e comanda o princípio de sociabilidade, e impregnados de uma validade metafísica *a priori* não bastam por si só; para torná-los jurídicos, para tanto, eles necessitam ser transportados para o plano da juridicização que só ocorre quando transportados para a ordem estatal.

⁵⁹LAFER, op. cit., p.125.

⁶⁰GOYARD-FABRE, **Os fundamentos...**, op. cit., p.xxxi

⁶¹GOYARD-FABRE, **Os fundamentos...**, op. cit., p.xxxii.

Os "direitos do homem", que pertencem à singularidade subjetiva de cada um ao ponto de constituírem sua "propriedade" – o que lhe é próprio – portanto inarredável e inseparável da condição humana, alcança o fundamento da sua juridicização, ou melhor é elevado a categoria jurídica quando ele é transportado para outra ordem, que é a ordem do Estado:

Cabe à constituição da sociedade civil ou ao Estado arrancar esses direitos, naturalmente vinculados ao sujeito humano, de sua precariedade de simples possíveis jurídicos. Em outras palavras, os direitos naturais-rationais do indivíduo precisam ser autenticados como direitos. Para adquirir a juridicidade de que carece, o "direito provisório" do estado de natureza tem de se tornar, no estado civil, um "direito premtório".⁶²

Portanto, esses direitos só poderão consubstanciar-se como tal, pela legislação positiva do Estado. Enquanto eles não forem avalizados e garantidos pela ordem jurídica estatal eles permanecem latentes; como uma simples promessa de direito, eles não se viabilizam no campo prático. Quem melhor compreendeu a necessidade da subsunção do "direito privado" no "direito público" foi Kant.⁶³

Essa pode ser considerada a síntese dos fundamentos filosóficos, que sustentaram o surgimento do Estado moderno – o modelo estatal, que decorreu dos movimentos revolucionários do século XVIII – com sua configuração própria jamais verificada anteriormente.

Os direitos individuais ligados à subjetividade, irão encontrar sua expressão positiva, como uma primeira geração de direitos, primeiramente, nas Cartas de Direito Inglesas. Sua positivação, já encontrava expressão, desde a Magna Carta de 15 de junho de 1215, Rei João Sem Terra, e foi repetindo-se em cartas posteriores como: o *Bill of Petition*, de 7 de junho de 1628, Carlos I; a Declaração dos Direitos o *Bill of*

⁶²GOYARD-FABRE, **Os fundamentos...**, op. cit., p.xxxiii.

⁶³Embora não seja um positivista, Kant acredita que cabe ao direito público fundar a juridicidade do direito privado: por isso, no plano do direito privado natural, a propriedade é uma simples posse, antejurídica; só se tornará direito de propriedade, portanto autenticamente jurídica, garantida pela lei do estado civil. 'Todo direito depende de leis' escreve Kant em *Théorie et pratique*'. (GOYARD-FABRE, **Os fundamentos...**, op. cit., citação 44, p.127).

Rights de 13 de fevereiro 1689, Guilherme III; vindo a culminar na Declaração De Direitos da Virgínia de 12 de Junho de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 2 de outubro de 1789 na França.⁶⁴

O reconhecimento dos direitos subjetivos que deram origem a uma primeira geração ligados à individualidade da pessoa, constituíram um elemento fundamental para estabelecer os limites entre o poder divino e o poder temporal e, mais explicitamente, serviram de base para estabelecer diferenciação e os limites entre a concepção de "estado de natureza" e "estado civil". O "estado civil é concebido a partir da concepção do "estado social". Este, impõe certas limitações necessárias à organização da convivência de seres livres, por natureza, num espaço compartilhado. A partir dessa concepção, conciliar duas idéias antitéticas, como *limites e liberdades*, passou a ser o ponto central das preocupações filosóficas desde o século XVI. Qualquer forma de limitação ao direito natural à liberdade do indivíduo passou a ser rechaçada e combatida, fosse essa limitação oriunda dos poderes divinos ligados à religiosidade, fosse oriunda dos poderes terrenos de um governante.

É a partir do reconhecimento do espaço social que se delinea o espaço público onde se debatem e se chocam as relações de poder. E, é nesse cenário, que nasce a idéia de direito público ou político como uma formula de equacionamento entre dois princípios fundamentais, aparentemente antitéticos, para a organização das sociedades modernas, o princípio da ordem e o da liberdade. A preocupação em conciliar e delimitar as funções da religião e do governo civil se expressam de forma clara no pensamento de Locke. Ele procurou estabelecer os limites da comunidade civil e a sua função, delimitando de forma clara, também, o âmbito de atuação da religião e do poder, definindo assim, os limites que os

⁶⁴ALTAVILA, op. cit., p.118.

separam e, demarcando as atribuições e funções do magistrado:⁶⁵ Já o pensamento de Rousseau outro tipo de preocupação, que consiste em estabelecer se a "passagem da liberdade natural para o condicionamento social é necessária, ou seja, se corresponde a um imperativo de sobrevivência, e se tal for o caso, em que condições a transformação pode operar-se legitimamente, isto é, atendendo plenamente o seu objetivo e só ele".⁶⁶

É justamente do esforço filosófico de conciliar liberdade com os limites exigidos pela vida em sociedade, que marcaram o centro das teorias e da reflexão filosófica de autores, como Locke e Rousseau. Para ambos a natureza constitui o ponto central de suas teorias, assim como para outros pensadores de seu tempo, a "natureza foi tomada como fonte de conhecimento e faziam dela critério de julgamento das idéias e instituições, além de arma de luta contra a tradição escolástica"⁶⁷. Enquanto Locke desenvolvia sua teoria dentro de princípios empiristas, concebia a natureza como matéria e movimento mecânico, inteiramente exterior ao sujeito humano, já Rousseau, ao contrário, acreditava que a "natureza

⁶⁵"...considero isso necessário sobretudo para distinguir entre as funções do governo civil e da religião, e para demarcar as verdadeiras fronteiras entre a Igreja e a comunidade. Se isso não for feito, não se pode pôr um fim às controvérsias entre os que realmente têm, ou pretendem, um profundo interesse pela salvação das almas de um lado, e, por outro, pela segurança da comunidade. Parece-me que a comunidade é uma sociedade de homens constituída apenas para a preservação e melhoria dos bens civis de seus membros.

Denomino de bens civis a vida, a liberdade, a saúde física e a libertação da dor, e a posse de coisas externas, tais como terra, dinheiro, móveis etc... É dever do magistrado civil, determinando imparcialmente leis uniformes, preservar e assegurar para o povo em geral e para cada súdito em particular a posse justa dessas coisas que pertencem a esta vida. Se alguém pretende violar tais leis, opondo-se à justiça e ao direito, tal pretensão deve ser reprimida pelo medo do castigo, que consiste na privação ou diminuição dos bens civis que de outro modo podia e devia usufruir. Mas vendo que ninguém permite voluntariamente ser despojado de qualquer parte de seus bens, muito menos de sua liberdade ou de sua vida, o magistrado reveste-se de força, ou seja, com força de seus súditos, a fim de punir os que infringiram quaisquer direitos de outros homens" (LOCKE, op. cit., p.5).

⁶⁶ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p.8. (Coleção Os Pensadores)

⁶⁷ARBOUSSE-BASTIDE, Paul; MACHADO, Lourival Gomes. Vida e obra. In: ROUSSEAU, Jean Jacques. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p.xv.

palpita dentro de cada ser humano, como íntimo sentimento de vida". Assim Rousseau se posicionou contra os filósofos não querendo ser considerado um deles:

Vi muitas pessoas que filosofavam muito mais doutamente do que eu; mas sua filosofia parecia, por assim dizer estranha... Estudavam o universo como teriam estudado qualquer máquina que tivessem visto por curiosidade. Estudavam a natureza humana para poder falar sabiamente dela, não para conhecerem-se a si mesmos.⁶⁸

Essa citação é emblemática, pois revela que de alguma forma mesmo mergulhado em seu tempo, Rousseau já vislumbrava as falhas nos pressupostos do pensamento mecanicista, que mais tarde acabaram se evidenciando. A visão de Rousseau contribuiu para inserir o direito civil nas instituições das cidades. Forjando assim, um humanismo jurídico, no qual o homem antes de mais nada, um *cidadão*, é reconhecido como sujeito de direito. Rousseau considera que as leis são "muletas" para homens corrompidos pelas exigências da vida social;⁶⁹ elas podem libertá-los de seus grilhões pois, em seu dever-ser, elas têm suficiente pureza formal para traçar as vias da liberdade e igualdade.⁷⁰ A liberdade em Rousseau é inerente a condição humana, renunciar a ela significa renunciar a qualidade de homem e por conseguinte aos direitos e aos deveres próprios da humanidade.⁷¹

O mais relevante do pensamento roussouniano para o nosso estudo, encontra-se em seu discurso revolucionário – não apenas do ponto de vista das qualidades intrinsecamente revolucionárias do próprio discurso, mas também de seu apelo à revolução – ele prega não só a revolução em prol da igualdade política – o que a Revolução Francesa acabou cumprindo em seus aspectos jurídico formais – mas, também, e especialmente neste caso, em prol da igualdade econômica.⁷²

⁶⁸ARBOUSSE-BASTIDE e MACHADO, op. cit., p.xv.

⁶⁹ARBOUSSE-BASTIDE e MACHADO, op. cit., p.xiii.

⁷⁰GOYARD-FABRE, **Os fundamentos...**, op. cit., p.83.

⁷¹ROUSSEAU, **Do contrato...**, op. cit., p.27.

⁷²ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores). p.282, nota 125.

O princípio da liberdade que se firmou como o centro do pensamento liberal firmou-se definitivamente na fase revolucionária, como um pensamento burguês – "O pensamento burguês liberal da época revolucionária, movido por uma inspiração filosoficamente heterogênea, celebrou ao mesmo tempo os 'prodígios da lei' promulgada pelo poder e as virtudes dos 'direitos-liberdades' oponíveis ao poder".⁷³

É nesse cenário de transformações que se destaca a obra de Emmanuel Joseph Sieyès – *Qu'est-ce que le Tiers État?* – essa pequena obra reflexiva representa a dinâmica da própria revolução. Ela revela a dimensão do conflito e da crise sócio-econômica em que se encontrava mergulhada a sociedade francesa, constituindo um marco fundamental, da evolução do Direito europeu continental, do qual somos herdeiros. Assim como na Inglaterra, a Magna Carta representou a origem do Direito político e das liberdades individuais, no continente a Revolução Francesa representou o rompimento definitivo com as tradições do "antigo regime"⁷⁴

O que para nós se apresenta como mais importante nessa obra de Sieyès é sua preocupação mais com aspectos pragmáticos que com teorias fundamentadoras, além de ser um manifesto contra a situação política vigente – a falta de legitimidade dos Estados Gerais, para tomarem as decisões políticas – ela constitui uma carta de reivindicações fundada na realidade social, não em teorias ou filosofias. A fundamentação de suas reivindicações se estabelecem com base em fatos que geravam os conflitos revolucionários na sociedade francesa. Tais conflitos se estabeleciam em razão dos privilégios que o clero e a nobreza detinham – até a Revolução, essas duas classes, apesar de não pagarem qualquer tipo de impostos, detinham todo o poder decisório, por um sistema de representatividade também privilegiado. É no combate a esses privilégios que Sieyès se levanta e reivindica a cidadania política aos "economicamente usurpados, politicamente desprivilegiados e

⁷³GOYARD-FABRE, *Os princípios...*, op. cit., p.309.

⁷⁴GOYARD-FABRE, *Os princípios...*, op. cit., p.184.

socialmente oprimidos".⁷⁵ Sieyès reivindica para o Terceiro Estado – que era composto por cidadão pertencentes à ordem comum – a cidadania política, para o autor significava a igualdade de representatividade nas Assembléias Gerais – a desigualdade se evidencia nas três petições do seu trabalho o que é o Terceiro Estado –, que até então encontrava-se mutilada pela ordem dos privilégios. Já em 1774 Luís XVI tentou por duas vezes abolir os privilégios e obrigar o clero e a nobreza a pagarem impostos, mas suas tentativas foram frustradas. Sieyès sustenta como fundamento para reivindicar a legitimidade política da ordem dos comuns o fato de serem os integrantes do Terceiro Estado, portanto da ordem comum, que arcavam com o ônus econômico da sociedade.⁷⁶ Sieyès considerou a nação como a fonte do poder, e a definiu como: "um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura", identificando o Terceiro Estado com a nação, que seria aquele grupo de indivíduos que trabalhavam e produziam, pertencentes a ordem comum – dos que não tinham privilégios. O que mais chama a atenção na obra de Sieyès foi a lucidez com que identificou a diferença entre direitos civis e direitos políticos, considerando como nulos os direitos políticos do Terceiro Estado uma vez que, eles não tinham representantes verdadeiros nas Estados Gerais. Fundamentando assim, o direito à representação do Terceiro estado não em privilégios legalmente concedidos, mas em fatos, como o trabalho e a produção além de considerar que o ônus tributário⁷⁷ recaia todo sobre a ordem comum, portanto nada mais justo que essa ordem tivesse os mesmos direitos que as ordens privilegiadas. Vinculando, assim, os direitos das classes produtivas a um princípio de igualdade, por considerar incoerentes e ilegítimos os privilégios eleitorais concedidos

⁷⁵BASTOS, Aurélio Wander. Introdução. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: o que é o terceiro estado?** Pref. de José Ribas Vieira. Tradução: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. p.40.

⁷⁶BASTOS, op. cit., p.38-39; 66.

⁷⁷BASTOS, op. cit., p.87.

à nobreza, ao clero e a toga,⁷⁸ pois considerava necessário "recuperar a moralidade do poder político uma vez que o privilégio, torna o homem subserviente e falso, sendo, portanto, a fonte da corrupção".⁷⁹

As reivindicações de cidadania política para a ordem comum partindo do pressuposto de um direito fundado nas qualidades pessoais daqueles que arcavam com seu trabalho o ônus social, através do pagamento de tributos evidencia de forma cristalina o pensamento econômico, que se encontrava por trás, e orientava a ação revolucionária. Conforme já afirmamos, anteriormente, a ação revolucionária, não nasceu com a Revolução Francesa, ela já se manifestara na Inglaterra, desde o século XIII, e veio mais tarde a se cristalizar, como a base das democracias ocidentais na França e na América do Norte no Século XVIII.

O surto da consciência política, já no século XVI, e a sua explosão no século XVIII, representaram a marca da mudança sócio-jurídica, que se estende até a atualidade. O humanismo político da modernidade enfrenta uma ambivalência, que se expressa sob dois aspectos, um deles consiste na preocupação de ponderar ou de limitar o poder. Essa preocupação constituiu um princípio inerente ao próprio direito político. É justamente, na tentativa de conciliar a limitação do poder e o princípio da liberdade, que acabou inspirando as mudanças, tanto na ordem social, quanto no pensamento, que deram origem ao Estado de Direito: "...o princípio da liberdade, que dizem constituir a ponta de lança do Estado de Direito"⁸⁰ essas duas antinomias, é que serão as impulsionadoras do Constitucionalismo e do Estado

⁷⁸SIEYÈS, op. cit., p.81-86.

⁷⁹BASTOS, op. cit., p.44.

⁸⁰GOYARD-FABRE, **Os princípios...**, op. cit., p.309.

Moderno⁸¹. Este surgem como formulas de delimitação do poder e de seu exercício. Neste novo contexto sócio-político coube ao Estado o papel de garantidor da liberdade no meio social.

1.3 SURGIMENTO E PAPEL DO ESTADO MODERNO EM FACE DO NOVO PARADIGMA

O Estado moderno surge como uma decorrência natural dos ideais de liberdade que foram semeados e se desenvolveram em decorrência da nova concepção de mundo e de vida que marcaram a sociedade européia desde o século XI. A partir do século XVI ele passou a constituir uma forma de racionalização da convivência social, racionalização esta, exigida pela crescente complexidade das sociedades.

Em meio às transformações por que passava a realidade social européia, também o pensamento sofria as pressões da realidade e antigas concepções, pouco a pouco, mudam seu significado adquirindo novas conotações e significância, diante da realidade, em processo cada vez mais constante e rápido de transformação. Nesse contexto, as teses do contrato social surgem como construções filosóficas para explicar a origem da Sociedade, do Estado e do Direito. Esse Estado se caracterizou por estabelecer uma íntima relação com o conceito de política, Norberto Bobbio em **Estado, governo e sociedade; para uma teoria geral da política** – pesquisa a origem da palavra 'Estado' e o que ele representa, reconhecendo que o termo se impôs com a difusão e o prestígio do Príncipe de Maquiavel. Foi essa obra, especificamente, que consagrou a palavra 'Estado' em seu sentido moderno. Pois,

⁸¹"No final do século XVIII, o homem do humanismo moderno já não se limita apenas, como sujeito segundo Descartes, a dizer "Eu". Ele pretende ser, precisamente no campo do direito político, nos limites mesmos da razão, o produtor de suas próprias normas e de suas leis. Foi nesta condição que, no Estado, portanto sob a inevitável coerção do direito, o homem traçou os caminhos de sua liberdade: o caráter coercitivo das Constituições e das leis, que em sua autonomia o homem dá a si mesmo, constitui um obstáculo à liberdade".

foi a partir da linguagem quatrocentista e quinhentista, que o antigo termo *status* de situação, mudou para '*Estado*'. Essa substituição foi "ocorrendo gradualmente através de um longo percurso; os termos tradicionais com que fora designada, até então, a máxima organização de um grupo de indivíduos sobre um território em virtude de um poder de comando: *civitas*, que traduzia o grego *polis*, e *res publica* com o qual os escritores romanos designavam o conjunto das instituições políticas de Roma, justamente da *civitas*"⁸².

⁸²No seu estudo das origens da palavra Estado Bobbio conclui que "a única palavra do gênero conhecida pelos antigos para designar as várias formas de governo era *civitas* mas, quando já na Europa, no tempo de Maquiavel, o termo *civitas* deveria ser percebido, especialmente para quem falava em língua vulgar (e não o latim), como sempre mais inadequado para representar a realidade de ordenamentos políticos que se estendiam territorialmente bem além dos muros de uma cidade, ao compreendidas as republicas que tomavam de empréstimo o nome de uma cidade, como a república de Veneza; assim, a exigência de ter à disposição um termo de gênero mais adequado para representar as situações reais devia ser mais forte do que o vínculo a uma longa e respeitada tradição. Daí a fortuna do termo "Estado", que através de modificações ainda não bem esclarecidas passou de um significado genérico de situações para um significado específico de condições de posse permanente e exclusiva de um território e de comando sobre os seus respectivos habitantes, como aparece no próprio trecho de Maquiavel, no qual o termo "Estado", apenas introduzido, é imediatamente assimilado ao termo "domínio". (...) O problema do nome "Estado" não seria tão importante se a introdução do novo termo nos primórdios da idade moderna não tivesse sido uma ocasião para sustentar que ele não correspondia apenas a uma exigência de clareza lexical mas ia ao encontro da necessidade de encontrar um novo nome para uma realidade nova: a realidade do Estado precisamente moderno, a ser considerado como uma forma de ordenamento tão diverso dos ordenamentos precedentes que não podia mais ser chamado com os nomes antigos. É de fato opinião difusa, sustentada criteriosamente por historiadores, juristas e escritores políticos, que com Maquiavel não começa apenas a fortuna de uma palavra mas a reflexão sobre uma realidade desconhecida pelos escritores antigos, da qual a palavra nova é um indicador, tanto que seria oportuno falar de "Estado" unicamente para as formações políticas nascidas da crise da sociedade medieval, e não para os ordenamentos precedentes. Em outras palavras, o termo "Estado" deveria ser usado com cautela para as organizações políticas existentes antes daquele ordenamento que de fato foi chamado pela primeira vez "Estado": o nome novo nada mais seria do que o sinal de uma coisa nova. (...) Mas, o carácter mais marcante e, determinante dessa coisa nova, que passou a ser conhecida como "Estado" é o processo inexorável de concentração do poder de comando sobre determinado território bastante vasto, que acontece com a monopolização de alguns serviços essenciais para a manutenção da ordem interna e externa, tais como a produção do direito através da lei, que à diferença do direito consuetudinário é uma emanção da vontade do soberano, e do aparato coativo necessário à aplicação do direito contra os renitentes, bem como através do reordenamento da imposição e do recolhimento fiscal, necessário para o efetivo exercício dos poderes aumentados. Quem descreveu com extraordinária lucidez este fenômeno foi Max Weber, que viu no processo de formação do Estado moderno um fenômeno de expropriação por parte do poder público dos meios de serviços como as armas, fenômeno que caminha lado a lado com o processo de

A partir da nova organização sócio-política *Estado e política* não podem mais ser concebidos de forma isolada: "uma vez reduzido o conceito de Estado ao de política e o de política ao de poder, o problema a ser resolvido torna-se o de diferenciar o poder político de todas as outras formas que pode assumir a relação de poder"⁸³. Assim, o Estado é parte integrante da reformulação social, que se iniciou no século XI. Ele, de certa forma, é decorrência da revolução social operada pelas novas classes laborais, e representou para os novos cidadãos nascidos da expansão econômica uma forma de consecução dos seus ideais libertários e progressistas.

A nova arquitetura do Estado moderno, que se desenhou após os movimentos revolucionários e se apoiou no princípio do constitucionalismo, que tem suas raízes fincadas em épocas bem mais longínquas, assumiu no século XIX um lugar de destaque na doutrina jurídica dos países europeus. Por inaugurar uma nova forma de positivação e uma nova configuração de poder, possibilitou a identificação entre Direito e Poder,⁸⁴ mais especificamente, no momento em que o direito passa pelo processo de estatização, ele não poderá mais ser concebido sem o poder político. Segundo Habermas, há uma interligação conceitual entre direito e poder político, uma vez que o poder político depende do direito para se expressar e este só se torna viável por meio daquele.⁸⁵ É a partir desse envolvimento do direito com o poder político que aquele se reduz a instrumento de legitimação do Estado

expropriação dos meios de produção possuídos pelos artesãos por parte dos possuidores de capitais. Desta observação deriva a concepção weberiana, hoje tornada *communis opinio*, do Estado moderno definido mediante dois elementos constitutivos: a presença de um aparato administrativo com a função de prover à prestação de serviços públicos e o monopólio legítimo da força". (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral de política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.66; 67-69).

⁸³BOBBIO, **Estado...**, op. cit., p.78.

⁸⁴Sobre Estado e poder, ver BOBBIO, **Estado...**, op. cit., p.76-93.

⁸⁵HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneidchler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.169.

passando, por sua vez, a depender da estrutura burocrática administrativa, para se produzir, e assim transforma-se em um sistema também burocratizado.

O surgimento do Estado moderno se encontra intimamente ligado a um processo de formalização legal realizado pelo constitucionalismo que vincula toda a ação governamental à lei. Esta, por sua vez, é fruto da vontade da nação, visando realizar determinada finalidade social. A idéia de finalidade e de utilidade que se expressa na moderna Filosofia do Direito remonta a Jhering, para quem o fundamento da ordem jurídica é a finalidade.⁸⁶ Neste sentido, o fim está vinculado à vontade comum dos integrantes da comunidade social que pelo sufrágio legitimam os fins a serem realizados por meio de instrumento legal, a forma como essa sociedade deve ser dirigida, desvinculando assim a ação de governo da figura do governante, submetendo-a à vontade dos verdadeiros detentores do poder político – os integrantes dessa comunidade. O Estado moderno surge como um instrumento para garantir a liberdade individual e coletiva, pois se submete mediante a lei à vontade social, fonte da autoridade que legitima sua atuação, pelo procedimento legal. Nas origens do Estado moderno, distingue-se claramente o limite entre os direitos *ex parte populi* e os direitos *ex parte principis*. Esse processo que se traduziu no constitucionalismo moderno vincula definitivamente o poder político expresso na forma do Direito à estrutura administrativa burocrática que configurou o Estado desde o século XIX.⁸⁷

⁸⁶Ver LAFER, op. cit., p.57; neste sentido, ver também HABERMAS, *Direito...*, op. cit., p.117.

⁸⁷"Weber especificou três tipos puros de poder: o Poder legal, o Poder tradicional e o Poder carismático. O Poder legal, que é especificamente característico da sociedade moderna, funda-se sobre a crença na legitimidade de ordenamentos jurídicos que definem expressamente a função do detentor do Poder. A fonte do Poder é, portanto, a lei, a qual ficam sujeitos não apenas aqueles que prestam obediência, como são os cidadãos e consócios, mas também aquele que manda. O aparelho administrativo do Poder é a burocracia, com sua estrutura hierárquica de superiores e de subordinados, na qual as ordens são dadas por funcionários dotados de competência específica" (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, op. cit., p.940). **Qualquer semelhança com o Direito Administrativo contemporâneo não há de ser mera coincidência.** (grifo nosso)

Paradoxalmente os antigos anseios de liberdade e emancipação individual e coletiva só conseguiram se expressar por uma forte regulação que só se tornou possível por meio de instrumento de poder como o novo Estado, laico e neutro, construído a partir do racionalismo individualista e estruturado segundo a lei. É justamente nesse momento histórico que as sementes da funcionalização e conseqüente instrumentalização do Direito são plantadas para mais tarde desabrocharem.

O Direito Moderno, que em sua origem se apoiou nos valores e princípios de universalidade e justiça do Jusnaturalismo, fundados no indivíduo e, portanto, nos direitos subjetivos, a partir do século XVI foi gradualmente se distanciando da sua concepção tradicional. Nos séculos seguintes irá atender às reivindicações de uma sociedade em que um novo modelo de ciência se impunha, e na qual o desenvolvimento econômico passava a ocupar um papel de destaque. Assim, o Direito vai pouco a pouco se transformando pelo crescente processo de formalização exigido pelo paradigma científico, que impôs sua positivação:

...Os Pandectistas transformam o antigo direito romano numa estrutura formal e hierarquizada de regras jurídicas que obedecia a um rígido sistema lógico no qual a combinação complexa de autoridade, racionalidade e ética, características do direito romano dos glosadores, foi assim alterada e reduzida a um formalismo técnico racional, supostamente neutro em relação á ética e apenas preocupado com a perfeição técnica, a coerência lógica, a abrangência e previsibilidade totais. O potencial emancipatório do direito romano, que o coloca no centro dos debates na Europa do século XII, perdeu-se quando, segundo as palavras de Jhering 'a ciência jurídica se transforma em matemática'.⁸⁸

Com o crescente processo de positivação e formalização, a emancipação vai sendo absorvida pela regulação até ser totalmente tragada por esta última. Portanto, o Estado Moderno estruturado racionalmente segundo a lei nasceu como forma de racionalização da vida social. A visão liberal, sob a qual se desenvolveu o Estado e o crescente processo de positivação do Direito, privilegiava a expansão econômica, que culminou no colonialismo e na Revolução Industrial. Esse modelo de

⁸⁸SANTOS, op. cit., p.124.

Estado não deixa de ser uma reivindicação burguesa⁸⁹ e produto da concepção individualista de mundo que desloca da natureza para o indivíduo o objeto do pensamento. Nesse processo de transformações ideológicas e sociais, o Direito Positivo vai gradualmente se desviando de sua origem deontológica, e assim se funcionalizando até gerar a nova concepção de que a função do Direito é a de determinar condutas e não de qualificá-las de boas ou más.⁹⁰ Essa nova concepção, gradualmente, desvincula moral e Direito. A partir dessa nova perspectiva, o Direito se valida pelo processo formal de produção, passando a se fundamentar na sua positivação sistematizadora de Códigos e Constituições, baseadas em razões ordenadoras com o fim de organizar as condutas dos indivíduos no meio social, cabendo ao Estado, por meio do Direito, assegurar a "boa ordem" pretendida pelo paradigma da modernidade.

⁸⁹Ver BASTOS, op. cit., p.37; GOYARD-FABRE, **Os princípios...**, op. cit., citação 2, p.52.

⁹⁰Ver LAFER, op. cit., p.39 – segundo o autor, a positivação do direito acabou se transformando numa ponte entre o Jusnaturalismo e o Positivismo.

CAPÍTULO 2

DIREITO E ESTADO COMO FACILITADORES DO CAPITALISMO

2.1 CIÊNCIA E DIREITO COMO INSTRUMENTOS DA EXPANSÃO CAPITALISTA

A par da evolução comercial e econômica, ocorreu uma transformação na forma de pensar o mundo e a realidade. A nova concepção de mundo, a partir de então mais voltada para o homem, como o foco central do pensamento e da realidade social, expressa-se pela filosofia do individualismo, que passou a ocupar o lugar de destaque no pensamento secular racional. Esse pensamento serviu de fonte para orientar a conduta individual e determinar o tipo de normas gerais que deveriam ser produzidas pelo Estado que, nesse contexto, tinha a função de proteger principalmente as liberdades subjetivas das pessoas privadas. Segundo Hobbes:

o soberano só podia distribuir suas ordens através da linguagem do direito. Este garante uma ordem que propicia às pessoas privadas liberdades subjetivas segundo leis gerais. Pois os soberanos mais não podem fazer pela felicidade no interior do Estado do que preservar os cidadãos de guerras internas e externas, permitindo que eles gozem com sossego de suas fortunas adquiridas mediante o próprio esforço.⁹¹

Como defensor do absolutismo, Hobbes considerava que, era atribuição do soberano manter a paz, considerando legítimo o uso da força por parte dos representante de todos os integrantes de uma comunidade – "a multidão assim unida chama-se Estado, em latim *civitas*".⁹² Hobbes define o Estado, como a vontade resultante do pacto social em que os indivíduos transferem a essa pessoa, Estado, cujo representante se chama soberano – a força de todos, para que este a use, quando necessário, a fim de assegurar a paz e a defesa comum. Hobbes, ao

⁹¹HABERMAS, *Direito...*, op. cit., p.123.

⁹²HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução: João Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores) p.105-106.

considerar que a manutenção da paz social constitui um elemento fundamentador do uso força – que pode ser legitimamente usada, pelo soberano, que por sua vez, a recebia de todos os integrantes da comunidade (esse seria para Hobbes o objeto do pacto social) – introduz no pensamento político a idéia de ordem social e de bem comum que mais tarde acabou sendo o objeto dos Estados democráticos⁹³.

Na fase moderna a "ordem" passa a ser um imperativo, que domina não só o pensamento, mas também a ação social. Esta "ordem" tinha como fim último proporcionar, acima de tudo, a liberdade econômica de conquistar fortuna e de desfrutá-la. Esse foi o ideal que marcou e fundamentou, a partir do século XVII, a ética Protestante e a ciência moderna, refletindo-se de forma mais expressiva no Positivismo Científico.

A partir do século XVI a expansão colonialista, decorrente da expansão mercantilista que se iniciou no século XI, leva a um processo econômico mais amplo e prolongado, o qual culmina no surgimento e desenvolvimento do capitalismo,⁹⁴ que se

⁹³"A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade" HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Sobre a influência determinante do pensamento de Hobbes na construção do pensamento político moderno ver GOYARD-FABRE, *Os princípios...*, op. cit., p.27-34.

⁹⁴"Dois autores que se distinguiram no estudo sistemático do capitalismo são Werner Sombart e Max Weber, pois ambos substituíram a centralidade marxista da relação capital-trabalho pela procura de esquemas de comportamento individuais e coletivos, atribuíveis ao processo histórico de racionalização de todos os setores da vida, que caracteriza o ocidente.

Sombart criou a expressão 'espírito do Capitalismo' para definir a soma de atitudes psicológicas e culturais que estão na origem do Capitalismo moderno – a *gülsinnung* a orientação ético-intelectual identificada no individualismo, no princípio aquisitivo e, portanto, no racionalismo econômico.

Max Weber procurou definir o Capitalismo a partir de dois contextos que se traduzem em duas questões: as origens do Capitalismo moderno, ou seja, os requisitos culturais que permitiram o surgimento e o seu desenvolvimento e a questão da especificidade do Capitalismo ocidental moderno na sua relação com outros modos de produção históricos extra-ocidentais.

estende até os dias atuais. O prestígio social conquistado pelo fator econômico deve-se ao tipo de racionalidade desenvolvida pelo paradigma moderno. A racionalidade que proporcionou a mudança de paradigma e determinou a Idade Moderna como a idade da razão – focando no indivíduo o objeto do pensamento e possibilitando o desenvolvimento dos valores de liberdade e igualdade – foi a mesma razão que sustentou o desenvolvimento econômico. Gostaríamos de salientar, que nosso objetivo aqui, não é fazer uma análise da evolução científica, e, muito menos do pensamento protestante, mas, sim, ver como ambos, ao mesmo tempo em que, contribuíram para a expansão e transformação econômica, foram de certa forma, também determinados pelo fator econômico, que a partir do século XVIII conquista *status* político ao servir de elemento fundamentador da cidadania política, conforme vimos no primeiro capítulo.

A Ética Protestante teve uma grande influência como fundamento moral do desenvolvimento capitalista, pois ela introduz uma nova racionalidade complementar no âmbito do religioso; racionalidade esta produzida pela idéia de "vocação terrena", que

Em ética protestante e o espírito do capitalismo, de Weber, a ética calvinista, graças à idéia de *Beruf* (profissão como vocação), é vista como o fator decisivo para a difusão de uma conduta ascético-racional, que é pressuposto para o espírito capitalista moderno.

A conduta de vida e a coerência nas próprias convicções e crenças são, para Weber, motivo de agir autônomo nas suas relações com o simples cálculo econômico e com a pressão do puro poder. É assim que, a partir do séc. XVI, nas áreas geográficas visadas pela Reforma protestante, se instaura um nexos preciso entre credo religioso, conduta moral de vida e comportamento econômico, que pode ser definido como 'racional' em sentido capitalista. O núcleo central desta união é dado pela reavaliação do trabalho e da profissão, que são a chave de vocação e sinal de eleição divina.

A ascese intramundana atua como energia contra qualquer forma de prazer, luxo, esbanjamento ou exibição de riqueza, com a conseqüente redução dos consumos e poupança de dinheiro e de bens, disponíveis para uma acumulação e um reinvestimento de tipo capitalista. Uma riqueza considerada como prêmio para uma prudente administração dos bens recebidos de Deus é a mentalidade que, a longo prazo, dinamizará os mecanismos da economia capitalista.

Naturalmente – observa Weber – o capitalismo nesse tempo se esvaziou de qualquer motivação religiosa: a autodisciplina ascética foi substituída pela disciplina externa do trabalho ou do escritório e a ganância dos bens materiais volta a ser o movente do comportamento econômico.

O capitalismo para Weber – e para a vasta orientação científica por ele determinada – o Capitalismo é a dimensão econômica de um mais profundo e peculiar comportamento econômico chamado racionalista, de que fazem parte os difundidos processos de racionalização burocrático-administrativa e jurídica culminantes no Estado moderno. Se o Capitalismo é o momento econômico do racionalismo, ele reproduz em si as próprias características da *ratio*: controle e domínio dos meios em relação ao fim, através da calculabilidade, da generalização e da previsibilidade." (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, op. cit., v.1, p.143-144).

atribuiu uma nova dimensão ao trabalho e ao lucro advindo deste. Transformando-os e justificando-os, como forma de salvação, este constitui o ponto central da análise weberiana⁹⁵ das origens do capitalismo.

Aliada à Ética Protestante o desenvolvimento da ciência, que rompe com os padrões da ciência aristotélica, passando a desconfiar sistematicamente das evidências da nossa experiência sensorial imediata, passando a valorizar a experimentação, possibilitando, assim, o desenvolvimento da idéia de certeza. A nova visão científica também se caracteriza por estabelecer uma separação total entre natureza e o ser humano. Com isso, o processo empirista experimental da ciência acabou se traduzindo numa forma de controle e domínio dos meios em relação aos fins:

A natureza é tão-só extensão e movimento; é passiva, eterna e reversível, mecanismo cujos elementos se podem desmontar e depois relacionar sob a forma de leis; não tem qualquer outra qualidade ou dignidade que nos impeça de desvendar os seus mistérios, desvendamento que não é contemplativo, mas antes ativo, já que visa conhecer a natureza para dominar e controlar. Como diz Bacon, a ciência fará da pessoa humana 'o senhor e o possuidor da natureza'.⁹⁶

O novo tipo de *ratio*, já expresso nos limiares seiscentistas veio a se "condensar no positivismo oitocentista".⁹⁷ A concepção desenvolvida pelo novo paradigma científico que propiciou a generalização e, portanto, calculabilidade e a previsibilidade, desenvolveu um tipo de raciocínio funcionalista, que por sua vez, determinou o pensamento e a cultura nos séculos seguintes.

Esse deslocamento do foco do pensamento, na fase moderna, propiciou que certas tendências latentes na dinâmica socioeconômica viessem a se viabilizar, possibilitando sua expressão no campo da prática social. A racionalidade

⁹⁵Ver WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 15.ed. Tradução de: M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira, 2000; FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Tradução: Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro, Rocco, 1992. cap. 4, p.21.

⁹⁶SANTOS, p.62.

⁹⁷SANTOS, op. cit., p.65.

desenvolvida pela Ética Protestante, que encarava a riqueza material como uma recompensa divina, conferiu prestígio ético e moral à atividade econômica. Além de representar, inicialmente, uma forma de conciliar credo religioso, conduta moral de vida e comportamento econômico como razão de vida, legitimou o desenvolvimento econômico e lhe conferiu autoridade para direcionar a ação social. A par das novas idéias, a ciência desenvolveu também a crença de que o desenvolvimento econômico era um meio idôneo e capaz de realizar os anseios modernos de autonomia individual e coletiva. Desta forma, o processo de ascensão e desenvolvimento capitalista passou a dominar todos os aspectos da vida nas sociedades ocidentais, dominando-a de forma absoluta, nem a ideologia socialista constituiu uma ruptura dessa dominação; ela revelou apenas a outra face da mesma moeda do capitalismo.⁹⁸

A ordem pretendida pela nova concepção de vida, em que o econômico passa a ser um meio para se atingir o progresso e o sucesso pessoal, social e da natureza, se traduz na "ordem" perseguida pela filosofia positivista que predominou no século XIX e deixou suas marcas tanto no campo das ciências naturais, quanto no campo das ciências sociais. A *hubris* científica que dominou a modernidade estava baseada na "concepção cartesiana do universo como sistema mecânico e forneceu uma sanção "científica" para a manipulação e a exploração da natureza".⁹⁹ Dentre os vários aspectos da ciência moderna, que não cabe aqui serem analisados, o que mais nos interessa é o da crença no poder da ciência como instrumento de controle e domínio, que não se restringiu às ciências naturais, mas estendeu-se a todas as áreas do conhecimento. Essa crença determinou a escala de valores que passaram a orientar a sociedade desde então. A partir do século XIX a ciência moderna conquista

⁹⁸Quanto à vitória da dominação capitalista do século XIX e o a seu apogeu no século XX ver HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX**. Tradução: Marcos Santarrita; revisão técnica: Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. cap. 1, p.7.

⁹⁹CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Tradução: Álvaro Cabral; revisão técnica Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 1987. p.56. O deslumbramento científico desenvolvido a partir da ciência moderna, também se evidencia na citação, 88, p.43.

um *status* moral que antes pertencia à filosofia. Com isso os antigos valores éticos¹⁰⁰ ligados à essência do homem, como ser criado à imagem e semelhança de Deus foram se diluindo. Ser homem em sua extensão significava agir conscientemente transformando tal ação num hábito, para se aproximar do modelo divino. Essa ação consciente voltada para nos aproximar da nossa real essência desenvolvida pela filosofia erudita e pela filosofia cristã de Agostino e Tomás de Aquino foi totalmente olvidada pela "moral científica racional". Nesse processo a própria filosofia foi dissociada da idéia de ciência que passou a ser eminentemente técnica.

As descobertas operadas pela ciência a partir do século XVI proporcionaram à humanidade algumas certezas, que acabaram fundamentando toda a escala de valores que vieram a dominar a trajetória tanto da própria ciência quanto das relações sociais. Esses valores se apoiaram em bases de natureza quantitativa, pois as idéias matemáticas que forneceram o instrumento de análise e a sua lógica de investigação se fundam em princípios axiológicos e em significados quantitativos – conhecer significa quantificar – o que não é quantificável é cientificamente irrelevante. Esse tipo de raciocínio gera concepções que ignoram as qualidades individuais e intrínsecas das coisas criando raciocínios generalizantes que ignoram a singularidade dos elementos naturais e do próprio homem, reduzindo desta forma a complexidade do mundo. Na ânsia de conhecer, o homem elegeu os fatos naturais, porque estes têm suas próprias leis, que são simples e regulares. Eis o princípio epistemológico adotado para se chegar ao conhecimento:

A divisão primordial que distingue entre 'condições iniciais' e 'leis da natureza' representou a regra metodológica que orientou a nova racionalidade, enquanto as condições iniciais são o reino da complicação e do acidente e onde é necessário selecionar as que estabelecem as condições *relevantes* dos fatos que devem ser observados, as leis da natureza são o reino da simplicidade e da regularidade, onde é possível observar e medir com rigor. Essa distinção segundo Wigner é totalmente arbitrária e não tem nada de natural.¹⁰¹

¹⁰⁰LAUAND, Luiz Jean; MARÍAS, Julián; HORTA, Sylvio Roque de Guimarães. *Ética e realidade humana: três estudos*. São Paulo: Edix – Edições, 1994. (Scintilla-I)

¹⁰¹SANTOS, op. cit., p.63.

Paradoxalmente, as convicções desenvolvidas pelo novo modelo científico moderno se chocam com as idéias do individualismo que deram início às transformações que em última instância levaram ao desenvolvimento científico. Se originariamente toda construção intelectual, e, especialmente jurídica, visavam proteger o indivíduo e sua liberdade de ação,¹⁰² no novo paradigma científico se transformam em generalizações, pois a ciência moderna adotou critérios generalizantes que ignoram a individualidade em sua essência. Talvez, aqui se encontrem as origens das contradições e ambigüidades da sociedade moderna.

A visão cartesiana de mundo gerou um dualismo que antagoniza conhecimento científico e conhecimento do senso comum; separa a natureza e ser humano, desvinculando-os. Essa concepção acabou gerando uma visão de mundo e de vida maniqueísta, que não alcança todos os ângulos de uma mesma realidade dividindo-a e, portanto, percebendo apenas um lado da mesma realidade. Nesse tipo de visão, o outro lado não aparece como complementar, mas como oposto, como contrário. Essa fragmentação se apóia na divisão como meio de análise e conhecimento, baseada no pensamento cartesiano:

...a ênfase dada ao método cartesiano levou à fragmentação característica do nosso pensamento em geral e das disciplinas acadêmicas, e levou à atitude generalizada de reducionismo na ciência – a crença em que todos os aspectos dos fenômenos complexos podem ser compreendidos se reduzidos às suas partes constituintes. O *cogito* cartesiano como passou a ser chamado, fez com que Descartes privilegiasse a mente em relação à matéria e levou-o à conclusão de que as duas eram separadas e fundamentalmente diferente. Assim ele afirmou que 'não há nada no conceito de corpo que pertença à mente, e nada na idéia de mente que pertença ao corpo'. A divisão cartesiana entre matéria e mente teve um efeito profundo sobre o pensamento ocidental.¹⁰³

Essa arbitrariedade fundava-se na nova razão instrumental que desmitificou as antigas fontes de legitimação do conhecimento e da ciência que na

¹⁰²Conforme já referenciado, na página 21.

¹⁰³CAPRA, O ponto..., op. cit., p.55.

antigüidade se destinavam a compreender a ordem natural e a vida em harmonia com esta.

A partir do século XVII, "tudo aquilo que não se submetesse à racionalidade cognitivo instrumental da ciência era visto como ignorância e, portanto, não aceito, como algo digno de confiança, ou estudo".¹⁰⁴ Esse tipo de concepção de natureza e de sociedade, que inicialmente era própria das ciências naturais, acaba se estendendo às ciências sociais e, por conseguinte, ao Direito que, como um ramo delas, precisa se submeter a esse modelo para tornar-se científico. No campo do Direito a sua submissão ao modelo científico se traduziu na busca da certeza e verificabilidade, próprias desse modelo científico, pela sua formalização e sistematização mediante a positivação. Nesse processo, procurou-se substituir as incertezas e o relativismo contraditório do saber jurídico-filosófico, inverificável e não conclusivo, pelo novo modelo científico baseado na certeza da verificabilidade pela experimentação e generalização.

A divisão como método de conhecimento se traduz na necessidade científica de isolamento do objeto para efeitos conceituais. No Direito esse isolamento do objeto promoveu a desvinculação entre direito e moral, atribuindo-lhe um caráter

técnico-instrumental de gestão da sociedade ao permitir, proibir, comandar, estimular e desestimular comportamentos. Essa gestão exprime-se por um Direito assinalado pela mutabilidade e pela particularidade, positivado pelo poder estatal ou por ele validado, garantido pela sanção, e que tem como pressuposto a utilidade, para a sociedade, do Direito positivo.¹⁰⁵

Esse processo científico encontra suas raízes na codificação dos séculos XVII e XVIII. A codificação representou um ideal de saber científico que buscava ordenar de forma exaustiva e universal todas as diferenças possíveis. Essa ordenação deu origem à idéia de sistema e acabou por constituir uma ponte entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, que por influência dessa nova concepção científica se afastou completamente dos ideais jusnaturalistas.

¹⁰⁴SANTOS, op. cit., p.120.

¹⁰⁵LAFER, op. cit., p.47.

Nesse processo, o antigo conceito de justiça do paradigma do Direito Natural considerava a norma a partir da perspectiva do justo. Perspectiva esta abordada com clareza por Santo Tomás na Suma Teológica, ao lembrar a afirmação de santo Agostinho – "não é considerado lei o que não for justo, nesta visão o justo na ordem das coisas humanas é definido como aquilo que é reto segundo a razão, concluindo que, se a lei discordar da lei natural, não será lei, mas corrupção da lei", (Suma Teológica questão XCV, art. II, p.1769) –, mas que se perde e é tragado pelo conceito de norma, que a partir daí passa a constituir o objeto do Direito e do ordenamento jurídico. Sob a concepção positivista, o direito não é um dado para ser descoberto, mas sim algo criado. A criação do direito se faz mediante o ordenamento jurídico a quem cabe disciplinar a criação das normas; desta maneira o que determina a validade de uma norma jurídica não é o seu conteúdo, mas sim a forma como ela foi produzida. A legitimação também paira no plano normativo que recorre à construção kelseniana da norma fundamental, que origina e sustenta todo o ordenamento positivo que se desdobra em normas de estrutura e em normas secundárias. Essa visão formal corresponde à construção arquetônica da ordem jurídica concebida por Kelsen e complementada por Hart.

A partir dessa nova concepção o conceito de justiça acabou gerando dificuldades para os filósofos do direito, no seu dia-a-dia, pois revelou-se impossível, em face do direito "científico", atribuir à justiça e às leis da natureza as mesmas características de verdade evidente, ou pelo menos demonstrável e, portanto, inquestionável,¹⁰⁶ exigido pelo modelo científico moderno. Essa formulação revelou-se muito útil aos propósitos econômicos, como será demonstrado mais adiante. Essa nova perspectiva possibilitou a autonomia do direito em relação a outras áreas afins como a moral e os costumes; desde então, o direito pode ser encarado como um sistema independente que pode ser analisado a partir de um ângulo interno, o qual dispensa o auxílio de recursos alheios ou exteriores ao sistema, para definir o que é direito.

¹⁰⁶Ver BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.15-24; ver também LAFER, op. cit., p.62.

A pandectística que, também, sofreu influência do pensamento kantiano, ofereceu contribuição relevante para que a Teoria Geral do Direito passasse a ser entendida como uma "disciplina isolada, tanto das ciências da natureza – pois para Kant, do ser não se podem extrair conseqüências normativas – quanto da política e da economia – posto que, em Kant, o Direito é um auxiliar da Moral¹⁰⁷ no sentido amplo e uma garantia das liberdades".¹⁰⁸ Mas, só a partir do reconhecimento da realidade estatal e da correlação entre Direito/Estado e organização social que o direito foi visto como uma instituição; essa instituição corresponde ao ordenamento. É justamente essa concepção de ordenamento que abre uma nova perspectiva, pela qual o direito corresponde a uma entidade unitária constituída pelo complexo sistêmico de todas as normas do Direito Positivo de um país, que conserva sua identidade apesar das mudanças das normas que o compõem.

Desse momento em diante o direito despe-se de alguns significados tradicionais, como, por exemplo, a sua identificação com conceitos filosóficos de moral e de justiça. Ao afastar-se das fontes de fundamentação, próprias do Direito Natural, o Direito moderno buscou novos critérios de fundamentação. Tais critérios deslocaram a fundamentação para as estruturas sistêmicas.¹⁰⁹ Podemos citar a

¹⁰⁷Sobre a relação complementar entre direito e moral, ver HABERMAS, *Direito...*, op. cit., cap. 3.

¹⁰⁸LAFER, op. cit., p.52.

¹⁰⁹"...A estratégia conceitual da teoria da ação produz uma dicotomia entre estruturas normativas e condições materiais limitantes. Ao nível analítico, para estarmos certos existe entre subsistemas uma ordem de sistemas sócio-culturais, políticos e econômicos; mas dentro de cada um desses sistemas, as estruturas normativas precisam ser distinguidas dos substratos limitantes. Os subsistemas se distribuem em três categorias cada um com suas estruturas normativas e categoria de substrato próprios: no subsistema sócio-cultural – a estrutura normativa consiste em sistemas de status formas subculturais de vida; a categoria de substrato se firma na distribuição de recompensas disponíveis privadamente direitos de dispor. No subsistema político a estrutura normativa consiste em instituições políticas (Estado) e a categoria de substrato se firma na distribuição de poder legítimo (e força estrutural); racionalidade organizacional disponível. No subsistema econômico a estrutura normativa consiste em instituições econômicas (problemas de produção) e a categoria de substrato se firma na distribuição de poder econômico (força estrutural); força disponível de produção". (HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução: Vamirech Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p.18).

descentralização político administrativa, que ocorre no Estado federal como um bom exemplo de estrutura sistêmica. Esse tipo foi desenvolvido a partir do constitucionalismo moderno. No processo racionalizador operado pela posituação do Direito a partir do princípio da legalidade, a estrutura sistêmica se traduz em termos de hierarquia normativa na qual a Constituição constitui o fundamento de validade do sistema jurídico. A partir de então as estruturas sistêmicas passaram, a constituir os focos capazes de produzir normas jurídicas de um determinado ordenamento. Nesse processo o Direito procurou seus fundamentos em fontes estruturais – as normas são produzidas de forma sistêmica por órgãos específicos, aptos à produção destas –, e nessa nova perspectiva a lei passa a se produzir de forma racional, ela não emana diretamente das tradições e dos costumes populares. Nesse movimento de deslocamento das fontes fundamentadoras do direito, do meio social para as estruturas sistêmicas e burocráticas, a justiça começou a ser vista como legalidade; tal associação e vinculação da justiça com a legalidade constitui a marca caracterizadora do positivismo jurídico. A nova concepção de justiça identifica-se pela ação coerente com a lei. Desta forma, o positivismo jurídico passa a ser encarado como uma visão de mundo e obediência à lei, como um dever de consciência.¹¹⁰ Sob esta ótica, o princípio da justiça como legalidade se apóia no

"A teoria habermasiana da sociedade parte do suposto que, na modernidade ocidental, ocorreu um processo primário de diferenciação das estruturas da racionalidade que dissociou a complexificação das estruturas sistêmicas do processo de racionalização comunicativa das estruturas do mundo da vida. O resultado desse processo não consistiu numa dupla forma de diferenciação entre Estado e sociedade, mas sim numa forma múltipla de diferenciação. De um lado, surgem as estruturas sistêmicas econômicas e administrativas que não só se diferenciam do mundo da vida, mas se diferenciam entre si. O subsistema econômico se organiza em torno da lógica estratégica do intercâmbio que permite a comunicação através do código positivo da recompensa. O subsistema administrativo se organiza em torno da lógica estratégica do poder que permite a comunicação através do código negativo da sanção. Ao longo das estruturas sistêmicas e estabelecendo uma relação distinta com cada uma delas, situa-se o campo da interação social organizado em torno da idéia de um consenso normativo gerado a partir das estruturas da ação comunicativa" (AVRITZER, op. cit., p.16-17).

¹¹⁰Ver HOBBS, op. cit., p.xiv. (Do estado natural ao estado social; Das causas, geração e definição de um Estado - cap. 17); LAFER, op. cit., p.69; REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1984. p.218-219.

"relativismo ético" que encontra sua expressão moderna no pensamento de Hobbes – somada à idéia de que o Direito tem um valor como tal, independentemente de seu conteúdo, e de que este valor é o da *ordem* – que melhor se efetiva por meio da lei". Esses elementos, além de justificarem deontologicamente o positivismo jurídico, transformam o princípio da legalidade em regra fundamental de argumentação da justiça nos sistemas de Direito Positivo.¹¹¹

Essa desvinculação levou a institucionalização do Direito e por via de consequência, a uma legalização centrípeta, na qual o Direito foi reduzido ao Estado, e o Estado por sua vez foi reduzido ao Direito. Esses dois processos, porém, não foram simétricos porque a formalização sistêmica exigida pelo paradigma científico se dá pela estrutura administrativo-burocrática do Estado. Nesse processo centrípeto, o Direito só se formalizará e validará se for concebido pela estrutura de poder (no caso Poder Legislativo) concebida pela arquitetura estatal. Se, por um lado, o Estado reservou para si um certo excedente relativamente ao Direito, por outro lado, a redução do Direito ao Estado acabou por proporcionar a possibilidade de convertê-lo num instrumento do Estado. Porém, o contrário disso não ocorreu em relação ao Estado; este não se converteu em instrumento do Direito, pois nesta relação o Direito conferiu ao Estado *status* de pessoa¹¹² (Pessoa Jurídica de Direito Público) e, como tal, ele passou a ter vontade própria estabelecendo as suas próprias razões e elegendo seus próprios fins. Para executá-los, vale-se do Direito, que nesse processo se desloca do pólo de princípio de legitimação para o pólo de instrumento, assim: "o direito perdeu poder e autonomia no mesmo processo político que os concedeu ao Estado".¹¹³ Desta forma, o

¹¹¹Ver LAFER, op. cit., p.68-69.

¹¹²Quanto ao poder do Estado e positividade jurídica ver REALE, op. cit., cap. 10.

¹¹³SANTOS, op. cit., p.143.

Estado passou a monopolizar o poder de dizer o direito;¹¹⁴ conseqüentemente ele legitimou-se e ao mesmo tempo encontrou a fonte de legitimação do próprio poder. A formalização do direito por meio da estrutura burocrática do Estado acabou conferindo ao próprio Estado sua soberania e o poder¹¹⁵ que se respalda na representatividade exercida pelo Poder Legislativo:

...a formação da vontade política, organizada na forma do legislativo, depende de um poder executivo em condições de realizar e implementar os programas acordados. Isso atinge o aspecto central sob o qual o estado se transforma numa instituição para o exercício burocrático da dominação legal. O poder do Estado só adquire uma figura institucional fixa na organização das funções das administrações públicas. Peso e abrangência do aparelho do Estado dependem da medida em que a sociedade se serve do médium do direito para influir consciente mente em seus processos de reprodução.¹¹⁶

A força inerente ao poder passa a ser sinônimo de força exercida em conformidade com o Direito; a autoridade do poder decorre da lei. Esse processo de positivação do Direito mediante a estrutura estatal acaba por transformar o direito em instrumento de governabilidade e de gestão social.

A realidade circundante de todo o avanço científico a partir do século XVI é a realidade do desenvolvimento capitalista, que acabou se impondo e influenciando as transformações sociais desde suas mais remotas origens. Nesse contexto a sistematização ocorreu mais por necessidades externas ao próprio direito do que por

¹¹⁴Já no *Digesto* se expressava a idéia de justiça como o poder de dizer o direito.

"*Jus* deriva de *justitia*, segundo o conhecido fragmento de Ulpiano contido no *Digesto* (1,1,1), e jurídico provém de *jus + dicus*, de *dicere*, dizer. Sebastião Cruz, na sua interpretação deste fragmento de Ulpiano, aponta que na concepção romana é a deusa *justitia* – que corresponde, com algumas diferenças, à deusa grega *Diké* – que gera o Direito, assim como *Diké* na concepção grega gera o Direito declarando-o (*dikaion*). Existe, conseqüentemente, *jus* quando *justitia* o diz, e ela o afirma depois de um exame totalmente reto e direto do equilíbrio entre o interesse das partes contrapostas. É por isso que a deusa romana mantém os dois pratos da balança que ela segura firmemente com as duas mãos no mesmo nível, totalmente apuradas, para poder *jus dicere*.

A semântica da interpretação de por que *justitia* antecede *jus* é reveladora do problema da justiça e de sua correlação com o poder, pois justiça, em sentido jurídico, vincula-se ao poder de dizer o que é Direito (LAFER, *A reconstrução...*, op. cit., p.63 e 64).

¹¹⁵Estado e poder ver BOBBIO, *Estado...* op. cit., cap. 3, p.3.

¹¹⁶HABERMAS, *Direito...*, op. cit., p.171.

convicção jurídica propriamente dita. O movimento no sentido de transformação do Direito proposto pelo jusnaturalismo, traduzido pela idéia de sistema¹¹⁷ como um ideal de saber científico, desde a recepção do direito romano, representou uma reação ao fragmentarismo jurídico vigente nos países europeus, que gerava incertezas quanto aos direitos de cada um.

A codificação surge, neste contexto, como um processo de simplificação e racionalização formal que correspondia a um **duplo imperativo sócio-econômico**: o primeiro era a necessidade de pôr ordem no caos do Direito Privado para **garantir a segurança** das expectativas, e atender, desta maneira, às necessidades do cálculo econômico-racional de uma economia capitalista em expansão. O segundo era o de fornecer ao Estado, através da lei, um **instrumento eficaz de intervenção na vida social**.¹¹⁸ (grifo nosso)

Toda transformação social e científica que se operou na sociedade européia, ocorreu concomitantemente ao desenvolvimento econômico e, de certa forma, foi por ele induzida. Sob a pressão dos imperativos econômicos tanto a ciência quanto o direito se instrumentalizam e se funcionalizam. E nesse processo de funcionalização os antigos ideais vão gradualmente se diluindo, a ponto de perderem seu sentido tradicional. Essa diluição provoca um deslocamento dos fundamentos anteriores, baseados numa visão orgânica de mundo, para novos fundamentos de caráter racional utilitário, voltados para a função¹¹⁹ das coisas e dos conceitos, que possibilitam a partir daí o uso instrumental, tanto da ciência quanto do direito.

Desde o desenvolvimento do comércio proporcionado pela abertura do Mediterrâneo no século XI, o direito se envolve num processo de transformação que irá culminar no Positivismo Jurídico. E a partir do século XVI a ciência também passa por profundas transformações. Se aqui se faz alusão à ciência é porque as transformações que o direito sofreu, especialmente a partir do século XVI até culminar no positivismo científico, foram determinadas pelo tipo de racionalidade

¹¹⁷Ver FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.38-57.

¹¹⁸LAFER, op. cit., p.42.

¹¹⁹Visão utilitária funcional será analisada no capítulo 3, item 3.1.

científica que se desenvolveu deste século em diante. Para se adaptar a essa nova racionalidade que direcionou a ciência, o direito teve que se submeter ao critério técnico-instrumental, estabelecido pelo novo modelo científico, para se tornar também "científico". Mas tanto um como o outro tiveram que se adaptar às exigências do modelo econômico que se delineava, e que pretendia segurança em todos os sentidos, impondo-a como um imperativo que deveria ser atingido mediante a ordem e a previsibilidade.

Nesse processo a consecução da ordem social foi atribuída ao Estado que a promoveria por meio do direito, e a ordem da natureza foi atribuída à ciência. Portanto, as causas de tais transformações que geraram uma nova visão de mundo e de vida se encontram na progressiva e constante transformação econômica que se iniciou no século XI. Esta passou a determinar os valores sociais e morais que deveriam ser prestigiados, delineando, assim, a feição da sociedade ocidental.

2.2 SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO OS PRINCÍPIOS QUE O INSPIRARAM

O controle pretendido pela racionalidade do modelo capitalista que se cristaliza na idéia de prevalência da ordem sobre o caos – a ordem da natureza e a ordem na sociedade –, encontra sua expressão máxima no pensamento positivista comtiano que concebia o progresso como ordem – o crescimento da ordem levaria inevitavelmente ao progresso. Nesse processo coube à ciência promover a ordem da natureza e ao Direito promover a ordem social. Para atender a essas exigências, ambos se funcionalizam dando início a um desvio dos fundamentos originais tanto da ciência quanto do direito. A primeira passa a se confundir com instrumental técnico e o segundo, com instrumental de governabilidade.¹²⁰ Esse processo de funcionalização acarretou uma redução tanto do potencial científico quanto do potencial jurídico:

¹²⁰Já analisado nas páginas 29 a 35.

...no momento em que a trajetória da modernidade se enredou com o capitalismo as promessas de libertação individual e coletivas contidas na modernidade foram drasticamente reduzidas. A ciência se funcionaliza para servir à técnica, transformando-se na principal força produtiva do capitalismo o que provocou uma automática e conseqüente redução de seu potencial. E nesse processo foi atribuído ao direito o papel de racionalizador da ordem social, mas para tanto ele também teve que se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência.¹²¹

A partir do século XVI se estabeleceu um relacionamento íntimo entre Direito e política, decorrente da nova idéia de Estado, poder e Direito. O Estado como criação da modernidade assume uma característica de impessoalidade e abstração antes inexistente, pois até então, ele esteve vinculado a alguém que, por razões de natureza diversa, como consangüinidade ou outorga divina, o exercia confundindo-se com o próprio poder, a exemplo das cortes absolutistas francesas. O Estado moderno, ao contrário, dissocia-se da pessoa que o representa e exerce o poder em seu nome.¹²² Embora ressalvadas as distinções que marcaram o pensamento de Hobbes, Locke e Rousseau, onde cada um foi buscar o seu fundamento de poder, para Hobbes o fundamento era a paz social, Locke se apoiava na defesa da propriedade e Rousseau privilegiava a liberdade; todos convergiam em que o poder deveria ser exercido segundo a lei e visava em última instância o "bem comum". A importância que os pensadores contratualistas e, não só eles, atribuíram à lei como o instrumento legítimo para justificar a força que o poder necessita ter para se caracterizar como tal, abriu um terreno fértil para os "ímpetus do legalismo" que embora não tenha em suas origens pretensões positivistas, acabou desembocando e até favorecendo o positivismo jurídico.¹²³

O positivismo se apropria da tendência objetivista que se expressou na Revolução Francesa e se firmou na vertente positivista, para a qual, a validação –

¹²¹SANTOS, op. cit., p.119.

¹²²Neste sentido, ver: HOBBS, op. cit., p.107-113; LOCKE, op. cit., p.82-101; Max WEBER (*Economy and society*. Berkeley: University of California Press, 1978. p.212-226); ver também LAFER (op. cit., p.69).

¹²³Neste sentido ver GOYARD-FABRE, *Os fundamentos...*, op. cit., p.82-85.

legitimação – do poder independe de fundamentos morais, ela se dá apenas no campo formal, isso quer dizer: pelo sistema de produção de normas que irão sustentar e dirigir esse poder. É sob a influência dessa concepção que o "positivismo" se desenvolve e passa a representar a validação científica do próprio Direito na sociedade moderna do capitalismo em expansão:

O aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e o do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, quer ela fosse Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios. No mesmo processo, as irracionalidades do capitalismo passam a poder coexistir e até conviver com a racionalidade moderna, desde que se apresentem como regularidades (jurídicas ou científicas) empíricas.¹²⁴

A construção racional do Estado moderno a partir do Direito e a subsequente transformação do direito em instrumento de poder que valida a atuação daquele foram extremamente úteis para justificar a intervenção deste na sociedade. O papel do Direito como legitimador da estrutura estatal ocasionou a transformação do conceito de poder e de sua natureza, o que foi vital para o desenvolvimento do modelo do Estado moderno.

A concepção moderna de Estado¹²⁵ surge concomitantemente com a idéia de sociedade desenvolvida a partir das teorias contratualistas que buscavam conciliar o confronto entre liberdade e autoridade. O antigo direito costumeiro baseado no *status* é substituído definitivamente pelas idéias do humanismo moderno:

¹²⁴SANTOS, op. cit., p. 141.

¹²⁵Ver BOBBIO, **Estado...**, op. cit., p. 73.

A filosofia do direito político a partir daí levou em conta a emancipação do Poder do Estado, cuja formulação humanista nada mais pede ao horizonte do cosmologismo antigo ou do teologismo medieval; também levou em conta as transformações do conceito de soberania, que conota a capacidade legisladora do povo ou de seus representantes.¹²⁶

É neste sentido do humanismo moderno, que o Estado sob a inarredável coerção do Direito, surge como um instrumento de proteção da liberdade, do homem. Ele mesmo traçou os caminhos de sua liberdade. A natureza coercitiva das Constituições e das leis, representa um obstáculo a tudo o que se opõe à autonomia do homem.

As idéias contratualistas, nesse contexto, oferecem uma explicação para o paradoxo da Filosofia Jurídica individualista, que não tinha como explicar o confronto autoridade/liberdade.¹²⁷ Esse conflito se resumia na questão: como pode o direito, que deve servir aos indivíduos e protegê-los, obrigá-los? Essa seria uma obrigação auto-assumida pelos indivíduos no momento da celebração do contrato social, que se dá na passagem do estado de natureza para a vida organizada em sociedade.¹²⁸ Essa passagem do estado de natureza para o estado de sociedade exige um pacto entre os homens

Afirma-se desta maneira que o Estado e o Direito não são prolongamentos de uma sociedade natural originária e orgânica, como a família, mas sim uma construção convencional dos indivíduos, ao saírem do estado de natureza. Por outro lado, o contratualismo oferece uma justificação do Estado e do Direito que não encontra o seu fundamento no poder irresistível do soberano ou no poder ainda mais incontestável de Deus, mas sim na base da sociedade, através da vontade dos indivíduos.¹²⁹

¹²⁶GOYARD-FABRE, **Os princípios...**, op. cit., p.201. Quanto as transformações e evolução no conceito e concepção de poder soberano ver a mesma autora p.192-203.

¹²⁷Ver HABERMAS, **Direito...**, op. cit., p.172.

¹²⁸Ver BOBBIO, **Estado...**, op. cit., p.73.

¹²⁹LAFER, op. cit., p.122.

Ressalvadas as distinções que marcaram a reflexão dos pensadores contratualistas como Hobbes, Locke e Rousseau, as idéias contratualistas justificaram o surgimento do Estado moderno e o seu poder por meio do direito.¹³⁰ Esse poder jurídico se delinea e se expressa de forma mais clara e material no constitucionalismo. Este retirou seus fundamentos da teoria política do Locke,¹³¹ que serviu de inspiração ao princípio da tutela dos direitos fundamentais do homem e das democracias liberais modernas, propiciando a transição do Estado absolutista para o Estado de Direito.

O constitucionalismo, no campo jurídico, expressa o projeto político racional moderno – a lei como síntese representativa da vontade da nação –, fornece os pressupostos de legitimação da autoridade de um Estado arquitetado para atender às necessidades de uma sociedade que havia se libertado das tradições sagradas e se encontrado com sua dimensão racional que conferiu um estatuto de poder individual que seria levado a cabo por um processo de generalização reguladora por meio da lei. Assim o Direito e o Estado se inserem nos princípios da ciência racional¹³² mecanicista. A vontade da nação representa o quantificável e se expressa pela lei, o instrumento, que organiza a estrutura material do Estado como poder de sanção e de execução, necessários para promover a ordem social e assegurar os direitos dos cidadãos.

¹³⁰Sobre poder no estado moderno ver GOYARD-FABRE, **Os princípios...**, op. cit., p.115.

¹³¹"...Na sociedade política formada pelo contrato, as leis aprovadas por mútuo consentimento de seus membros e aplicadas por juízes imparciais manteriam a harmonia geral entre os homens. (...) Quando um governante se torna tirano, coloca-se em estado de guerra contra o povo. Este, senão encontrar qualquer reparação, pode revoltar-se, e esse direito é uma extensão do direito natural que cada um teria de punir seu agressor. Para o homem a razão de sua participação no contrato social é evitar o estado de guerra, e esse contrato é quebrado quando o governante se coloca contra o povo. Mediante o pacto social o direito legislativo e executivo dos indivíduos em estado de natureza é transferido para a sociedade. Esta, devido ao próprio caráter do contrato social limita o poder político. O soberano seria, assim, o agente executor da soberania do povo. Este é que estabelece os poderes legislativo, executivo e judiciário." (LOCKE, op. cit., p.xvi).

¹³²O termo racional aqui empregado é no sentido moderno de razão como fundamento da ação humana, "no final do século XVIII, o homem do humanismo moderno já não se limita apenas, como sujeito segundo Descartes, a dizer 'Eu'. Ele pretende ser, precisamente no campo do direito político, nos limites mesmos da razão, o produtor de suas próprias normas e leis" (GOYARD-FABRE, **Os princípios...**, op. cit., p.201).

A ordem exigida pelo paradigma positivista levou à crescente necessidade de controle da sociedade moderna, em face da sua também crescente complexidade. Essa necessidade crescente, de controle, em razão do crescimento da complexidade social, acabou acarretando a centralização do poder por parte do Estado e o crescimento de sua estrutura. A concepção racional do Estado moderno corresponde ao modelo mecanicista da ciência; essa concepção de Estado proporcionou a criação de duas metáforas em relação ao estado que numa delas aparece como uma pessoa e na outra, como uma máquina:

No fundo as duas metáforas, a da pessoa e a da máquina, não estão tão distantes uma da outra como se poderia pensar, pois, no século XIX, o mecanicismo arquetípico da ciência moderna transformou o ser humano, a pessoa numa máquina viva (num organismo). Mas embora gêmeas, as duas metáforas são autônomas, essa autonomia revelou-se muito conveniente para o capitalismo. O estado-como-pessoa garante a exterioridade do Estado face às relações de produção e a credibilidade do estado na prossecução do interesse comum, enquanto o Estado – como – máquina garante a certeza e a previsibilidade das suas operações e, acima de tudo, a regulação eficaz das relações de mercado.¹³³

Os arquétipos da ciência moderna são reveladores dos valores de ordem material, que, desde então, passaram a dominar o pensamento científico e filosófico, e que foram responsáveis pela realidade contemporânea mergulhada em contradições e preplexidades nem sempre devidamente explicadas, ou entendidas como consequência de uma determinada trajetória histórica.

2.3 AS DIVERSAS FASES PELAS QUAIS PASSA O ESTADO DESDE O SEU SURGIMENTO

O Estado de Direito construído com base nas convicções liberais privilegiou os direitos individuais que hoje conhecemos como os direitos de primeira geração que foram consagrados nas Declarações dos Direitos Humanos – Declaração da Virgínia e

¹³³SANTOS, op. cit., p.142.

Declaração Francesa de 1789. Essa geração de direitos fundada no contratualismo de inspiração individualista estabeleceu, de forma clara, os limites que demarcavam o que é Estado e o que não é Estado (sociedade civil). Essa delimitação é fortemente marcada pelo caráter individualista dos direitos: são direitos individuais, tanto no modo de exercê-los (liberdade de opinião) como em relação ao sujeito passivo do direito – o titular do direito pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, pois esses direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro.

Com a evolução do liberalismo, no século XIX, esses direitos de primeira geração são complementados pelos direitos individuais exercidos coletivamente – a liberdade de associação – que para a "doutrina liberal representaram um ingrediente fundamental para prática da democracia e, conseqüentemente, um dado importante na interação entre governantes e governados, que favorece *ex parte populi*, a liberdade ao ensejar o controle do todo político-econômico-social pelos governados".¹³⁴ Nesse panorama liberal, o Estado encontra-se como um Estado mínimo, um Estado limitado pela perspectiva *ex parte populi*. A fase do capitalismo nascente corresponde em relação ao Estado à fase que este se confronta com a sua autolimitação. A perspectiva *ex parte populi* se estabelece de forma clara contra a perspectiva *ex parte principis*, pois a preocupação central era a liberdade; a governabilidade estava subjugada à lei que expressava o pacto da sociedade.

No século XIX, a liberdade econômica¹³⁵ encontra-se no centro das liberdades reivindicadas pelo pensamento liberal e foi uma das mais convictamente defendidas. Na fase do capitalismo nascente (em franca ascensão em conseqüência da Revolução Industrial) a liberdade se expressava no livre jogo de mercado, e o Estado só era aceito na figura de guardião da paz social, deixando total liberdade (*laissez faire, laissez passer*) para as atividades econômicas. Como hoje sabemos,

¹³⁴LAFER, op. cit., p.127.

¹³⁵Ver LAFER, op. cit., p.126.

essa liberdade proporcionada à atividade econômica revelou que a racionalidade econômica, por si só, não é capaz de prover a igualdade nas relações sociais e profissionais, ela se preocupa apenas com a sua própria liberdade. A injustiça social promovida pela exploração do trabalho pelo capital associada à expansão capitalista, que pôs fim ao mercado competitivo e auto-equilibrável, em face da "concentração e centralização do capital industrial, comercial e financeiro, a proliferação de cartéis e monopólios, e a separação entre propriedade jurídica e controle econômico",¹³⁶ levou a uma crescente necessidade de gestão econômica pública. O crescimento da desigualdade dos agentes econômicos que passam a dominar o cenário social passa a ser também o agente de crescimento das desigualdades sociais que induziram a intervenção do Estado no setor econômico.

No século XIX a jornada da história fez aparecer nos textos jurídicos outro tipo de *direito*, os chamados *direitos* de "segunda geração", que têm uma conotação eminentemente social e econômica. A partir daí houve uma forte tendência de consagração legislativa e constitucional desses direitos¹³⁷. Não gostaríamos de entrar em polêmicas a cerca da natureza e das tendências ideológicas que cercaram e continuam cercando esses direitos, apenas não podemos nos furtar a uma observação óbvia dos fatos: os problemas sociais que se proliferaram na fase liberal são inquestionáveis a necessidade de medidas saneadoras também o são. Portanto, o surgimento dos "direitos sociais e econômicos" inauguraram uma nova fase do

¹³⁶SANTOS, op. cit., p.146-7.

¹³⁷"A ampliação do conceito dos direitos do homem em sua extensão modificou sua compreensão. Tal transformação correspondia seguramente aos progressos, que conhecera a ideologia socializante desde as revoluções européias de 1848 e a difusão das teses marxistas, e traduzia um estado de espírito hostil à "soberania do indivíduo". Mas correspondia também, tanto em suas expressão quantitativa como em sua forma qualitativa, ao desenvolvimento das formas sociais de existência – ao que o direito político do Estado não podia ficar indiferente. O legislador devia doravante admitir que, tendo os direitos do homem assumido uma conotação social e econômica, cabia ao direito não só assegurar por suas disposições, como em 1989, a proteção das "liberdades fundamentais", de todo o cidadão, mas permitir a decência do nível de vida dos trabalhadores e, correlativamente, referir-se às condições econômicas de sua existência". (GOYARD-FABRE, *Os princípios...*, op. cit., p.335-336).

Direito e do próprio Estado. Essa fase que representou uma ruptura com os fundamentos da fase anterior, irá marcar a trajetória histórica do Direito e do Estado daí em diante.

A nova fase marcada pela crescente responsabilidade do Estado em prover os direitos de seus membros individuais e coletivos transformando-o em um prestador de determinados serviços¹³⁸. Essa é a base do Estado de direito que se assimila ao Estado-providência.

Nesse contexto, cabe sempre ao Estado DE direito ser uma defesa contra o imperialismo do poder político, mas o objetivo acima de tudo permitir que, em nome da radicalização da liberdade, os direitos dos indivíduos e dos grupos sejam oponíveis à autoridade do Estado. Então, como declara M. Villey, "os direitos do homem passam a ter só amigos"! Só que, no mesmo tempo que se louva, contra todo o princípio de autoridade, na autonomia da razão política, pede-se ao Estado, a despeito da contradição, que preste aos cidadãos um número cada vez maior de serviços.¹³⁹

Esse processo de transformação dos "direitos do homem" no Estado de direito, que assim se transformou no Estado-providência, em face das transformações do contexto social, gerou uma inflação de direitos, que provocou dificuldades, tanto de ordem prática, quanto de ordem teórica. As questões de ordem teórica provocaram um deslocamento da fundação do próprio Direito¹⁴⁰; as questões de ordem prática levaram a uma perda de controle do governo e de dificuldades de gestão. Toda essa evolução no campo das reivindicações dos direitos e a conseqüente reformulação do Estado demonstram que, em algum momento da trajetória histórica, tanto o Estado quanto o Direito moderno perderam seu rumo inicial. Esse desvio de trajetória se, já não foi por pressão do próprio

¹³⁸Sobre a questão dos direitos de segunda geração serem qualificados como "direitos de crédito" ver GOYARD-FABRE, *Os princípios...*, op. cit., p.336.

¹³⁹GOYARDE-FABRE, *Os princípios...*, op. cit., p.337.

¹⁴⁰GOYARDE-FABRE, *Os fundamentos...*, op. cit., p.146-150; GOYARD-FABRE, *Os princípios...*, op. cit., p.337.

mercado, acabou por favorecê-lo fazendo com que o princípio do mercado¹⁴¹ se sobrepusesse sobre os demais princípios que formam o pilar da regulação¹⁴². Com isso, os direitos individuais, vão gradualmente, se esfumando e diluindo em face das desigualdades sociais provocadas pelo caótico desenvolvimento capitalista que passa a ocupar o cenário social como o valor fonte da liberdade e da autonomia, provocando o crescimento do Estado e a instrumentalização do Direito.

...tanto no plano ideológico quanto no plano institucional, ocorreu uma inversão de tendência com relação à concepção e à *praxis* política através das quais se foi formando o Estado liberal e democrático no século XIX.

Agora sabemos com certeza algumas coisas: a) o desenvolvimento da sociedade industrial não diminuiu as funções do Estado, como acreditavam os liberais que juravam sobre a validade absoluta das leis de evolução, mas aumentou-as desmesuradamente; b) nos países onde ocorreu a revolução socialista, a idéia do desaparecimento do Estado foi por enquanto posta de lado; c) as idéias libertárias continuam a alimentar pequenos grupos de utopistas sociais, não se transformando num real movimento político.¹⁴³

A antinomia entre os direitos de primeira e os de segunda geração representam apenas o início das contradições e paradoxos em que o Estado e o Direito se envolveram por força e obra de uma evolução capitalista que foi, pouco a pouco, minando as tradições e os conceitos de liberdade, inicialmente fundados na irredutibilidade do ser humano, como fonte dos direitos, em que a sua dignidade se afirmaria com a ampliação da liberdade e a redução dos privilégios. Com o avanço e desenvolvimento da sociedade capitalista, o Estado foi crescendo e o Direito se reduzindo a mero instrumento de governabilidade.

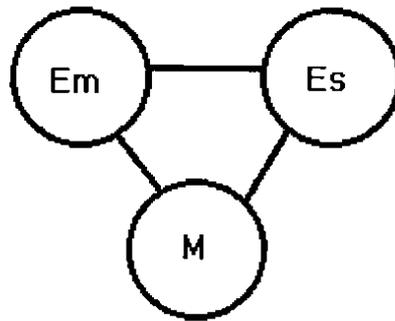
Neste ponto gostaríamos de recorrer ao triângulo institucional do capitalismo apresentado pelo sociólogo Göran Therborn em seu artigo *A Crise e o Futuro do Capitalismo*, como forma de ilustrar a trajetória do Estado moderno:

¹⁴¹Ver SANTOS, op. cit., p.145.

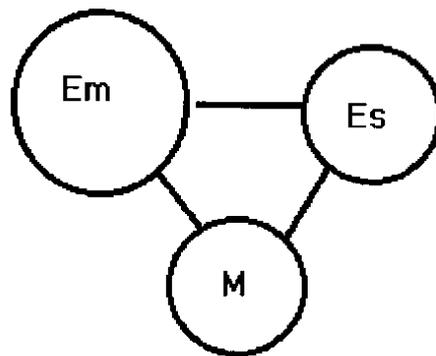
¹⁴²Ver citação 182, p.81 deste trabalho.

¹⁴³BOBBIO, *A era...*, op. cit., p.149-150.

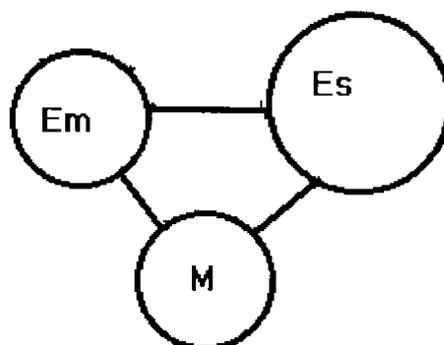
1. Capitalismo competitivo clássico



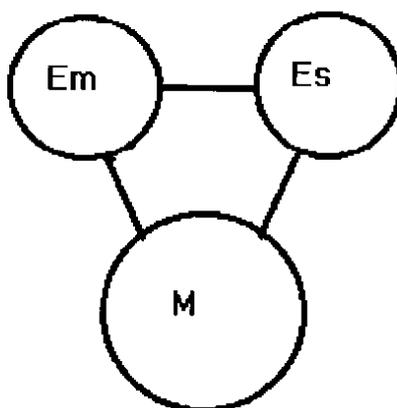
2. Capitalismo organizado (ou monopolista)



3. Capitalismo de bem-estar (Estado providência)



4. Novo capitalismo competitivo (atual)



EM = Empresa

ES = Estado

M = Mercado

NOTA: A comparabilidade está entre as configurações que caracterizam os quatro modelos, não entre os tamanhos dos elementos individuais (por exemplo, os mercados nas diferentes figuras)".

O sociólogo Göran Therborn considera que as instituições que dominam as economias modernas são: os Estados, as empresas e os mercados: "cada um dos vértices desta figura detém um poder específico: o Estado, o poder político (que pode ser autoritário ou democrático); as empresas, o poder empresarial (que é o poder de mando e, também, o poder de negociação); e o sistema de mercado o poder de competição, o poder competitivo".¹⁴⁴

A ilustração revela como o Estado vem se amoldando às exigências da realidade econômica e vai, pouco a pouco, se afastando do seu propósito inicial de garantir a liberdade individual e coletiva, para atender às exigências econômicas e do mercado. Nessa trajetória o Estado na maioria das vezes cedeu espaço às áreas econômicas, permitindo a preponderância destas sobre os interesses sociais; assim as reivindicações foram gradualmente sendo absorvidas pelos imperativos

¹⁴⁴THERBORN, Göran. As políticas sociais e o estado democrático. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **As políticas sociais e o estado democrático**. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

econômicos, retirando-se para o plano formal e lá permanecendo sem constituírem ameaças ou limites aos abusos do poder econômico. Em muitos casos concretos e ordens políticas, subsistem os mesmos problemas que induziram as primeiras reivindicações tanto de liberdade quanto de igualdade. A igualdade e a liberdade ainda não se concretizaram, para um grande número de pessoas nos mais diversos recantos do mundo contemporâneo. Como expressou Bobbio: "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político".¹⁴⁵

¹⁴⁵BOBBIO, A era..., op. cit., p.24.

CAPÍTULO 3

DESLOCAMENTO DOS FUNDAMENTOS TRADICIONAIS

3.1 A RUPTURA COM A TRADIÇÃO E OS DESEQUILÍBRIOS PRODUZIDOS PELA NOVA RACIONALIDADE

As profundas modificações, que vêm se operando no panorama sócio cultural e econômico, na sociedade ocidental, acabaram por determinar mudanças no campo jurídico. Os conflitos e incoerências hoje conhecidos, também, impregnaram o Direito em sua jornada histórica.

Embora o liberalismo tenha encontrado suas origens no jusnaturalismo as tendências cientifizadoras que se impuseram a partir do século XVI acabaram produzindo um desvio de rota do próprio Direito natural, desterrando o conjunto de valores que o fundamentavam. O forte movimento de derivação, cujas premissas já podiam ser captadas no século XIII, abalou as certezas metafísicas do pensamento clássico preparando a mudança das teses tradicionais. Inicialmente, esse movimento não se apresentou com uma nitidez linear. Em seus primórdios manifestou-se por sobressaltos pontuais insuficientes para subverter a tradição do direito natural dos antigos, ou para abolir o teologismo que sustentava o pensamento do direito na corrente tomista. Mas, pouco a pouco, foi sendo afetada pela *antropologização*, que se aproximava da ordem jurídica. Na busca dos fundamentos do Direito, a referência à natureza das coisas foi, gradualmente, sendo substituída pela referência à *natureza do homem*, operando-se assim a antropologização do jusnaturalismo e abrindo o caminho para a positivação. Nesse processo de mudanças, o Direito foi

finalmente, lançando nos campos da ciência moderna, o que produziu, mais uma vez, profundas transformações no universo jurídico.¹⁴⁶

Nesse processo de transformações houve uma sucessiva substituição do conjunto de valores e atitudes. As antigas atitudes medievais representados pela: "...crença na sacralidade do mundo natural; pelo requisito de preço "justo"; e pela convicção de que o lucro e o enriquecimento pessoal deviam ser desencorajados, e o trabalho devia servir como valor de uso para o grupo e ao bem-estar da alma"¹⁴⁷ foram a partir do século XVII, definitivamente substituídas por valores materialistas desenvolvidos pelo surgimento do sistema nacional de mercado na Inglaterra, que, a partir daí, se propagou para o mundo todo, resultando no interligado "mercado global"¹⁴⁸ atual, ganhando força com as idéias liberais que se desenvolveram e se difundiram com o Iluminismo.¹⁴⁹

A conquista política dos direitos humanos origina-se no seio da lógica da modernidade e consiste na afirmação da "...existência de direitos naturais, que pertencem ao indivíduo e que precedem a formação de qualquer sociedade política".¹⁵⁰ Para o pensamento liberal, a liberdade individual se apóia em dois tipos

¹⁴⁶"Paradoxalmente foram as mutações endógenas da teoria jusnaturalista que lhe provocaram a acusação e a condenação. Para compreender os motivos da condenação à morte que a corrente positivista preparou e proclamou sem descanso, é necessário lembrar como 'a descoberta metafísica do homem' provocou, no século XVII, num contexto intelectual preparado de longa data, uma reviravolta que levou a doutrina jusnaturalista a muito longe da inspiração cosmoteológica da época de sua fundação e a condenou a hesitações conceituais em meio às quais suas curiosas anfibologias deixaram o caminho livre para as vitórias positivistas." (GOYARD-FABRE, **Os fundamentos...**, op. cit., p.39-40).

¹⁴⁷CAPRA, **O ponto...**, op. cit., p.186.

¹⁴⁸CAPRA, **O ponto...**, op. cit., p.186. Sobre os efeitos da economia de mercado e o papel do Estado moderno na dissolução das formas orgânicas de vida "para separar o trabalho das demais atividades cotidianas e submetê-lo às leis do mercado foi preciso aniquilar todas as formas orgânicas de existência..."; ver AVRITZER, op. cit., p.86-87 (POLANYI, Karl. **The great transformation**. Boston: Beacon Press, 1944. p.163).

¹⁴⁹Neste sentido, ver BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, op. c it., v.1, p.605.

¹⁵⁰LAFER, op. cit., p.125.

de garantias: nos mecanismos constitucionais do Estado de direito e no reconhecimento de tarefas limitadas à atuação do Estado, a este cabia apenas a manutenção da ordem pública interna e internacional.

A valorização da liberdade individual no pensamento liberal significou a substituição dos valores sob os quais se fundava a visão medieval de mundo. Os novos valores que substituíram a visão tradicional de mundo até o fim da Idade Média, romperam com as tradições de um passado que apoiava suas atitudes na crença da sacralidade do mundo natural.¹⁵¹ A dimensão atribuída ao trabalho humano, pela Ética Protestante, representou um fator totalmente novo que ocasionou uma revolução na forma de pensar o mundo e localizar as atividades humanas. Nas sociedades antigas o trabalho era visto como esforço e algo ligado às necessidades de sobrevivência. Como atividade humana era considerado um esforço penoso e humilhante, pois privava o homem do ócio que lhe proporcionava o exercício de atividades nobres tais como a política e o cultivo do espírito. Para Max Weber, o calvinismo na sua versão inglesa gera uma metamorfose do trabalho transformando-o em vocação divina. Nessa transformação do trabalho que salta do pólo do castigo para o pólo da recompensa divina, o trabalho, além da dimensão moral que assume em face da nova visão protestante, passa a representar um poderoso racionalizador da atividade econômica geradora de lucro.

Essa mudança na percepção do trabalho e o novo lugar que passa a ocupar na sociedade, julga Weber, teria não só coincidido com o advento do capitalismo, mas teria sido decisiva para a construção da racionalidade capitalista ocidental moderna...¹⁵²

Nesse panorama de mudança da realidade social, as formas tradicionais de conceber o mundo foram pouco a pouco sendo tragadas pela racionalidade

¹⁵¹Ver CAPRA, **O ponto...**, op. cit., p.186; ver também ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução: Mauro W. Barbosa de Almeida; revisão: Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Perspectiva, 2002. p187.

¹⁵²CHAUÍ, Marilena de Sousa. **Introdução ao direito à preguiça**. Lafargue, 1999. p.15.

econômica,¹⁵³ que se desenvolveu a par da mudança no sistema de valores, responsável pela ruptura com a tradição. Neste processo houve uma perda do sentido de muitos dos termos que definiam tradicionalmente situações sociais. Alguns desses termos tiveram seu significado adaptado às novas contingências sociais. Um exemplo desse tipo de transformação particularmente relevante para nós é a obliteração do significado de dois termos em especial: um deles é o termo "economia" – do grego "*oikonomia*", que significava o governo da casa na Grécia antiga, contrariamente ao sentido assumido nas sociedades modernas em que foi associado ao governo da nação como se esta constituísse um único grupo familiar; o outro é o termo "privado", que provém do latim "*privare*" (despojar, privar de). A partir do surgimento da sociedade moderna, ambos assumiram significados totalmente distintos dos seus significados tradicionais ou arcaicos. Desde o surgimento do capitalismo, a noção antiga de propriedade "privada" subverte-se para assumir uma acepção oposta à acepção antiga. Para os antigos, a propriedade privada só se justificava à medida que servia ao bem-estar de todos, pois significava que aquele que a detinha privava os demais no seu direito à mesma. Sob tal concepção, a propriedade era comunal¹⁵⁴ e se justificava em função das necessidades de sobrevivência da família; ela não era de uma única pessoa, mas familiar, representava o local onde se supriam as necessidades de sobrevivência e os ritos sagrados. Outra característica da propriedade privada para a concepção antiga, que se distingue do sentido por ela assumido modernamente, é de que ela se dissociava da riqueza, e lhe era atribuído um sentido sagrado:

¹⁵³BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Revisão: Carmen T. S. Costa. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988. p.22.

¹⁵⁴Ver CAPRA, **O ponto...**, p.187; ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. cap. 2.

...antes da era moderna, que começou com a expropriação dos pobres e em seguida passou a emancipar as novas classes destituídas de propriedades, todas as civilizações tiveram por base o caráter sagrado da propriedade privada. A riqueza, ao contrário, fosse de propriedade de um indivíduo ou publicamente distribuída, nunca antes fora sagrada. Originariamente, a propriedade significava nada mais nada menos que o indivíduo possuía seu lugar em determinada parte do mundo e, portanto pertencia ao corpo político, isto é, chefiava uma das famílias que, no conjunto, constituíam a esfera pública. Essa parte do mundo que tinha donos privados era tão completamente idêntica à família a qual pertencia que a expulsão do cidadão podia significar não apenas o confisco de sua propriedade, mas a destruição de sua própria morada.¹⁵⁵

Modernamente a nova concepção individualista de mundo atribuiu à propriedade uma nova função na sociedade, e sob o novo conceito, propriedade e riqueza passaram a ser equacionadas numa relação de reciprocidade em que a propriedade passou a ser individualizada e identificada com riqueza; para a nova aceção do termo, a inexistência da propriedade é sinônimo de pobreza, representando, assim, uma medida de riqueza.

Esse tipo de inversão no significado tradicional dos termos foi uma constante em todas as áreas do conhecimento, a partir da revolução científica do século XVI e revela o sistema de valores que sustentaram as transformações sociais. A nova realidade social transformada pelo capitalismo, em ascensão, não comportava o sentido tradicional das próprias situações e dos termos que as definiam. Um dos exemplos mais dramáticos desse tipo de subversão dos conceitos foi a transformação do sentido tradicional do trabalho operada pelo sistema capitalista e sustentada pela Ética Protestante – o trabalho que tradicionalmente era associado à necessidade de sobrevivência do corpo e da espécie (vide a expressão "trabalho de parto") passa pela primeira transformação do seu sentido tradicional, nas origens do capitalismo, quando passou a ser considerado como "vocação

¹⁵⁵ARENDDT, **A condição...**, op. cit., p.71.

terrena"¹⁵⁶ pela ética protestante. A partir de então, o trabalho assumiu uma nova dimensão conceitual nas sociedades capitalistas modernas.

O ímpeto científico que dominou a sociedade moderna desde o século XVI associado aos novos valores que gradualmente foram se estabelecendo se traduziram, na área jurídica, como uma "paixão político-jurisladora".¹⁵⁷ Essa paixão "jurisladora", produziu a nova concepção legalista do Direito, expressa pelo positivismo jurídico.

¹⁵⁶"O estudo da ética protestante nasceu, para Weber, da necessidade de explicar a fraqueza da burguesia alemã, sobretudo se comparada com a burguesia inglesa, e se desenvolveu como pesquisa das forças que deram origem ao capitalismo e, portanto à burguesia. Em constante polêmica, se bem que a mais das vezes implícita, com o marxismo, Weber reavalia as idéias ético-religiosas e as mudanças na consciência de grupo que elas provocam, com fator primário da mudança social. Não cai, porém, num monofatorismo que subverte simplesmente a relação marxista estrutura/super-estrutura, para fazer do Puritanismo a única causa do capitalismo. Ele se coloca numa perspectiva plurifatorial onde os elementos psicológicos e religiosos emparelham com os econômicos. O capitalismo moderno, diferente do simples desejo de riqueza e caracterizado pela organização nacional do trabalho livre na empresa, não pode ter surgido espontaneamente, segundo Weber, sem uma mudança radical no horizonte psicológico e intelectual do homem; num horizonte que, em seu entender, mais uma vez em polêmica com Marx, é naturalmente caracterizado pelo tradicionalismo, ou seja, pela tendência a achar suficiente o teor e modos de vida herdados. Ter-se-ia chegado a tal mudança com a Reforma e, particularmente, com o calvinismo, que teria reabilitado a idéia de vocação terrena, desviada na Alemanha para o misticismo, unindo-a à da predestinação. O Puritanismo inglês e americano, na opinião de Weber, outra coisa não fez senão cristalizar e por em prática, numa situação histórica particularmente favorável, essas tendências, que orientavam o homem, subtraindo-o definitivamente 'ao império da magia', e lhe permitiam agir como indivíduo inteiramente racional. (...) O homem deveria buscar uma solução para suas incertezas espirituais no racionalismo prático da 'ascese terrena'. Esse conceito, que é central na análise weberiana, nos faz voltar ao que se disse antes sobre o significado da vocação terrena e sobre a necessidade que há, para obter pelo menos uma certeza parcial da própria salvação, de assegurar-se constantemente de novo, provando a própria capacidade de preservar e de prosperar na própria vocação. A mudança do agir no campo da atividade ética levava à necessidade de racionalizar a ação até ao máximo, para obter um sucesso terreno que era avaliado, antes de tudo, em termos ético-religioso. O mecanismo que daí nasceu e que estimulava, não ao consumo, mas à poupança para poder reinvestir em novas atividades econômica, teria dado lugar à acumulação primária, demonstrando assim a importância do Puritanismo como elemento propulsor do capitalismo" (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, op. cit., v.2, p.1036-1037).

¹⁵⁷Ver GOYARD-FABRE, *Os fundamentos...*, op. cit., p.123.

Na vontade de cientificidade que o faz insurgir-se contra as figuras do direito natural reputadas 'metafísica', o positivismo insiste sempre numa idéia-força que se torna seu traço fundamental: é o postulado da prioridade e da auto-suficiência do direito positivo; considerando sempre o direito de *lege ferenda*, ele se proíbe qualquer incursão pelas intenções do legislador e não se indaga a finalidade das regras do direito.¹⁵⁸

Assim a sociedade moderna rompe com as tradições do passado, inaugurando uma nova fase de desenvolvimento da cultura humana voltada às novas concepções possibilitadas pelo desenvolvimento econômico e pela nova concepção de mundo que essa evolução proporcionou.

Nesse processo houve uma verdadeira síndrome legalista e de direitos¹⁵⁹, que lançaram o Estado e o constitucionalismo para o centro da doutrina jurídica do ocidente. Essa síndrome é facilmente verificável em previsões constitucionais, que elevaram a categoria de "direitos" situações que tradicionalmente assumiam uma conotação totalmente diversa da atual. Esse tipo de subversão dos conceitos tradicionais, operada pela transição do mundo antigo para o mundo moderno, induz ao questionamento sobre o real significado do próprio termo "direito", tanto na sua aceção de sistema normativo, como na sua aceção daquilo que é inerente à qualquer pessoa ou ser vivo; daquilo que ele pode reclamar dos demais quando ameaçado ou violado, aqueles "bens" inerentes à personalidade do homem – como vida, liberdade, honra. Neste sentido podemos tomar como exemplo a mudança de sentido da atividade do "labor"¹⁶⁰ que mudou completamente. Se para os antigos o trabalho era associado às necessidade de subsistência, com o avanço do capitalismo e a influencia da ética protestante que o sustentou, na era moderna, o trabalho no sentido arendtiano de labor passou a ser considerado um direito a exemplo do artigo 7º da Constituição brasileira

¹⁵⁸GOYARD-FABRE, *Os fundamentos...*, op. cit., p.73-74.

¹⁵⁹Ver GOYARD- FABRE, *Os fundamentos...*, op. cit., p.111-127.

¹⁶⁰Sobre o labor e trabalho e as modificações de sentido dessa atividade humana ver ARENDT, *A condição...*, capítulos III e IV.

"São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho...".¹⁶¹ O enunciado constitucional revela a mudança no sentido de determinadas situações e a sua juridicização. A juridicização de situações como o trabalho lançou o Direito em situações difíceis e paradoxais, pois diante de tal enunciado constitucional, se a pessoa resolver não trabalhar, pois trabalhar é um direito, e como tal pode-se dispor dele, optando por não exercê-lo, tal pessoa terá o direito de morrer de fome, ou neste caso o que pareceria mais coerente o Estado proveria suas necessidades básicas?

Na sucessiva alteração do significado de muitas expressões, a concepção tradicional do que representava a teoria, também, se transformou em face do novo modelo científico, uma vez que, diante do novo paradigma científico que deixou de aceitar, a verdade e o conhecimento como algo dado pela natureza, a teoria assumiu nova concepção, passando a significar:

...a noção de 'teoria' mudou de significado. Não mais significou um sistema de verdades razoavelmente conectadas que, enquanto verdades, não foram construídas mas dadas à razão e aos sentidos. Tornou-se, ao invés disso a teoria científica moderna, que é uma hipótese de trabalho que muda conforme os resultados que produz e que depende, para sua validade, não do que 'revela', mas do fato de 'funcionar'.¹⁶²

Em face, do novo significado atribuído à teoria, a ciência encaixou-se perfeitamente na nova definição, pois funciona, uma vez que ela ao desenvolver a tecnologia proporcionou grandes avanços, extremamente úteis, à humanidade, que hoje são conhecidos; e, inegavelmente, proporcionaram um grande avanço e desenvolvimento em várias áreas do conhecimento. Já em relação ao Direito não se pode dizer a mesma coisa. Desde que o Direito enveredou pelos caminhos científicos, ele foi cada vez mais se embrenhando em crises sucessivas até culminar na sua situação atual, de total perda do seu sentido.¹⁶³ Diante da crescente crise institucional

¹⁶¹Artigo 7.º Constituição da República Federativa Brasileira.

¹⁶²ARENDDT, **Entre o passado...**, op. cit., p.68.

¹⁶³Quanto a perda do sentido do Direito ver GOYARD-FABRE, **Os fundamentos...**, op. cit., p.xvii- xliii.

e de autoridade do Estado e do próprio Direito, em que o mundo atual está mergulhado, cabe a questão sobre, se a vontade cientificadora, que produziu o positivismo, foi capaz realmente, de inserir o Direito no âmbito científico, isto para não se falar de questões de ordem prática, que fogem a conjecturas filosóficas, como a sua total impotência e ineficiência, para solucionar ou até mesmo, minimizar crises sociais, que se proliferam, especialmente, em países de desenvolvimento tardio como o Brasil atual.

No Direito o processo de funcionalização sustenta-se e se manifesta pelo papel atribuído ao Estado constitucional, que se estrutura segundo uma racionalidade legal, isto é, o Estado é criado de acordo com os procedimentos e as técnicas do constitucionalismo moderno.¹⁶⁴ Na nova visão de Estado que se inicia no século XVI a ação de governar se submete à lei, nesta situação, o representante do poder deve obediência à lei. Esse tema do governo segundo a lei, não surge com a concepção de Estado moderno, ele remonta à antigüidade e já constituía uma preocupação para Platão e Aristóteles. Ambos questionavam qual era o melhor governo,¹⁶⁵ mas isso assume especial relevância a partir do surgimento do Estado moderno que apresentou um rigor institucional¹⁶⁶ jamais visto em fases históricas anteriores.

A estabilidade social pretendida pelo poder econômico encontra na lei um dispositivo de controle do poder político, e, este por sua vez, passa a ser visto como força exercida em conformidade com o Direito.¹⁶⁷ Nesse contexto a ação em conformidade com a lei passa a representar a nova visão de justiça, que está mais ligada à idéia de coerência do que a conceitos filosóficos de justiça. Para Hobbes, "a injustiça consistia em fraudar a palavra dada, ou seja, em violar os pactos, inclusive

¹⁶⁴SIEYÈS, op. cit.

¹⁶⁵BOBBIO, **Estado...**, op. cit., p.96.

¹⁶⁶FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.160.

¹⁶⁷Neste sentido ver HABERMAS, **Direito...**, op. cit., p.171-172.

os pactos quanto ao procedimento".¹⁶⁸ Assim, a coerência passa a representar uma virtude jurídica, que desvincula a ação de princípios substantivos de justiça. Diante disso, exige-se apenas que a ação esteja em conformidade com a lei. Essa redução da idéia de justiça contribui para a progressiva funcionalização e uso cada vez mais instrumental do Direito, a ponto de transformá-lo em instrumento de governabilidade e de gestão social,¹⁶⁹ subordinando-o ao Estado e à atuação deste:

...dada a injunção de novas situações ditadas pelo crescimento econômico, a Dogmática Jurídica procura conceitos mais abertos, capazes de explicar a quebra de hierarquias normativas comum no Direito Econômico que parece revolucionar os velhos princípios da legalidade e da constitucionalidade.¹⁷⁰

A crescente complexidade sociopolítica levou a um formalismo extremo acarretando uma abstração do conceito de Estado de Direito e gerando o desequilíbrio na relação Estado-cidadão. Nesse processo o Estado passou por várias fases e nelas desempenhou um papel mais ou menos atuante nas relações socioeconômicas. Mas nem sempre o aumento da intervenção e a influência estatal no domínio social acarretaram, como seria de esperar, maior participação social.¹⁷¹ Esse aumento do sistema político institucional sem o correspondente aumento dos benefícios sociais que deveriam advir da atuação estatal corresponde, na definição de Habermas, à colonização do mundo da vida. Essa colonização ocorre, "sempre que a prática social não pôde validar os pressupostos de atuação do Estado (...) isto é a destruição das relações sociais sem a criação de equivalentes funcionais jurídicos adequados".¹⁷² Rompe-se, assim, o nexó entre Estado e realidade social, e com essa ruptura o Estado se distancia de seu fundamento originário, aquele que justificou a

¹⁶⁸LAFER, op. cit., p.68-69.

¹⁶⁹Ver LAFER, op. cit., p.45; 67; ver também neste sentido SANTOS, op. cit., p.143.

¹⁷⁰FERRAZ JR., op. cit., p.198.

¹⁷¹FERRAZ JR., op. cit., p.201.

¹⁷²SANTOS, op. cit., p.151.

sua concepção como estrutura organizada por meio do sistema de normas – próprio do constitucionalismo moderno que, por sua vez, representou o meio idôneo para sustentar e fornecer os pressupostos de validação da nova configuração estatal. Nesse processo de distanciamento os papéis se invertem. O sistema legal que concebe e fundamenta o Estado passa a ser usado por este como instrumento de sua atuação no meio social, atuação esta que se encaixa na definição habermasiana de colonização do mundo da vida pelo sistema. A colonização é promovida por ações estratégicas, nas quais o efeito, segundo Austin¹⁷³, é perlocucionário – a linguagem neste caso não é usada para produzir entendimento entre os atores, ao contrário, ela usada para produzir uma reação entre estes.

Nesse processo o Estado acabou monopolizando a produção normativa; com isso o sistema legal que representava originariamente a "autoridade"¹⁷⁴ apta e capaz de organizar a convivência social, e, portanto, promover os anseios modernos de emancipação individual e coletiva, foi se afastando desses ideais, na medida em que o sistema passou a se autoproduzir, dispensando, assim, os fundamentos originários que o inspiraram e viabilizaram a sua criação. Sempre que o sistema se sobrepõe, aumentando sua intervenção no meio social sem proporcionar os benefícios sociais que deveriam obrigatoriamente resultar de tal interferência, está havendo uma inversão nos valores e fundamentos que sustentam o próprio sistema. Na maioria dos casos as intervenções arbitrárias do sistema no espaço em que se

¹⁷³ARAÚJO, Inês Lacerda. **Habermas**: o conceito do agir comunicativo. In: PAZ, Francisco Moraes. **Utopia e modernidade**. Curitiba: Ed. UFPR, 1994. p.203.

¹⁷⁴O termo autoridade aqui foi usado no sentido arendtiano – autoridade livre de força ou como instrumento coercitivo. Neste sentido a norma é seguida ou cumprida, não pelo seu aspecto coercitivo, mas porque essa norma expressa uma convicção do grupo social ao qual ela se destina. Assim ela goza de legitimidade intrínseca, pois manifesta exteriormente um consenso do meio social ao qual ela regula e organiza. Neste sentido, também essa norma se encaixa na definição habermasiana de ação comunicativa.

forma a opinião pública, na concepção habermasiana do termo¹⁷⁵ não traduzem os anseios e as expectativas do meio social, ao qual tal intervenção se dirige; em síntese, não representam a opinião pública. Esse distanciamento da lei da realidade por ela regulada revela a atuação "estratégica" do Estado logo acima referida. Assim, o sistema se sobrepõe às necessidades da convivência social rompendo com as formas de comunicação indispensáveis a uma fundamentação legítima.¹⁷⁶

O gradual e crescente afastamento tanto do Estado como do Direito dos seus fundamentos originais evidencia-se no crescimento das desigualdades na sociedade capitalista. Esse distanciamento levou primeiramente ao aumento do Estado, e de seu papel, e ao seu posterior encolhimento, como demonstra o triângulo institucional do capitalismo.¹⁷⁷ Essa oscilação no desempenho do Estado desde o século XIX revela, em especial, que sempre houve uma inter-relação entre a prática econômica capitalista e o papel do Estado. Por força da própria natureza da expansão capitalista, que não segue uma trajetória linear, tanto a sociedade quanto o Estado devem se amoldar às mudanças ditadas pela instabilidade que vem caracterizando a dinâmica capitalista. Nesse tipo de dinâmica, que de certa forma pode ser definida como caótica, pois tem sua própria lógica, a exemplo das teorias

¹⁷⁵"Na verdade, se a noção de 'domínio público' assumiu um sentido técnico para designar o que não é suscetível de apropriação privada, a expressão 'espaço público' possui uma conotação bastante fluente, devida sobretudo ao emprego que lhe deu Jürgen Habermas em 1961, na sua tese *Strukturwandel der Öffentlichkeit*; então ele estudava, de um ponto de vista sócio-histórico, a formação da opinião pública como dimensão constitutiva das sociedades burguesas; nessa perspectiva, a noção de 'espaço público' a que se referia designava, principalmente nos sistemas neocapitalistas, o domínio em que, entre a sociedade civil (a partir de Hegel, a expressão 'sociedade civil' não mais designa, como nos autores dos séculos XVII e XVIII, a sociedade política ou estatal. Ela significa essencialmente a dimensão econômica da sociedade) e o estado, se forma e se formula a opinião pública. Jürgen Habermas afirmava e desenvolvia a idéia segundo a qual, sob a influência cruzada do conhecimento, da política e dos interesses, a opinião pública obedece ao paradigma da comunicação." (GOYARD-FABRE, *Os princípios...*, p.52).

¹⁷⁶Quanto às formas de comunicação necessárias à legitimação política e do direito ver HABERMAS, *A crise...*, op. cit., p.138.

¹⁷⁷Idem 2.3, p.43.

do caos na física moderna,¹⁷⁸ torna-se impossível permanecer agarrado de forma atávica ao modelo positivista da ordem em todos os campos da vida.

Os anseios positivistas de ordem social e de ordem da natureza de certa forma revelam os paradoxos que já se encontravam na origem do seu surgimento, pois a busca da ordem traz à luz a convicção de que ela não está presente, ou não existe; portanto, o positivismo representa o reconhecimento tácito da inexistência da "ordem", e ao mesmo tempo a crença ingênua de que, a partir de uma inversão nas formas tradicionais de conceber o mundo e a sociedade, seria possível atingir o controle sobre os fatos naturais e sobre as relações sociais como forma de promover a ordem. A inversão das concepções tradicionais foi uma empreitada realizada pela revolução científica do século XVI, que se poderia qualificar como a infância da ciência, pois o seu próprio desenvolvimento acabaria por demonstrar suas deficiências, como será visto na seqüência. Todo esforço "científico" no sentido de promover a ordem acabou sendo tragado pelo ritmo do desenvolvimento econômico e da crescente complexidade social, conforme os próprios avanços da ciência, e os fatos sociais que se encarregaram de comprovar a inadequação da visão positivista.

Nem a ciência, nem o direito conseguiram debelar os excessos e as deficiências produzidas pelo paradigma da modernidade¹⁷⁹; em muitas situações a

¹⁷⁸Ciência e Física modernas, ver: CAPRA, Fritjof. *O tao da física: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental*. São Paulo: Cultrix, 1983.; SANTOS, op. cit., p.78-79.

¹⁷⁹Nietzsche de forma mais dramática, e Husserl vislumbraram a eminente crise em que mergulhava a cultura ocidental moderna – "Nietzsche certamente não é um filósofo do direito; mas o olhar desnudante que lança sobre o mundo dos homens e das idéias leva-o a denunciar de modo implacável suas discussões dogmáticas: por um lado a verbosidade idealista traduz a degenerescência e o definhamento do homem; por outro, a fadiga intelectual do cientificismo, apogeu do monismo racionalista, não passa de um intelectualismo abstrato com ares de uma falência. No final do conflito, 'uma sociedade de exauridos' apega-se no crepúsculo. O choque dos dois dogmatismos insere-se num processo irreversível em que, à morte de Deus, sucede-se a morte do homem? Ou o naufrágio metafísico poderá ser evitado? Em sua loucura, Nietzsche levou consigo a resposta a essa questão...De qualquer maneira, o destino da humanidade escreve-se com um palimpsesto e cada nova escrita exige uma nova sintaxe: a 'transfiguração do fracasso' envolve uma equivocidade que confina o enigma. O que fica claro, contudo, é que no choque das doutrinas, as fundações do direito não vieram à tona. Menos misterioso Husserl denunciou 'a crise' na qual o

nova concepção científica acabou gerando novas deficiências, como, por exemplo, o desequilíbrio econômico entre países colonizadores e os países colonizados. Quanto ao Direito, em face do novo paradigma, foi necessário deslocar a sua tradicional fonte sagrada para a razão, o que possibilitou, desde então, sua instauração política e o seu uso como instrumento de poder: "...a implosão da abóbada do direito sagrado deixou para trás as ruínas de duas colunas, a saber: a do direito instaurado politicamente e a do poder utilizável instrumentalmente".¹⁸⁰

Especialmente o mito do progresso material ilimitado, o qual seria atingido mediante o crescimento econômico com o auxílio do desenvolvimento tecnológico, propiciado pelo desenvolvimento científico gerou uma postura arrogante e presunçosa na sociedade ocidental que é a precursora do progresso científico e dos direitos humanos.¹⁸¹ A crença exagerada nas virtudes científicas, como, por exemplo, a de que o desenvolvimento científico possibilitaria a dominação da natureza, e do seu uso para o benefício comum da humanidade, provocou uma série de distorções sociais que vêm se revelando desde meados do século passado, impedindo a manutenção de concepções ingênuas como a de que o progresso econômico possa por si só resolver as crises por ele mesmo criadas.

choque dos dogmatismos atolou a cultura européia. Por um lado, as figuras teológicas da filosofia orientaram a filosofia para 'um pólo infinito', mas a finitude reteve o homem num mundo desesperante; por outro, a hipertrofia racionalista que, com seu inchaço e sua desmedida, objetiviza o sujeito, coisificando o homem e suas obras, abafa qualquer projeto cultural. De maneira ou de outra, os predicados normativos são excluídos e a 'aflição' é geral. Numa época em que a política instila angustia – não esqueçamos os anos de 'perigo mortal' que ameaça a Europa (alusão ao nazismo, fascismo italiano, instalado a mais de dez anos, franquismo na Espanha e o socialismo que na Rússia havia se tornado estalinista, comprovando que o humanismo havia mergulhado no terror) – a idéia do direito perdeu seu ponto de ancoragem. O universo jurídico é confundido ou com a construção de formas puras ou de esboços-limites, ou com 'o sistema material e fechado' do objetivismo cientificista: ele já não tem raízes. Essas concepções rígidas são alienantes." (GOYARDE-FABRE, **Os fundamentos...**, p.103-104).

¹⁸⁰HABERMAS, *Direito...*, op. cit., p.185.

¹⁸¹Crítica à retórica dos direitos humanos, ver SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. cap. 10.

Nesse processo histórico, pode-se dizer que a emancipação foi tragada pela cientifização e pela regulação, que foram desviadas de sua rota original para servir única e exclusivamente ao mercado. A ciência ao mesmo tempo que tolheu a emancipação, pois se voltou exclusivamente para a produção tecnológica, que por sua vez se direcionou no sentido de satisfazer os interesses da esfera econômica, possibilitou um aprofundamento do conhecimento, permitindo ver a fragilidade dos pilares em que se funda toda modernidade:

...a modernidade se assenta em dois pilares, o da regulação e o de emancipação, cada um constituído por três princípios ou lógicas. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, formulado essencialmente por Hobbes, pelo princípio do mercado, desenvolvido sobre tudo, por Locke e por Adam Smith, e pelo princípio da comunidade, que domina toda a teoria social e política de Rousseau. O princípio do Estado consiste na obrigação política vertical entre cidadão e Estado. O princípio do mercado consiste na obrigação política horizontal individualista e antagônica entre os parceiros do mercado. O princípio da comunidade consiste na obrigação política horizontal solidária entre membros da comunidade e entre associações. O pilar da emancipação é constituído pelas três lógicas de racionalidade definidas por Weber: a racionalidade estético-expressiva das artes e literatura, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e tecnologia e a racionalidade moral-prática da ética e do direito.¹⁸²

O aprofundamento do conhecimento trouxe à tona e expôs claramente os desequilíbrios produzidos pelo paradigma da modernidade, demonstrando a partir dos fenômenos sociais que o pilar da regulação foi absorvido pelo princípio do mercado. Esse desequilíbrio vem sistematicamente se manifestando pela crescente desarmonia nas relações socioeconômicas, presentes nas sociedades ocidentais que se formaram a partir do século XVI, nas quais os valores capitalistas¹⁸³ se impuseram e se mantêm inalterados até a atualidade. A escala de valores capitalistas fundada em generalizações simplificadoras, que se convencionou chamar "civilização ocidental" com um certo orgulho e arrogância, ciosos do "seu desenvolvimento", segundo

¹⁸²SANTOS, op. cit., p.50.

¹⁸³Ver CAPRA, *O ponto...*, op. cit., p.187-188; BOBBIO, *Liberalismo...*, op. cit., p.22.

Amartya Sen impedem uma reflexão imparcial sobre o autoritarismo e a centralização de poder cada vez mais evidente na sociedade ocidental.¹⁸⁴

Esse processo arbitrário¹⁸⁵ de definição desenvolveu uma concepção, porque não dizer, presunçosa e preconceituosa, na qual tudo que não se adaptava na nova realidade social imbuída de "valores de cientificidade" era desprezado como ignorância ou superstição; assim, a partir do século XIX, o Direito viu-se compelido, a amoldar-se, ao paradigma científico. Toda a transformação de antigas concepções clássicas, operou-se, num contexto social em que, o econômico assumia uma importância jamais vista em épocas anteriores. Portanto, muitas das antigas situações e do significado de vários termos tradicionais, foram sendo adaptados à nova realidade que privilegiava o fator econômico. Hannah Arendt, ao analisar a inversão de valores operada na sociedade moderna que concebe o *homo faber* como um produto da esfera pública, que por sua vez corresponde ao mercado de trocas e ao capitalismo, em seus primeiros estágios, acaba por situar o valor em face da relatividade da troca; o valor não é produzido no isolamento "as coisas as idéias ou os ideais morais só se tornam valores em suas relações sociais". Nesse processo o uso do termo valor foi objeto de confusões:

A confusão reinante na economia clássica e a confusão maior que resultou do uso do termo 'valor' (*value*) na filosofia foram originalmente causadas pelo fato de que a palavra mais antiga, 'valia' (*worth*), que ainda encontramos em Locke, foi suplantada pela expressão 'valor de uso' (*use value*), aparentemente mais científica. Marx também aceitou esta terminologia; e fiel à sua repugnância em relação à esfera pública, viu sistematicamente o pecado original do capitalismo na mudança de valor de uso para valor de troca. No entanto, contra tal pecado de uma sociedade comercial, onde realmente o mercado de troca é o lugar público mais importante e onde, conseqüentemente, tudo se torna valor cambiável, ou seja, mercadoria, Marx não invocou a valia objetiva 'intrínseca' à própria coisa. Em seu lugar, colocou a função que as coisas exercem no processo vital consumidor, que tanto desconhece valia objetiva e intrínseca quanto valor subjetivo e determinado pela sociedade.¹⁸⁶

¹⁸⁴ SEN, op. cit., p.282-283.

¹⁸⁵SANTOS, op. cit., p.61 cita WIGNER, 1970, p.3.

¹⁸⁶ARENDRT, *Entre o passado...*, op. cit., p.178-179.

Portanto, o desvirtuamento do sentido original do termo valor e a sua aplicação funcional acabaram por sustentar os novos valores materialistas e funcionais que marcaram a sociedade moderna. O empirismo científico ao desenvolver o método indutivo de experimentação imprimiu um caráter de comprovação material na ciência. Essa nova concepção de materialidade passou a influenciar a ciência que até então estava contida na filosofia. A partir da nova concepção técnico-instrumental de ciência, a filosofia foi desacreditada como idéia de ciência passando a habitar os domínios do não científico porque seu conteúdo não se presta às comprovações empíricas. Foi, a nosso ver, essa nova concepção que privilegiou e propiciou o desenvolvimento econômico.

A partir da nova concepção voltada para o fator econômico, ocorreu um desequilíbrio nos pilares que sustentavam a modernidade, anteriormente referidos; com o desequilíbrio o pilar do mercado passou a predominar entre os demais, relegando, assim, a emancipação a um plano secundário, e lançando o princípio do mercado para o centro da ação social, o que acabou por transformá-lo em um fim em si mesmo. A ciência passa a servir à técnica e se transforma na principal força produtiva do capitalismo e o direito, por sua vez, se transforma em um racionalizador da ordem social, pois cabia a ele assegurar a ordem exigida pelo capitalismo.¹⁸⁷

No campo jurídico, as arbitrariedades da concepção "científica" de mundo traduziram-se no Positivismo Jurídico que acabou por reduzir o Direito à lei, transformando – o em instrumento técnico de gestão da sociedade ao qual cabe permitir, proibir, comandar, estimular e desestimular comportamentos. Esse direito passa a ser "positivado pelo poder estatal, ou por ele coonestado, garantido pela sanção, e que tem como pressuposto a utilidade, para a sociedade, do Direito

¹⁸⁷SANTOS, op. cit., p.119.

Positivo".¹⁸⁸ Esse Direito Positivo caracteriza-se por sua mutabilidade e particularidade, assim, torna-se impossível conhecer, identificar e qualificar o jurídico pelo seu conteúdo, portanto, ele deve ser caracterizado pela sua forma. Essa concepção formalista gerou a necessidade de uma ordem jurídica estatal, pois a identificação da justiça com a legalidade é contemporânea ao surgimento do Estado moderno que em última análise é uma consequência da racionalização formal; portanto, a ordem consubstanciada pelo ordenamento jurídico estatal, criado de acordo com os procedimentos e as técnicas do constitucionalismo moderno, representou um dispositivo fundamental para o controle do processo político de poder.¹⁸⁹

Com a evolução da sociedade capitalista, o direito racional construído de forma sistemática e coerente a partir da estrutura institucional do Estado revelou-se um instrumento frágil e insuficiente para evitar as crises na interação entre Estado e Sociedade Civil, desde a Revolução Industrial, gerando uma crise de legitimidade¹⁹⁰ do poder estatal exercido conforme o direito.

Ao libertar-se dos conteúdos sagrados, o Direito moderno teve que encontrar novas fontes de fundamentação; essas fontes passaram a ser buscadas em novas estruturas e, nesse processo, fontes e estruturas de validação e de fundamentação confundiram-se, gerando um processo circular de fonte produtora e legitimadora ao mesmo tempo; a lei sustenta o Estado e este produz a lei. Essa

¹⁸⁸"Assim, em seu formalismo, o positivismo legal apresenta-se como um dos maiores trunfos do Estado moderno e costuma ser apresentado pelos autores como uma aquisição definitiva da ciência do direito. Por influência da racionalidade cuja lógica intrínseca tende para a sistematização da ordem jurídica, a **natureza** do direito acaba se confundindo com a **forma** estatutária da lei. Desse princípio decorrem todas as características do positivismo: o estatismo centralizador, a organização dedutivista do direito e, portanto, a coerência do aparelho jurídico, a separação entre legalidade jurídica e legalidade moral, autonomização do direito que deve evitar, em seu formalismo, qualquer referência a um horizonte de valor. O poder racional, que constituiu a trama do positivismo jurídico, vem junto com o que Max Weber denomina 'neutralidade axiológica' do *corpus* jurídico." (GOYARDE-FABRE, *Os fundamentos...*, op. cit., p.76). No mesmo sentido, LAFER, op. cit., p.47.

¹⁸⁹HABERMAS, *Direito...*, op. cit., p.183.

¹⁹⁰BOBBIO, *Estado...*, op. cit., p.91-93.

forma tautológica de fundamentação baseada na formalização sistêmica por meio do aparelho estatal, facilitou e propiciou o uso instrumental do Direito.

O crescente processo de formalização do Direito foi, cada vez mais, neutralizando-o em relação às considerações de natureza ética e moral, em termos de certo e errado. Com isso houve uma descaracterização dos fundamentos e valores que inicialmente inspiram as primeiras transformações no Direito moderno.

Esse tipo de concepção legalista encerrou o risco do uso instrumental da legalidade, bastando definir legalmente os procedimentos a serem adotados em termos de ação social sem a necessidade de consideração de cunho moral, pois a lei produzida segundo os ritos e procedimentos institucionais previstos nas Constituições modernas passaram a ser os únicos fundamentos exigidos para a legitimação da lei, que desta forma assume um caráter instrumental. O exemplo mais dramático da aplicação instrumental da lei, e que representou um dos fenômenos de dominação mais "bárbaros" testemunhados pela história, foi o totalitarismo, que, nas palavras de Hannah Arendt, constituiu uma experiência na qual os limites entre o aceitável e o inaceitável desdobraram amplamente daquilo que possa parecer razoável, pois correspondem a uma destruição sistemática da individualidade e da singularidade próprias da natureza. Tanto a experiência do nazismo quanto a do stalinismo colocam-se contra os valores consagrados da Justiça e do Direito que tiveram como objetivo entender o homem como o sujeito do direito e fundamento legitimador do ordenamento jurídico.¹⁹¹ Como observou Bobbio, "dos possíveis horrores do positivismo jurídico, um deles é o de ele poder comportar a *reductio ad Hitlerum*, e também a redução a Stalin".¹⁹²

Independentemente de justificação teórica ou filosófica, o século XX foi palco de experiências dramáticas como o totalitarismo e o stalinismo. Ambos foram

¹⁹¹ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

¹⁹²LAFER, op. cit., p.77.

acontecimentos sociais extremamente complexos que, entre muitos aspectos, revelaram o lado sombrio da humanidade, a ânsia insaciável de dominação do ser humano pelo próprio ser humano. Nesse processo de dominação o sistema legal mostrou-se um aliado da dominação ao invés de funcionar como um instrumento para coibir os abusos praticados contra a pessoa e a vida. A lei possibilitou a validação de muitas ações arbitrárias, transformando grupos de pessoas em seres "supérfluos" através de normas de nacionalização.¹⁹³ Mas não apenas neste sentido os movimentos totalitários se apoiaram na legislação para impor suas convicções tanto de natureza política quanto de natureza racial. O uso instrumental da lei possibilitado pela fundamentação sistêmica desvelou um risco latente e a face perversa do Positivismo Jurídico. Esses acontecimentos expuseram um dos aspectos mais sombrios do Direito moderno, pois, ao se desvincular de sua dimensão valorativa para se isolar como um sistema formal e científico, o direito se reduz a instrumento que possibilita a intervenção no mundo dos fatos sociais como forma de obter-se determinado resultado. Esses resultados tanto podem ser em benefício da sociedade como podem acarretar prejuízos a grandes ou pequenos grupos sociais. Os efeitos sempre dependerão das motivações e dos valores que orientam a ação legal. Não se pode deixar de lembrar que a lei é criada por homens e conseqüentemente será impregnada por suas convicções. A natureza coercitiva da lei é um instrumento a serviço do poder político do Estado, como define Habermas: "o poder político tem à mão, como fonte de força, meios coercitivos de caserna".¹⁹⁴ Da mesma forma que o avanço científico e tecnológico trouxe imensos benefícios para a humanidade, pode, também, trazer grandes prejuízos, alguns já experimentados e comprovados – a exemplo, da bomba atômica e o seu uso bélico;

¹⁹³Quanto a questão das normas de nacionalização e a transformação de pessoas em seres superfluos ver Arendt, "As origens do totalitarismo". Os perigos que o positivismo encerra também já foram levantados na nota de rodapé n.º 179, página 79.

¹⁹⁴HABERMAS, *Direito...*, op. cit., p.184.

a engenharia genética representou um avanço inigualável, mas também traz imensos riscos, cada vez mais conhecidos e discutidos. Portanto, o conhecimento dos riscos que o avanço científico encerra induz, cada vez mais a, discussões éticas no campo da ciência. O Positivismo também representou um grande avanço no campo jurídico, mas esse avanço encerra alguns riscos que devem ser encarados.

A lei como fonte de legitimação da ação política apresenta seus riscos e perigos, que as sociedades contemporâneas devem cada vez mais enfrentar e refletir sobre eles, pois hoje não são mais ignorados. Em sociedades com a complexidade crescente das sociedades no mundo atual, esse tipo de fundamentação tende a tornar-se cada vez mais problemático, porque o consenso social que fundamenta a produção legislativa se estabelece mediante o processo de eleição política, que, segundo Luhmann, "gera a suposição de apoio político à decisões vinculativas".¹⁹⁵ Neste caso há uma neutralização de papéis, pois o formalismo só permite um sim ou um não que não possibilitam o desdobramento racional de interesses. No processo decisório das sociedades contemporâneas, o autocomprometimento que deve estar na base da ação social se faz com um apoio formal para programas apresentados que se transformaram em programas vinculativos por meio do processo legislativo, que fornecerá o consenso político para a vinculação de cada tipo específico de programa.¹⁹⁶

Essa técnica de validação formal do consenso pelo procedimento legislativo, tão conhecida dos Estados constitucionais da atualidade opera-se pela representatividade indireta. Se tomarmos por base a sociedade brasileira em que grande parte dos eleitores é analfabeta e outra parte é semi-alfabetizada, cabe o questionamento sobre a legitimação das propostas políticas e dos próprios representantes, pois os eleitores carecem das condições mínimas de uma crítica valorativa tanto em relação às primeiras quanto em relação aos segundos. Isto para

¹⁹⁵LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. v.2. p.66.

¹⁹⁶LUHMANN, op. cit., v.2, p.67.

não contar com a participação coagida no processo de formação do "consenso" e "autocomprometimento" pela obrigatoriedade do voto.

Toda a formalização racional do Direito, operada pela positivação em determinadas situações, pode representar um risco social, pois pode ser usada como instrumento de domínio e de imposição de interesses setoriais, que nem sempre representam benefício para a sociedade. E esse tipo de intervenção na realidade social por meio do aparato institucional do Estado, embora esteja respaldado e ratificado pelo processo de formalização da vontade coletiva mediante o voto, nem sempre é sinônimo de participação na formação da vontade política, e, portanto, não constitui um fundamento idôneo de legitimação das ações políticas e de autocomprometimento. Essa falta de idoneidade do processo de formação da vontade política será analisada no próximo segmento.

3.2 DIREITO COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO ESTRATÉGICA

O reconhecimento do direito subjetivo pelo Direito moderno corresponde ao conceito de liberdade de ação, sedimentado desde o século XVIII. A consagração da igualdade e das liberdades fundamentais, no qual Kant se apoiou para formular o seu princípio geral do direito, "segundo o qual toda ação é eqüitativa, quando sua máxima permite uma convivência entre liberdade de arbítrio de cada um e a liberdade de todos, conforme uma lei geral", constitui a base conceitual que explica por que o Direito moderno se adequa à realidade das sociedades econômicas que, em domínios de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem das decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso individual.¹⁹⁷

A perspectiva da liberdade de ação individual na sociedade burguesa desde a sua origem, foi orientada pelo sucesso individual. Mas este pressuposto torna-se problemático quando muitos dos atores sociais não têm acesso às mesmas

¹⁹⁷HABERMAS, *Direito...*, op. cit., p.114.

oportunidades, como ocorre na maioria das sociedades contemporâneas. Paradoxalmente a sociedade burguesa que cresceu reivindicando e lutando por liberdade criou no seu seio uma das formas mais perversas de dominação que foi a dominação pelo trabalho. Com a ascensão do capitalismo e da classe burguesa que o promoveu, o trabalho humano assumiu nova dimensão social e foi elevado ao *status* de vocação salvífica por força da interpretação de mundo operada pela Ética Protestante. Com a Revolução Industrial o trabalho muda mais uma vez sua dimensão e passa a representar um novo meio de dominação do homem pelo homem jamais visto até então. Desde a antigüidade, o homem tentou subjugar o próprio homem como forma de se libertar das necessidades da vida. Para poder participar da vida política, que correspondia ao espaço público no qual não havia governo nem governados sendo, portanto, um espaço horizontal que não comportava hierarquia. O homem tinha que subjugar outros homens que eram forçados a prover as necessidades da vida para aqueles homens que os tinham, pela força, submetido à necessidade.¹⁹⁸ Esse foi o sentido da escravidão na antigüidade. O capitalismo muda completamente esse sentido e conceito de dominação pelo trabalho, que, a partir de então, passou a constituir uma forma de exploração para fins de lucro, como define Hannah Arendt: "...ao contrário do que ocorreu nos tempos modernos, a instituição da escravidão na antigüidade não foi uma forma de obter mão-de-obra barata, nem instrumento de exploração para fins de lucro, mas sim a tentativa de excluir o labor das condições da vida humana".¹⁹⁹

Aqui se impõe a questão acerca do que era a liberdade para a burguesia? Que tipo de liberdade essa nova categoria social reivindicou desde o seu surgimento embrionário como mercador e artesão? Diante dos fatos nos parece que a liberdade reivindicada e defendida pela burguesia é a liberdade econômica.

¹⁹⁸Sobre este tema ver ARENDT, **A condição...**, op. cit.

¹⁹⁹ARENDT, **A condição...**, op. cit., p.95.

A par de todo esforço formal para adotar os princípios democráticos existe o âmbito da realidade social com suas interações econômicas e políticas. Neste âmbito da realidade dos fatos, a liberdade econômica se impôs e demarcou seu espaço, que abrange todos os seus aspectos. Mas, o mesmo não ocorreu em relação à igualdade, especialmente a igualdade de oportunidades.

O Estado moderno desde o período do capitalismo liberal vem se amoldando às exigências da realidade social. Um dos exemplos mais expressivos das transformações do Estado para se adaptar aos reclames do social foi ditado pela consciência socialista que nasce como reação às desordens sociais provocadas pelo liberalismo, e se expressa no constitucionalismo do início do século passado; inaugurando, assim, a fase intervencionista do Estado que consistiu em impor condicionamentos à atividade econômica e social, o que não significou, necessariamente, um benefício maior para a sociedade, como fica claro na expressão de José Afonso da Silva ao comentar a inserção das novas disposições constitucionais: "...mas daí não se conclui que tais efeitos beneficiem as classes populares. Sua função consiste em racionalizar a vida econômica, com o que se criam condições de expansão do capitalismo monopolista, se é que tudo já não seja efeito deste".²⁰⁰

O Estado-Providência, ou o Estado *do bem-estar* nasceu na Europa do pós-guerra por volta de 1947 e se estendeu pelo mundo atingindo seu apogeu na década de 1970 que começaria a declinar na metade dessa década encontrando seu fim no final quando em 1979 na Inglaterra foi eleito o governo Thatcher, o primeiro do regime capitalista empenhado a desmontar o Estado do bem-estar. A ele se sucederam outros governos como nos Estados Unidos, o governo Reagan em 1980; em 1982 na Alemanha o governo Kohl; daí para a frente todos os países capitalistas ocidentais foram aderindo ao modelo neoliberal que substituiu o Estado intervencionista.²⁰¹

²⁰⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.764.

²⁰¹Para melhores esclarecimentos ver **As políticas sociais e o estado democrático**, Coletânea de artigos organizada por Emir Sader e Pablo Gentili (op. cit.) especialmente; **Balanço do neoliberalismo**, de Perry Anderson e **A crise e o futuro do capitalismo**, de Göran Therborn.

O que se faz necessário observar é que este Estado intervencionista não teve o mesmo desenvolvimento em todos os países que o adotaram, especialmente, nos países periféricos de economias menos desenvolvidas, como foi o caso do Brasil. Mas o fator mais relevante nessa transformação do Estado liberal para o estado do bem-estar foi o de evidenciar a legitimação pelos fins, pelo deslocamento do direito como princípio legitimador do Estado, para instrumento de legitimação do desenvolvimento econômico:

...enquanto o Estado liberal se legitimou através da racionalidade jurídico-formal do seu funcionamento, o Estado-Providência procurou a sua legitimação no tipo de desenvolvimento econômico e na forma de sociabilidade que julgava fomentar. O direito foi despromovido da categoria de princípio legitimador do estado para a de instrumento de legitimação do Estado.²⁰²

Esse deslocamento do Direito do pólo do princípio para o pólo do fim lhe acarretou um desgaste que já se encontrava implícito nas origens da cientifização do Direito, que produziu a sua crescente formalização.

A partir dessa nova concepção de Estado o seu papel "social" é ressaltado e o Direito se reduz a um meio de atuação do Estado na realidade social, possibilitando sua ação estratégica. Sob essa perspectiva a lei passa a ser valorizada como instrumento de validação da ação estatal na sociedade moderna.²⁰³ O Direito Positivo que em sua origem fundamentou o poder do Estado, pois a coerção inerente à lei era usada para inibir comportamentos que violassem a ordem e a paz social, evoluiu no Direito Positivo contemporâneo para um Direito Promocional, que extrapola a sua função de mantenedor da ordem para se converter em instrumento de direção social, não se restringindo a proibir condutas pelo Direito Penal, ou permitir comportamentos mediante a autonomia da vontade por meio do Direito Privado. Ele transformou-se num Direito promocional que pretende estimular

²⁰²SANTOS, op. cit., p.152.

²⁰³FERRAZ JR., op. cit., p.200-201.

ou desestimular condutas tidas como desejáveis ou indesejáveis.²⁰⁴ A partir da nova concepção de Direito promocional nasce a idéia de um Estado que pode e deve usar a lei para agir de forma estratégica no mais puro sentido habermasiano do termo. Nesse processo alguns Estados, como o Estado brasileiro, se perderam na passagem do Estado Providência – que não conseguiram realizar em sua integralidade – para o Estado neoliberal, e hoje já não encontram sua real função ou papel social, passando a ser um fim em si mesmo, no qual a lei passou a ser um instrumento para a veiculação de decisões parciais e aleatórias dos chefes do Poder Executivo; um exemplo disso é a forma como as Medidas Provisórias vêm sendo usadas pelos governantes. A positivação sistêmica favorece o distanciamento das fontes fundamentadoras do processo de produção normativa, possibilitando o uso dos modais deônticos: obrigado e proibido, para a interferência unilateral do Estado no cotidiano social. Quando a imposição não encontra respaldo na vontade dos agentes sociais, ela se aproxima da força e se afasta da autoridade. Neste caso a produção legislativa não se respalda na comunicabilidade e no consenso social, gerando assim uma crise de legitimação do poder político e do próprio Direito.

O novo paradigma da razão comunicativa²⁰⁵ proposto por Habermas nos possibilita identificar em que situações as forças comunicativas do mundo da vida

²⁰⁴LAFER, op. cit., p.59 cita BOBBIO.

²⁰⁵A razão comunicativa ou como alguns definem o paradigma da intersubjetividade repousa numa pragmática formal, na qual o significado das expressões não provém da designação, da referência ou da intenção, mas sim de seu uso em situações concretas de fala, portanto, "compreender uma expressão significa saber de que modo alguém pode se servir dela a fim de entender-se sobre algo". Existem dois aspectos distintos na fala: o aspecto formal, que corresponde ao dizer que obedece a regras que permitem a significação, e o aspecto pragmático, que corresponde ao conteúdo do que se diz, neste caso "o falante faz o ouvinte saber de algo, dá-lhe a conhecer uma situação e ao mesmo tempo pretende que o ouvinte possa reconhecê-la, esforçando-se para expressar-se com sinceridade". Na perspectiva do pensamento pós-metafísico, a linguagem assume uma nova dimensão; não se restringe a informar acerca de fatos do mundo, ela vai além da constatação, ela possibilita a comunicação entre sujeitos e essa comunicação é capaz de estabelecer vínculos e compromissos entre eles. Na nova perspectiva lingüística desenvolvida por Habermas na teoria da ação comunicativa o conceito de racionalidade foi alargado, deixou de conter não só os aspectos cognitivos dos vários saberes, mas passou a abranger os aspectos prático-morais e expressivo-pessoais. Sob essa perspectiva,

colonização do mundo da vida pelo sistema, têm sido uma constante na sociedade ocidental. Essa distorção evidencia-se na centralização e autoritarismo que se manifestam na sociedade ocidental, e, especialmente, na crença ingênua e ao mesmo tempo, presunçosa do seu "desenvolvimento", conforme já referimos anteriormente em relação às observações de Amartya Sen. Nesse processo colonizador, o Direito tem sido o grande aliado da ação colonizadora, pois o Estado, vem se valendo do ordenamento jurídico como instrumento de intervenção estratégica, e com isso, rompendo com seus próprios fundamentos. A teoria da ação comunicativa, também, nos oferece uma possibilidade de resgatar as forças emancipatórias, que se delineavam nas origens dos movimentos políticos, desde o século XIII, e que, acabaram se perdendo no racionalismo, e no cientificismo.

Assim, pela ação comunicativa, os atos de fala representam mecanismos coordenadores da ação. O agir pela fala requer uma ação ilocucionária racionalmente motivada, cujos pressupostos de validade podem ser contestados e criticados. E esses atos são capazes de criar um vínculo social fundado no consenso, o que gera um reconhecimento intersubjetivo que possibilita um acordo em relação às obrigações decorrentes. Já a ação estratégica foge completamente do campo intersubjetivo, transformando os atores sociais em fatos sociais, alvos de um agir. Neste caso o mundo da vida está presente como no agir comunicativo, mas aqui ele não é mais a área da comunicação através dos atos de fala capazes de gerar um consenso, passando a ser o terreno onde se executam as ações estratégicas, neste caso o efeito é perlocucionário. Os atores nesta situação perdem essa qualidade, pois não agem e sim reagem a um comando externo, que se estabelece e orienta para um fim predeterminado exteriormente ao mundo da vida. Na ação estratégica há a necessidade de controlar o estado de coisas por algum meio instrumental, para se evitar a completa anomia, que pode se estabelecer pela

falta do consenso, e o instrumento que se presta a isso é o Direito, cabendo-lhe regular a ação, pois o Direito dispõe da coerção para impor a conduta desejável.²⁰⁶

Assim, linguagem e mundo se interligam por cadeias de razões. Essa constitui a razão pretendida por Habermas, pois, para ele, deve haver uma conexão entre linguagem e sociedade.²⁰⁷ A ação transcorre num mundo previamente dado o qual constitui o espaço social dessas ações. Os compromissos e consensos devem decorrer do entendimento que gera a formação do acordo, por isso os consensos gozam de pretensões de validade criticáveis. A linguagem coordena e está coordenada com "um mundo objetivo das situações que a linguagem alcança pelas proposições com pretensão de verdade; num mundo subjetivo dos atores que se expressam com pretensão de serem verazes e sinceros e num mundo social cujas normas são levadas em conta para regular as interações".²⁰⁸ A comunicação sempre se estabelece nesses três mundos e serve para negociar definições de situações que possam ser compartilhadas.

Portanto, para a razão comunicativa baseada nos atos de fala e da linguagem, as ações estratégicas pertencem ao sistema e não ao mundo da vida, porque nesse tipo de ação falta o compartilhamento dos mundos e dos acordos. Na ação estratégica os atores não discutem entre si a ação desejável; o consenso não existe e, portanto, não nascem os compromissos decorrentes da interação lingüística. Nesta hipótese, os compromissos são impostos e justificados pelos fins pretendidos, por determinado tipo de ação; assim, as ações estratégicas são inerentes ao sistema com sua materialidade, com sua estrutura baseada no mercado e no poder; elas não decorrem da ação discursiva dos sujeitos individuais de uma sociedade. A ação neste

²⁰⁶ARAÚJO, op. cit., p.203.

²⁰⁷HABERMAS, *A crise...*, op. cit., p.16.

²⁰⁸ARAÚJO, op. cit., p.205.

caso não é construída pela argumentação entre os atores sociais, ela é imposta por um processo fundado na coercitividade.

A teoria da ação comunicativa desenvolvida por Habermas oferece instrumentos para identificar como o Estado se valeu do direito para fundamentar sua ação estratégica, e como ambos se voltaram para uma fundamentação finalística. Com o surgimento do Estado Providência os fundamentos passaram a ser buscados em fins e não na vontade dos agentes. E esses fins também induziram a um afastamento dos fins essenciais do Direito e do próprio Estado. Os fins que vêm orientando a produção do direito e a ação do Estado são fins calcados na racionalidade econômica, que por sua vez não tem se mostrado muito eficiente ou capaz de realizar os propósitos emancipatórios, que, paradoxalmente, foram propostos inicialmente pelas necessidades de próprio desenvolvimento econômico. Por outro lado, a racionalidade comunicativa apresenta uma via de resgate da legitimidade como valor de fundamentação da ação política e do direito modernos, capazes de os inserir no plano dos agentes sociais restituindo-lhes a sua real dimensão de agentes legitimadores das ações políticas respaldadas num Direito que encontra os seus fundamentos no consenso social mediante um autocomprometimento consciente e, portanto, eficaz.

No Estado promocional o consenso é ignorado como elemento de legitimação da ação, pois nesta situação a ação passa a se apoiar na força coercitiva da lei para estimular ou desestimular comportamentos. Esse tipo de ação que visa influenciar e induzir a conduta dos sujeitos sociais, ajusta-se antes à ação estratégica do que à ação comunicativa, uma vez que, ele chama para si a ação, ação esta fundada na sua interferência no meio social com o objetivo de atingir um determinado fim, nem sempre fruto do processo discursivo. Nesse tipo de ação, rompe-se o nexa comunicativo e a tenção, entre facticidade e validade,

comprometendo a fundamentação da ação, desta forma, há a possibilidade de um dos subsistemas se sobrepor aos demais.²⁰⁹

No caso do Brasil, o relacionamento Estado sociedade civil, vem sofrendo um desequilíbrio em favor do subsistema econômico, facilmente comprovável pela observação da forma como o Estado brasileiro vem se valendo, desde algum tempo, da sua atividade arrecadatória. Toda atividade arrecadatória tem como pressuposto determinados serviços sociais básicos, que dentro de uma concepção democrática²¹⁰ deveriam ser de responsabilidade do Estado, como forma de justificar sua existência e função. Este, deveria promover o bem estar-social, proporcionando determinados serviços essenciais à população, e, principalmente, como forma de cumprir a lei, pois essas "responsabilidade sociais" lhe são atribuídas constitucionalmente. Mas o que se verifica no caso da realidade brasileira, é que o Estado exerce sua atividade arrecadatória, valendo-se da lei de forma extremamente eficiente, para realizá-la e impor as obrigações aos cidadãos; porém, a contrapartida dessa atividade – que a fundamenta e justifica – os serviços que deveriam resultar dela, não estão na mesma relação de eficiência, pelo contrário, pode-se qualificá-los como incipientes. A correlação desproporcional, entre arrecadação e a conseqüente retribuição na forma de serviços essenciais, revela de forma clara como a lei tem servido de instrumento de ação estratégica por parte da instituição Estado. A imposição tributária no Brasil é um exemplo dramático do uso instrumental da lei, e

²⁰⁹"...subsistema regidos por meio de controle (Habermas, ao definir o poder e o dinheiro como meios de controle – *interchanging media* –, entra em diálogo com a tradição funcionalista, especialmente com Parsons e Luhmann. Para esses autores, os meios de controle têm três características principais: 1. eles são meios simbólicos, isto é, eles representam outros objetos que podem ser lembrados em certas circunstâncias; 2. eles se fundam na institucionalização de um código, isto é, em regras normativas que estabelecem condições para a sua aquisição e uso; 3. eles não estão submetidos a condições de soma zero) e as formas organizacionais do mundo da vida não é o que conduz à racionalização unilateral ou à reificação da prática comunicativa. esta é provocada pela penetração das formas econômicas e administrativas de racionalidade em áreas de interação que resistem a ser convertidas nos meios dinheiro e poder. Porque estas áreas são especializadas na transmissão cultural, na integração social e na socialização, elas permanecem dependentes do entendimento mútuo enquanto mecanismos de coordenação da ação" (AVRITZER, op. cit., p. 17).

²¹⁰Quanto democratização da sociedade brasileira após 1985 ver AVRITZER, op. cit., p.147-148.

do uso dos "meios de controle" pelo Estado, brasileiro. A forma autoritária e centralizadora da ação estatal neste caso é totalmente destituída de um fundamento legítimo, para justificar sua interferência na vida social, pois tal interferência não se justifica pela sua contrapartida, que deveria se expressar em melhorias nos setores que geram tal interferência – neste caso a arrecadação – e por via de consequência gerar melhorias na vida da população.

Esse tipo de prática governamental possibilitada pelo aparelho legal constitui ação estratégica na qual se dá a colonização do mundo da vida pelo sistema, pois a estrutura normativa do subsistema cultura é ignorada, seus valores-meta, neste caso são traçados pelos imperativos do subsistema político, gerando assim uma crise de identidade,²¹¹ que nos leva a questionar os fins do Estado Direito, no contexto capitalista.²¹²

²¹¹Em relação a crise de identidade ver HABERMAS, *A crise...*, op. cit., p.63.

²¹²"O sistema econômico requer um insumo de trabalho e capital. A produção consiste em valor de consumo, que são distribuídos ao longo do tempo de acordo com a quantidade e o tipo entre os extratos sociais. Uma crise que derive de insumo inadequado é atípica do modo capitalista de produção. Os distúrbios do capitalismo liberal eram crise de produção. O ciclo de crises, sempre de novo, colocava em questão a distribuição dos valores em conformidade com o sistema. ('Inconformidade com o sistema' significa aqui todos os padrões de distribuição de encargos e recompensas permissíveis dentro do limite de variação do sistema valorativo legitimados). Se as tendências à crise econômica persistem no capitalismo avançado, isto indica que as ações governamentais, intervindo no processo de realização, obedecem não menos que os processos de troca, às leis econômicas operando espontaneamente. Por consequência, estão sujeitas à lógica das crises econômicas expressas na queda tendencial da taxa de lucros. Segundo essa tese o Estado busca a continuação da política do capital por outros meios. As alternativas das formas de aparecimento (tais como crise nas finanças governamentais, a inflação permanente, a crescente disparidade entre pobreza pública e riqueza privada etc.) são explicadas pelo fato que a auto-regulamentação da realização do processo agora também opera através do poder legítimo como meio de controle.

Mas desde que a tendência de crise seja ainda determinada pela lei do valor – isto é, a assimetria estruturalmente necessária na troca de trabalho assalariado por capital – a atividade do Estado não pode compensar a tendência de queda da taxa de lucro. Pode, no dos casos, mediá-la, isto é, consuma-la por meios políticos. Pois, a tendência à crise econômica se afirmará também como uma crise entre proprietários de capital e massas dependentes de salários de novo e tornam manifesta. Segundo outra versão, o aparelho do estado não obedece à lógica de lei de valor no modo natural, não planejado, mas busca conscientemente os interesses dos monopólios capitalistas unificados. Esta teoria de agência adaptada ao capitalismo avançado, concebe o estado não enquanto um órgão cego no processo de realização, e sim como um potente capitalista coletivo que torna a acumulação do capital a substância do planejamento político." (HABERMAS, *A crise...*, op. cit., p.62-63).

Neste momento nosso objetivo não é analisar especificamente, os fins do Estado, mas procurar entender como este se valeu do Direito para se amoldar a realidade da sociedade capitalista, uma vez que desde a instauração do constitucionalismo, fundamentado na filosofia do positivismo jurídico, Direito e Estado não podem ser concebidos de forma autônoma; eles guardam uma relação simbiótica. No processo de desenvolvimento do capitalismo, diante da realidade atual torna-se impossível, ignorar ou negar que o Estado se rendeu às exigências econômicas.²¹³ É justamente a partir da idéia de tecnicidade do Direito desenvolvida pelo Positivismo que tornou-se possível o seu uso instrumental utilitarista.²¹⁴ Essa concepção facilitou a apropriação do Direito pelo Estado, este, passou a valer-se do Direito para legitimar sua atuação, que nem sempre priorizou as questões sociais. Assim deu-se o ajuste do Direito moderno às ações estratégicas, que em última

²¹³Max Weber estava convencido que na modernidade, tanto a estrutura dos direitos, quanto a forma de funcionamento do sistema democrático, eram profundamente amorais. Ambas as estruturas foram entendidas por Weber a partir da separação entre necessidades concretas da população e a operação dos meios de administração política e legal por um corpo especializados de funcionários: ou seja, Weber não tem grandes ilusões acerca da forma democracia uma vez que, para ele, a dimensão moral de política foi substituída, no interior do Estado moderno, por um aparato administrativo e impessoal baseado na separação entre meios e fins. O privilegiamento dos meios é parte do processo de desapropriação do indivíduo moderno da sua capacidade de decidir sobre seu próprio destino. Nessa ótica, a democracia não constitui uma forma de autodeterminação. Para Weber, ela constitui uma dentre diversas formas de concentração do poder na mão de um corpo especializado de funcionários.

A análise Weberiana acerca dos direitos e do funcionamento do sistema legal é homóloga à análise sobre o Estado moderno. Para Weber, (...) o sistema legal não se desenvolve em continuidade interna com a idéia moral desenvolvida pelas religiões mundiais. Para o autor de *Economia e Sociedade*, o direito se desenvolveria de forma similar às estruturas do estado moderno e a da economia de mercado. (...) desse modo para Weber, o processo de racionalização do direito possui uma dimensão predominantemente técnica expressa na sistematização da aplicação da norma. Tal concepção desconsidera a continuidade interna entre o processo de generalização da idéia do outro e a concepção de igualdade jurídica com a qual estão relacionadas as idéias de democracia e de direitos (AVRITZER, op. cit., p.70-71).

²¹⁴Utilitarismo ver, AVRITZER, op. cit., p.66-67; SEN, op. cit., p.42 e capítulo 3.

análise, só se viabilizaram pela concepção positivista²¹⁵ do Direito. Essa concepção conferiu-lhe um sentido redutor e contraditório, quando seu fim deveria ser o de proteger o cidadão contra os abusos do poder, como foi pretendido desde as primeiras reivindicações liberais. Ele começou a ser usado como instrumento de opressão social. Em muitas situações ele passou a constituir um instrumento para o abuso do poder institucional e uma ameaça às liberdades democráticas, pois a sua produção sistêmica permite que os fins sejam determinados pelos representantes do poder, que podem eleger os fins e chamar para si a ação coletiva deslocando-a do meio social. Esse processo revelou-se muito útil ao desenvolvimento dos interesses econômicos que passaram a predominar na sociedade ocidental desde a Revolução Industrial. A redução do Direito ao processo de institucionalização sistêmica e formalizadora da produção legislativa, juntamente com os valores materialista gerados pela concepção científica da modernidade, ao mesmo tempo que sustentou o desenvolvimento econômico, também produziu desigualdades e injustiça social,

²¹⁵O positivismo definido por K. Bergbohm era, *stricto sensu*, uma 'ciência' do direito que, na qualidade de disciplina científica, tinha por único objetivo o estudo do direito positivo; por tanto, ela estudava as normas em vigor *hic et nunc* e não investigava de modo algum os fundamentos ou as razões do direito. Ora, a história do positivismo mostrou que a doutrina não se ateu a esse projeto científico. Introduziu parâmetros psicológicos, sociológicos ou historicistas; contraditoriamente, recorreu a critérios ideológicos ou axiológicos, o que falseia a cientificidade e a neutralidade – provavelmente impossíveis, mas este é um outro problema – de suas metas originárias. É precisamente nesse desvio que residem os equívocos insuperáveis de um pensamento teórico que suas contradições internas tornam manifesto.

Mencionaremos aqui três das incertezas que minam a doutrina, por um lado, o positivismo se pretende a-filosófico; mas é impossível ganhar essa aposta, pois a auto-suficiência de uma teoria que, em sua pretensa 'neutralidade axiológica', se limitasse apenas à fenomenalidade do direito é uma ilusão. Por outro lado, afastando do campo jurídico toda normatividade transcendente, essa teoria jurídica – que tem forte propensão a rebaixar o direito, aquém de suas próprias prescrições, ao plano das condições empíricas, sociais ou históricas que as motivaram – redundaria contraditoriamente afirmando a autonomia do direito na negação do caráter especificamente jurídico do direito. Por fim, a construção de um direito que, invocando critérios de racionalização científica se fechasse dentro das grades de uma legislação abstrata de alcance mais ou menos geral, teria fortes chances de gerar uma sistematização do direito rígida e sem vida. Quando a teoria da formação gradual do direito (*Stufenbautheorie*) expõe que, no interior de ordem jurídica, apenas o direito cria direito, é grande o risco de fazer o processo e a forma do direito prevalecer sobre o conteúdo substancial" (GOYARD-FABRE, *Os fundamentos...*, op. cit., p.101).

gerando nas sociedades ocidentais uma divisão do mundo em dois âmbitos diametralmente opostos. Em certos países europeus até chegou a haver uma melhor articulação, mais equilibrada, entre o princípio do mercado e o princípio do Estado que conduziu a forma de Estado Providência. Mas, o mesmo não ocorreu nos chamados países do Terceiro Mundo, periféricos ou como hoje é conhecido o Brasil "em desenvolvimento", que, coincidentemente, são os países que foram por séculos alvo da exploração colonialista por parte dos chamados países desenvolvidos.

Na realidade dos países desenvolvidos muitos dos anseios modernos se realizaram, enquanto na realidade dos países subdesenvolvidos os anseios modernos ainda estão por se realizar. No campo da realidade social a pobreza e, por que não dizer, a miséria predomina, já no campo do Direito, os Direitos do Homem, incluídos nas Constituições desde as Revoluções oitocentistas francesa e americana não se concretizaram, pelo menos em relação a uma esmagadora maioria, permanecendo apenas no plano formal. Especialmente nos países subdesenvolvidos a intervenção estatal não atingiu os objetivos que a justificaram.

As desigualdades sociais que se evidenciaram no decorrer da trajetória da sociedade capitalista se traduzem nas reivindicações jurídicas dos desprivilegiados (deste sistema) pelos direitos de terceira e quarta geração.²¹⁶ A reivindicação desses direitos revela uma ineficiência dos Estados modernos e do próprio Direito, pois essas reivindicações não se concretizaram permanecendo ainda no plano formal para um universo muito grande de pessoas. Se os Estados não dispõem dos meios materiais para a viabilização de tais direitos, apenas a sua previsão legal não é suficiente para a sua consecução no plano prático, isso mais parece uma forma hipócrita de tentativa de solução para tal impasse. Essa ineficiência revela, mais uma vez, o desequilíbrio comunicativo entre os subsistemas, e como o subsistema econômico se sobrepôs aos demais.

²¹⁶Ver LAFER, op. cit., p.131.

3.3 CONSEQÜÊNCIAS DO ESVAZIAMENTO DA LEGITIMIDADE PELA PERDA DO SENTIDO TRADICIONAL DA AUTORIDADE

Conforme já analisado nos itens anteriores, à medida que o Direito segue o modelo racional e se institucionaliza, perde gradativamente seu sentido de autoridade legítima, pois foi se distanciando dos fins sociais e individuais que fundamentaram suas transformações. Nesse processo de distanciamento ele passou a buscar cada vez mais seus fundamentos de legitimação na ordem institucional que o produz e valida; a teoria dos direitos subjetivos é tragada pelo direito objetivo invertendo o processo de legitimação, que se esgota na legalidade de uma dominação política, traduzida em termos de positivação do direito. A legitimação dos direitos subjetivos deveria decorrer de uma autoridade moral, uma vez que eles têm o sentido de garantidor da liberdade, independentemente da legalização democrática, a qual não poderia ser fundamentada no âmbito da própria teoria do Direito.²¹⁷ Neste processo de funcionalização e institucionalização da lei e do Direito, ao monopolizar a produção legislativa, o Estado acabou manipulando o poder, e o usando de forma ilegítima, para viabilizar a sua intervenção no meio social. O poder, segundo Hannah Arendt, deve ser uma força autorizadora que se manifesta na criação do direito legítimo e na fundação de instituições. "O poder político não é um potencial para a imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos, nem um poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias coletivamente."²¹⁸

Por trás desse tipo de inversão de valores e conceitos, encontra-se o raciocínio funcionalista que passou a desprezar a distinção definindo e conceituando as coisas pela função que elas possam ter. Hannah Arendt dá um excelente exemplo que define de forma clara esta situação:

²¹⁷Ver HABERMAS, *Direito...*, op. cit., p.121.

²¹⁸HABERMAS, *Direito...*, op. cit., p.187.

...é como se eu tivesse o direito de chamar o salto do meu sapato de martelo porque, como a maioria das mulheres, eu o utilizo para enfiar pregos na parede. (...) No que tange à autoridade esse tipo de argumento justificativo passou a conferir autoridade à violência: se a violência preenche a mesma função que a autoridade – a saber, faz com que as pessoas obedeçam –, então violência é autoridade.²¹⁹

As ações estratégicas de Estados, como o Brasil, tem se fundado exclusivamente na força coercitiva das normas jurídicas, capazes de induzir a conduta obrigando, ou coibir a conduta proibindo, ou ainda permitir certas condutas que em algumas situações geram uma obrigatoriedade, como, por exemplo, as ações lícitas que originam as obrigações tributárias. A coerção faz parte da gênese das normas jurídicas, mas ela em si não constitui elemento de fundamentação; ao contrário, a coerção só será eficiente se for legítima, se estiver apoiada na legitimidade da norma que por sua vez deve se fundamentar – buscar suas fontes de legitimação – num processo comunicativo e não em processos sistêmicos. Assim, a coercitividade em si mesma é apenas um instrumento de força exercida conforme o direito, e a força por si só é incapaz de gerar poder legitimador.

Essa concepção do Direito moderno encerra a falta de comunicabilidade na produção e normatização da ação gerando uma crise de legitimação, pois a força legitimadora do processo legislativo democrático deve ser extraída da confrontação dos participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade; as leis devem ser fruto de um processo de entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivência. Um direito produzido de forma funcionalista e institucional, como é o caso do Direito Positivo moderno, rompe o nexo interno com a força socialmente integradora capaz de legitimar a produção normativa que regulará a convivência, deixando desta forma de preencher sua função de estabilizador das expectativas, pois falta a comunicabilidade essencial para a fundamentação. Sem isso esta se manifesta de forma deficitária e truncada.

²¹⁹ARENDDT, *Entre o passado...*, op. cit., p.140.

Um dos exemplos que corroboram tais afirmações é o de que o Brasil se firmou como uma grande economia mundial, mas os direitos sociais que deveriam acompanhar esse avanço econômico ainda se encontram apenas no plano formal. Em boa parte isso ocorreu porque foram previstos a partir do fundamento errado, ou seja, não foram conquistados dos interessados a partir do processo comunicativo, mas sim, concedidos de forma paternalista como benesse legal. Na realidade das relações de trabalho no Brasil, é claramente constatável o abismo que separa a práxis da formalidade legislativa, pois o trabalhador tem seus direitos sociais assegurados constitucionalmente, mas carece de um instrumento eficaz de preservação e de manutenção desses direitos. A forma de contratação também não oferece garantias ao empregado, uma vez que o desrespeito aos direitos – o que constitui uma constante em muitas relações trabalhistas – constitucionalmente assegurados, e os possíveis danos que esse desrespeito por parte do empregador cause ao empregado, não encontram um meio eficiente de proteção. A reparação dos danos só poderá ocorrer por ocasião do rompimento do vínculo "contratual", uma vez que a reclamação durante a relação contratual acarreta fatalmente para o empregado o fim daquela relação de emprego. Outro aspecto interessante do Contrato Individual de Trabalho é que, por força dos direitos concedidos ao empregado e do princípio de irrenunciabilidade desses direitos, o contrato perde a sua natureza consensual, pois, ao invés de retirar seus pressupostos de validade do consenso formador do autocomprometimento, os retira da lei, subvertendo assim a natureza da relação contratual.

Nesse contexto nós retrocedemos à fase do privilégio, que agora não é mais de natureza estamental, mas de natureza econômica, pois a liberdade passou a ser vinculada ao poder econômico; quem não o detém permanece refém da arbitrariedade e da desigualdade social, gerada pelo próprio desenvolvimento econômico. A lei em algumas situações, especialmente aquelas que envolvem relações de natureza econômica, como é o caso da relação de trabalho, permanece no plano formal sem surtir seus efeitos no plano material, revelando uma total impotência e ineficácia.

Essa afirmativa pode ser corroborada pela realidade, que evidencia o distanciamento entre a previsão constitucional sobre os direitos dos trabalhadores, mais especificamente, a prevista no artigo sétimo inciso quarto, que elenca as necessidades que o salário mínimo deve atender. A defasagem entre a previsão constitucional e o que o salário mínimo realmente pode assegurar em termos práticos é algo gritante, na realidade ele não chega a atender a nem um terço do que propõe o artigo. Esse tipo de distanciamento entre previsão legal e condições reais evidencia o distanciamento do Direito de seus fundamentos. Esse distanciamento, de certa forma desmoraliza o sistema legal, como fonte legítima de autoridade e princípio legitimador da ação política, conferindo-lhe um caráter supérfluo e de impotência, pelo menos como instrumento de defesa dos direitos individuais. Essa impotência do Direito diante de determinadas realidades, mais especificamente da realidade econômica induz ao questionamento do real papel do Estado como instância de poder e do Direito como elemento fundamentador desse poder.

Toda essa situação de ineficiência da própria Constituição, que representa a origem e o fundamento do ordenamento jurídico de uma comunidade política, se assemelha ao que Hannah Arendt define como o rompimento com a lógica do razoável. Esta situação de desobediência explícita da lei atinge o nível máximo da contradição, que supera o inimaginável, pois rompe com o nexos de coerência plausível. Se o Estado é o resultado da ordem legal, se os seus representantes se submetem a essa ordem, cabe a eles respeitarem os ditames constitucionais sob pena de retornarmos aos regimes absolutistas. Mas, simplesmente não o fazem respaldados em razões econômicas que neste caso se colocam acima da lei. Parece que a criatura – Estado – dominou e devorou o seu criador a lei; sob tal perspectiva o Estado tornou-se um fim em si mesmo.

Toda perda de sentido de, muitos dos ideais propostos no alvorecer da modernidade, e as contradições sociais hoje vivenciada, especialmente em países de "desenvolvimento tardio" como no caso de países da América Latina, dentre os quais o Brasil é um deles, encontram-se nas teorias que se desenvolveram ao longo do percurso histórico iniciado nesta nova fase, que se convencionou chamar de

modernidade, pois tais teorias, não conseguiram vislumbrar os limites entre os processos de racionalização da sociedade e o crescente processo de complexidade das estruturas do estado e do mercado: "as teorias da modernização assim como as teorias da democratização não distinguem entre processos de racionalização da sociedade e processos de complexificação das estruturas do Estado e do mercado. Elas assumem uma homologia insustentável entre processos como a *produtivização do capital, a centralização do Estado e a secularização de normas e valores*".²²⁰

A partir da Teoria da Ação Comunicativa desenvolvida por Habermas, sua crítica articulada com uma concepção própria de democracia, que pode ser entendida como "uma teoria de democratização do ocidente e, portanto, ser contrastada com os supostos das teorias de transição acerca do papel das instituições políticas e da forma como a ação política deve ser coordenada",²²¹ os elementos constitutivos do conceito habermasiano nos oferece os elementos necessários para identificar, segundo Avritzer, que a modernização consiste em um empreendimento sistêmico. Para ele as estruturas do Estado e do mercado são mais facilmente transferidas para países fora do centro da modernidade do que os princípios éticos e morais incorporados no sistema político.²²²

Outra situação, extremamente relevante pelo suposto da teoria habermasiana da democratização para países como o Brasil é a forma como os direitos são introduzidos nas sociedades em modernização – apenas o lado funcional dos direitos civis, políticos e sociais é introduzido nestes casos. Uma vez que eles são introduzidos

²²⁰AVRITZER, op. cit., p.142.

²²¹AVRITZER, op. cit., p.144.

²²²"Ao abordarmos o problema da democratização em um país como o Brasil, devemos supor que a instauração das estruturas do Estado moderno foi anterior a um movimento societário pela democratização. O que não poderíamos fazer é confundir a instauração das estruturas do Estado moderno no país com a institucionalidade democrática, mesmo quando um vem acompanhado do outro. No caso do Brasil, a democratização teria que ser pensada enquanto o processo de longo prazo de incorporação dos princípios democráticos pela própria sociedade, um processo que certamente ainda não chegou ao seu fim, na medida em que podemos claramente perceber que uma série de órgãos do Estado ainda não incorporaram à sua estrutura ou ao seu funcionamento os princípios da ordem democrática."(AVRITZER, op. cit., p.146).

para facilitar a institucionalização de uma economia de mercado; os direitos políticos são introduzidos para facilitar o uso da força pelo sistema político e os direitos sociais, por sua vez, para facilitar a instauração de uma burocracia que estabeleça uma relação de controle e de concessão com os movimentos sociais.²²³

Pela Teoria da Ação Comunicativa torna-se evidente o papel instrumental do Direito nas sociedades em processo tardio tanto de desenvolvimento econômico, com em desenvolvimento democrático. No Brasil, como já citamos anteriormente, o desenvolvimento econômico precedeu o desenvolvimento democrático, que é um processo em andamento, pode-se dizer, que encontra-se em estágio inicial e, é justamente, nessa fase inicial que cabe um resgate do direito, pela mudança de rumo proposta já em Kant e resgatada por J. Habermas:

A demonstração que Habermas conduz vai além do âmbito da filosofia do direito. (...) Ele explica primeiro por que a exigência deontológica associada a mandamentos e normas não se identifica a uma exigência assertatória de validade. Essa assimetria decorre da irreducibilidade do real ao racional. Kant tem razão contra Hegel; os enunciados éticos e jurídicos, diferentemente dos enunciados científicos, necessitam de uma 'legitimação', que pode ser assumida, diz J. Habermas, pela via processual da discussão.²²⁴

Ao tematizar a *discursividade* que todo diálogo pressupõe,²²⁵ inclusive aquele que se entabula no trato jurídico, J. Habermas afirma a preeminência da prática sobre a teoria e, o que se torna mais relevante, por via de consequência abre a possibilidade de uma ética cognitiva dos valores. Resgatando, assim, uma dimensão descartada por Weber em sua análise da modernidade. Assim Habermas "indica não só o caráter deficiente de todos os convencionalismos positivistas, mas, também, a fraqueza intrínseca das teorias do jusnaturalismo clássico, cujo realismo mascara a diferença entre enunciados descritivos e enunciados normativos".²²⁶

²²³ Neste sentido ver AVRITZER, op. cit., p.146-147.

²²⁴ GOYARD-FABRE, *Os fundamentos...*, op. cit., p.305.

²²⁵ Vide nota 208.

²²⁶ GOYARD-FABRE, *Os fundamentos...*, op. cit., p.306.

CONCLUSÃO

Neste trabalho procurou-se refletir sobre o contexto social em que ocorreram as mais significativas transformações do sistema jurídico ocidental. Como determinados fatores induziram a mudanças profundas e radicais no campo social e cultural e de que forma isso se refletiu no Direito. Nesse processo de reflexão não foi possível ignorar a importância das mudanças econômicas que se impuseram com a expansão mercantilista e o florescimento econômico, o prestígio cultural e social que o fator econômico conquistou na sociedade ocidental transformando a concepção de mundo e de vida, substituindo valores tradicionais por valores mais adequados aos seus interesses. O processo de ruptura com as tradições do passado ocasionado pela substituição dos valores, que sustentavam essas tradições, refletiu-se em todas as áreas da convivência social e do conhecimento induzindo a mudanças radicais. A escala de valores que sustentou as mudanças no campo econômico influenciaram de forma indelével a configuração do Direito e seu papel na sociedade moderna.

O atual processo de desgaste do direito e a sua redução a instrumento de governabilidade e gestão social é consequência de um longo processo no qual o direito foi gradualmente se distanciando dos seus fundamentos, o que acarretou a redução da sua real dimensão. O reducionismo, não só do direito, mas também da ciência moderna, é obra da expansão econômica que se iniciou no século XI e não mais se deteve, prolongando-se até a atualidade. Essa expansão foi um processo contínuo, embora não se possa dizer que tenha sido linear; ela imprimiu suas exigências de forma arbitrária, determinando uma escala de valores que contribuíram com os desvios dos objetivos iniciais reivindicados pelos pais do capitalismo.

O desenvolvimento das atividades comerciais e artesanais iniciadas de forma incipiente no seio do sistema feudal – que se caracterizava por uma economia basicamente agrícola – foi gradualmente modificando o perfil da sociedade européia, tanto no aspecto econômico quanto no aspecto cultural, pois essas novas atividades transformaram o cenário social desenvolvendo uma nova categoria de pessoas que

não se inseriam nas estruturas tradicionais daquela sociedade. A nova categoria de pessoas tinha suas próprias necessidades e sua própria forma de vida, o que levou a uma gradativa e inexorável transformação da estrutura social, da compreensão intelectual da vida e das relações sociais.

O comércio teve um papel relevante nas transformações, uma vez que por sua natureza cosmopolita representou um fator de aproximação entre as pessoas e os povos, e por sua natureza eminentemente econômica ele desenvolveu uma nova forma de conquista de riqueza material. Esses dois aspectos da atividade comercial conferiram-lhe prestígio cultural, pois essa nova atividade suscitou um relacionamento mais "civilizados" entre os povos e proporcionava condições materiais de riqueza que até então era determinada pelos laços familiares.

A nova categoria dos artesãos e comerciantes que conquistaram a riqueza material pelo desempenho de suas atividades profissionais, passou a entender o mundo e as relações sociais sob outro prisma, que não se restringe aos privilégios consangüíneos; com isso eles inauguram novas convicções, por eles defendidas com o auxílio de institutos jurídicos tradicionais. A partir daí muitos institutos jurídicos tradicionais, a exemplo dos contratos, passam a ser reinterpretados e adaptados à nova realidade social.

As reivindicações de liberdade religiosa, a igualdade da pessoa calcada em critérios como a razão, comum a todo ser humano, são fundamentos que sustentaram as transformações jurídicas e as novas concepções de mundo. Nesse processo de profundas transformações, alguns arquétipos se estabeleceram e influenciam até a atualidade a ação social. A ética calvinista que desenvolveu a idéia de profissão como vocação sustentou o desenvolvimento da atividade econômica e a transformação do conceito tradicional de trabalho. Na base desse novo pensamento se encontrava a idéia de acumulação, de poupança, de não exibição de riqueza, ou esbanjamento, para a qual a riqueza constituía uma recompensa divina, pela prudente administração dos bens recebidos de Deus. A idéia de acumulação que se desenvolveu no âmago da ética protestante ainda surte seus efeitos no mundo atual, embora muitos desses

aspectos tenham sido esquecidos ou tenham perdido o sentido original. A idéia de acumulação da riqueza continua sustentando o fator econômico e direcionando a distribuição da riqueza. Essa concepção torna-se evidente pelo modo como nos dias atuais a riqueza se concentra na mão de poucos, enquanto a pobreza e a miséria se disseminam entre a maioria da população global.

Todo o esforço filosófico do racionalismo jusnaturalista, que sustentou e fundamentou as transformações no campo jurídico desde o resgate e a adaptação do Direito romano no final do século XI, foi gradualmente sendo desvirtuado e corrompido pelo sucessivo envolvimento do direito com as necessidades econômicas, que acabaram ditando o rumo de suas transformações. Os ideais jusnaturalistas viram-se tragados pela febre cientificista do século XIX, que foi responsável pela corrupção do próprio conceito de justiça – justiça aqui entendida como um ideal de liberdade e igualdade, que se encontrava na base das primeiras reivindicações da nova sociedade progressista, a qual se desenvolveu a partir da expansão do comércio e das atividades artesanais. Ideais estes que inspiraram e impulsionaram, também, as primeiras e profundas transformações no Direito ocidental.

As novas atividades econômicas em expansão, que acabaram redundando na Revolução Industrial e no surgimento do capitalismo, impuseram de forma determinante suas necessidades. Essas necessidades direcionaram toda a transformação do mundo moderno, sua escala de valores e as relações daí resultantes. A necessidade mais marcante e determinante da evolução econômica moderna foi a necessidade de ordem, na natureza e no meio social. Essa ordem pretendida pela nova sociedade leva a uma necessidade constante de controle – a ordem seria promovida por um constante e rígido controle, que deveria ser exercido pela ciência no campo da natureza e pelo direito no campo social –, essa ordem traria o progresso, econômico e social. Hoje, temos condições de avaliar o quanto essa concepção foi ilusória e as conseqüências por ela geradas, tanto para a natureza quanto para a sociedade.

Nesse processo de desenvolvimento, ciência e direito devem, cada um no seu campo, perseguir tais objetivos. Para realizar os objetivos propostos pelo desenvolvimento em expansão, a ciência se transforma em instrumental técnico para promover o desenvolvimento econômico e o direito teve de se submeter aos padrões científicos para promover a ordem na sociedade. A perspectiva científica daquele momento histórico passou a conceber o direito como um sistema formal de normas, que se fundamentava não pelo seu conteúdo, mas pela forma como as normas são produzidas num determinado sistema jurídico. Desenvolveu-se, assim, uma forte regulação, que acabou trazendo os ideais de emancipação individuais e coletivos, impulsionadores das primeiras mudanças do jurídico.

Nesse processo, o conceito de justiça – gostaríamos mais uma vez de ressaltar que o conceito de justiça, aqui referido, é o de equanimidade social reivindicada pelo liberalismo jurídico, fundado na idéia de igualdade e liberdade – que sustentou o pensamento jusnaturalista, foi reduzido a um critério de coerência, no qual a injustiça consistia em fraudar os pactos e a lei, portanto, justiça consiste na ação em conformidade à lei e ao pacto. Esse tipo de raciocínio formalista, característico do pensamento político de Hobbes, inspirou o formalismo jurídico desenvolvido pelo positivismo, que valorizou a forma em detrimento do conteúdo, especialmente no campo da posituação do direito que a partir de então desengatou o direito positivo da moral e dos costumes – os questionamentos valorativos, próprios da moral foram arremessados para o campo da filosofia do direito.

O Direito positivo passou, assim, a ser um ordenamento que na sua dinâmica tem a função de criar normas e disciplinar a criação dessas normas dentro de um critério de validação e não de justificação em termos de certo e errado. A partir dessa concepção, o direito se autoproduz de forma válida, desde que as regras sejam criadas em conformidade com os ritos previstos em outras regras (as chamadas regras primárias) para sua criação. Essa construção formalista levou a uma funcionalização do direito e revelou-se de extrema utilidade aos propósitos econômicos, pois as novas

formas legais eram capazes de promover a ordem e a segurança que a previsibilidade proporcionaria levando ao tão valorizado e almejado progresso.

As codificações representavam um ideal de segurança fornecido por leis sistemáticas e gerais capazes de abranger e solucionar o maior número de casos possíveis conferindo assim segurança para a solução dos conflitos sociais. Já o constitucionalismo representou o meio idôneo para se coibir e combater os abusos de poder por parte de governantes e das instituições, representando a fonte de autoridade legitimadora do poder do Estado. O grande paradoxo dessa inversão do direito de princípio legitimador para instrumento legitimador é que a burguesia foi a classe que mobilizou e impulsionou as conquistas de liberdade, no campo religioso e no campo econômico. Tais conquistas na área jurídica respaldaram-se no modelo jurídico do constitucionalismo liberal, fruto da filosofia racionalista, desenvolvidas pelas teorias contratualistas. Os ideais burgueses que inicialmente sustentaram a idéia de Estado – como instituição criada e legitimada pela lei, para coibir os abusos de poder, tanto por parte de pessoas quanto por parte das instituições – foram com o passar do tempo e com o desenvolvimento da atividade econômica, relegados a um plano secundário, pois a classe burguesa, que os propôs inicialmente, ao desenvolver a atividade econômica, parece tê-los esquecido. Esse esquecimento revelou-se nos desequilíbrios sociais resultantes dos abusos praticados pelas classes econômicas em franca ascensão, especialmente os abusos nas relações de trabalho, que levaram à interferência do Estado na atividade econômica, inaugurando assim uma nova fase do Direito Constitucional, que a partir daí passou a tutelar as questões sociais. Foi justamente essa classe que inicialmente se apoiou na retidão dos pactos e na honra para reivindicar liberdade e igualdade social, que ao desenvolver a atividade econômica se portou de forma incoerente, ao abusar da liberdade por ela mesma conquistada.

Considera-se que a raiz dos problemas do Direito atual se encontre na escala de valores que sustentou todo o desenvolvimento científico e econômico. Em razão disso, valores prestigiados como fundamentos legitimadores das transformações sociais

foram sendo gradualmente desacreditados e muitos deles subvertidos a partir dos novos conceitos mais "científicos" e racionais. Ao se transformar em valor, o econômico passou a orientar e a fundamentar a ação social, desta forma, transformando e reduzindo os antigos princípios fundadores em instrumentos de legitimação. Se o econômico é o valor, a ciência e o direito devem servir de instrumentos para o seu cultivo e desenvolvimento. Dessa forma, o direito atual esbarra na valoração econômica e se vê impotente para se impor diante desta, que acaba determinando em que áreas o Direito poderá agir de forma eficiente. O Estado, ao assumir o econômico como forma de combater as desigualdades geradas pelo próprio desenvolvimento econômico, passou a buscar suas fontes de legitimação no econômico, não mais no Direito. Essa inversão permitiu ao Estado usar o Direito como instrumento para a sua intervenção na realidade social. Nesse processo de inversão, o Direito moderno se transformou em instrumento de ação estratégica.

Esses são apenas alguns exemplos escolhidos para ilustrar as razões que nos levaram a refletir sobre o real significado do Direito moderno, e se conclui que o Direito, ao se reduzir a sua forma de expressão que é a lei, acabou restringindo a sua real dimensão como fonte de autoridade para regular a convivência social, com isso ele passou a ser usado como instrumento de validação de poder político, abdicando do seu real sentido, que deveria ser fonte autorizadora da ação política. Para resgatar sua autoridade, ele necessita descer das superestruturas formais até o seio do meio social nas quais se realiza a formação da vontade coletiva, restabelecendo o nexos entre autonomia pública e autonomia privada. O poder administrativo de sanção e de imposição deve se respaldar no pacto coletivo, oriundo do processo comunicativo capaz de gerar o autocomprometimento, que por via de consequência irá se refletir no sistema normativo fundamentando-o.

REFERÊNCIAS

- ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. – São Paulo: Edições Melhoramentos, s.d.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. **As políticas sociais e o estado democrático**. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- ARAÚJO, Inês Lacerda. **Habermas**: o conceito do agir comunicativo. In: PAZ, Francisco Moraes. **Utopia e modernidade**. Curitiba: Ed. UFPR, 1994.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução: Mauro W. Barbosa de Almeida; revisão: Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Perspectiva, 2002.
- ARBOUSSE-BASTIDE, Paul; MACHADO, Lourival Gomes. Vida e obra. In: ROUSSEAU, Jean Jacques. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia**: ensaios em teoria hasbermasiana e teoria democrática. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1996. (Direitos reservados à Ed. Perspectiva, SP - Coleção Debates).
- BASTOS, Aurélio Wander. Introdução. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: o que é o terceiro estado? Pref. de José Ribas Vieira. Tradução: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- BERMAN, Harold. **Law and Revolution. The Formation of Western Legal**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- BLACKBURN, Erhard. The Poverty of Evolutionism. A Critique of Teubner's Case for Reflexive Law. **Law and Society Review**, 1984.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral de política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Revisão: Carmen T. S. Costa. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos; revisão técnica: João Ferreira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1989.

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Coord. tradução: João Ferreira; revisão geral: João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Caçais. São Paulo: Ed. Universidade de Brasília, 2002.
- CAPRA, Fritjof. **O tao da física: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental**. São Paulo: Cultrix, 1983.
- CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Tradução: Álvaro Cabral; revisão técnica Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 1987.
- CHAUÍ, Marilena de Sousa. **Introdução ao direito à preguiça**. Lafargue, 1999.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Tradução: Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro, Rocco, 1992.
- GAUDIN, Thierry. **Economia cognitiva: uma introdução**. Tradução: Paulo Anthero S. Barbosa. São Paulo: Beca Produções Culturais, 1999. (Título original: Introduction à l'économie cognitive)
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios do direito político moderno**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução: Vamirech Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneidchler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: João Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores)
- HOBBS, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX**. Tradução: Marcos Santarrita; revisão técnica: Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. Tradução: J. Teixeira Coelho Netto; introdução: Marilena Chauí. São Paulo: Hucitec; Unesp, 1999.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

- LAUAND, Luiz Jean; MARÍAS, Julián; HORTA, Sylvio Roque de Guimarães. **Ética e realidade humana**: três estudos. São Paulo: Edix – Edições, 1994. (Scintilla-I)
- LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. Tradução: Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores)
- LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução: Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores)
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução: Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores)
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MEHREN, Arthur Von; GORDLEY, James. **The Civil Law System. An Introduction to the Comparative Study of Law**. Boston: Little Brown & Co, 1977.
- MERRYMAN, John. **The Civil Law Tradition, An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 1968.
- MORAES, Emanuel de. **A origem e as transformações do Estado**. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- POLANYI, Karl. **The great transformation**. Boston: Beacon Press, 1944.
- REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores)
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre as ciências e artes**. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores)
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores)
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Ensaio sobre a origem das línguas**. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores)
- SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.
- SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: o que é o terceiro estado? Pref. de José Ribas Vieira. Tradução: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **As políticas sociais e o estado democrático**. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine. **Direito e ascensão do capitalismo**. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. (Traduzido da primeira edição, publicada em 1977)

TOULMIN, Stephen. **Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity**. Nova Iorque: Free Press, 1990.

WEBER, Max. **Economy and society**. Berkeley: University of California Press, 1978.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 15.ed. Tradução de: M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.