

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Daniel Yamauchi Acosta

**ESTADO, HUMANIDADE E LIBERDADE:
A LIBERDADE DE CONTRATAR**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo – SP

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Daniel Yamauchi Acosta

**ESTADO, HUMANIDADE E LIBERDADE:
A LIBERDADE DE CONTRATAR**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação da professora doutora Márcia Cristina de Souza Alvim.

São Paulo – SP

2018

DANIEL YAMAUCHI ACOSTA

**ESTADO, HUMANIDADE E LIBERDADE:
A LIBERDADE DE CONTRATAR**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação da professora doutora Márcia Cristina de Souza Alvim.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

AGRADECIMENTOS

Ao tecer estas palavras, percebo que agradecer não é algo tão fácil como imaginei a princípio, pois a elaboração deste estudo jamais teria sido possível sem a colaboração, ainda que indireta e silenciosa, de uma miríade de pessoas – muitas das quais sequer têm consciência de minha existência. Assim, devo proceder à difícil tarefa de expressamente mencionar aquelas cuja cooperação tenha se concretizado de forma mais próxima ou “ativa”, ainda que tal participação tenha se operado unicamente no campo motivacional.

Primeiramente, à família: agradeço ao meu filho, Daniel Capparelli Yamauchi V. Acosta, pelo simples fato de *existir*. Igualmente, agradeço aos meus pais, Daniel Caraballo Acosta e Emy Takayama Yamauchi Acosta, pelo fato de *eu* existir. E, como evidentemente não poderia ser de outra maneira, agradeço a Deus pelo singelo fato de *todos nós* existirmos.

À minha companheira Miriam Okamura, a quem coube a impossível tarefa de aguentar o meu temperamento peculiar, especialmente nos períodos de mal-humor (uma incumbência da qual nenhum ser humano comum conseguiria suportar – não sem alguma espécie de auxílio divino, ao menos –, ainda mais de forma *voluntária*).

A todos os meus mestres, sem os quais nenhum conhecimento de que disponho poderia ter sido adquirido. À minha querida orientadora, Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim, cuja infinita paciência em me aturar (principalmente em meus momentos de desespero, por *diversas* vezes, nos últimos minutos que antecedem o vencimento dos prazos academicamente estabelecidos) possibilitou a conclusão do meu mestrado sem maiores percalços. Às professoras Doutoras Nathaly Campitelli Roque e Regina Vera Villas Bôas, que compuseram a minha banca. Aos Doutores Gabriel Benedito Isaac Chalita, Willis Santiago Guerra Filho, Álvaro de Azevedo Gonzaga e Luiz Alberto David Araújo, pelas brilhantes aulas e conhecimento transmitido.

Aos meu querido amigo Fabricio Moreno Furlan, com quem troquei socos e pontapés ao longo de toda a infância (e que, por um acordo tácito de cavalheiros, limitamos os nossos embates ao campo puramente intelectual, muito embora a atmosfera selvagem ainda reine durante essas ocasiões). Aos meus queridos amigos Vinicius (“Vini”) Caldas da Gama e Abreu, Mariana (“Mari”) Dias Barreto, Bruno Garbelini Chiquito, Laís Ribeiro de Senna, Letícia Machel Lovo e Bruno Campos Silva – pessoas maravilhosas que, mesmo sem saberem, contribuíram para que eu me tornasse uma pessoa melhor.

A todos vocês, o meu eterno carinho.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo demonstrar o nexo entre o contrato, a liberdade e a humanidade como elementos interdependentes e indissociáveis. A preexistência da liberdade de contratar foi quesito essencial à sobrevivência humana e ao desenvolvimento da coletividade desde os primórdios da civilização, o que corrobora a tese do *Contrato Social* como uma explicação válida das origens institucionais que integram nossa cultura. Para demonstrar tais conclusões, o trabalho aborda diversos temas e centraliza-se primordialmente em uma abordagem evolutiva, a fim de se evidenciar a transição entre os sistemas sociais originariamente baseados em *status* para outros mais desenvolvidos, baseados no *contrato*. Uma segunda abordagem de cunho funcionalista também é adotada com o propósito de se prover informações adicionais a este estudo, possibilitando-se, assim, uma comparação de resultados e conclusões. A ideia de capitalismo como modelo econômico ideal também é colocada em perspectiva, demonstrando-se que a sua existência está longe de ser um fenômeno histórico recente. Finalmente, o estudo promove um imprescindível diálogo entre as distintas áreas do conhecimento científico humano, sem o qual a presente exposição careceria das ferramentas de análise necessárias à elucidação do tema.

Palavras-chave: liberdade, humanidade, sociedade, contrato, status, sistemas.

ABSTRACT

The present dissertation aims at demonstrating the nexus between contract, freedom and humanity as interdependent entwined elements which cannot be analyzed separately from one another. The preexistence of the freedom of contract was an essential factor to the survival and development of human society since the dawn of civilization, a fact that corroborates the thesis of *Social Contract* as a valid scientific explanation of the institutional origins of our culture. In order to demonstrate such conclusions, the paper addresses a number of different issues by focusing primarily on an evolutionary approach, in order to provide evidence of the transition from an originally status-based social system to a more developed contract-based society. A second type of approach – functionalist – is also adopted through the essay, with the purpose of providing additional information to the study, thus enabling the comparison of results – and, therefore, conclusions. The idea of capitalism as an ideal economic role model is also put into perspective, in order to demonstrate that its existence is far from being a recent historical phenomenon. Finally, the present study promotes an essential dialogue between different areas of human scientific knowledge, without which the present exhibition would lack the analytical tools that are necessary to elucidate the subject.

Keywords: freedom, humanity, society, contract, status, systems.

INTRODUÇÃO	2
1. DA LIBERDADE.....	6
1.1. o que é liberdade: uma multiplicidade de conceitos.....	6
1.2. liberdade negativa vs. liberdade positiva	7
1.3. a liberdade como medida	12
1.4. limites à liberdade: o direito como técnica de controle.....	14
1.5. elementos do ato livre	16
1.6. a responsabilidade pelo exercício da liberdade.....	18
1.7. liberdade para negociar: uma premissa do desenvolvimento humano	22
1.8. a liberdade econômica e o papel do Estado de direito.....	25
2. HUMANIDADE E LIBERDADE	29
2.1. o homem social. origens.....	29
2.2. a coletividade humana: sistemas de análise antropológica.....	34
2.3. do nexa entre indivíduos. fenômeno da coletividade	38
2.4. instituições: expressão social da ação humana organizada	43
2.5. instituições milenares: heranças greco-romanas	45
2.6. crenças pré-históricas. origens e simetria. propriedade.	48
2.7. rigidez institucional. <i>Status</i> . a família como unidade social básica	58
2.8. o <i>status</i> ao contrato. da família ao indivíduo. evolução.....	63
3. ESTADO: HUMANIDADE, LIBERDADE E LIBERDADE DE CONTRATAR	69
3.1. o papel econômico do contrato	69
3.2. o contrato entre os povos da antiguidade	72
3.3. o contrato no Estado liberal.....	76
3.4. princípios fundamentais do contrato	79
3.5. da força obrigatória do contrato <i>versus</i> função social.....	79
3.6. compatibilidade entre a função social e o liberalismo econômico.....	81
3.7. o direito contratual como microssistema autônomo.....	84
3.8. capitalismo: empreendedorismo vs. estatismo.....	85
CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS.....	85

INTRODUÇÃO

Muito tem se falado acerca da liberdade como valor fundamental das modernas sociedades democráticas. Diversas tem sido suas concepções ao longo da história, e poucos temas tem suscitado tantas acaloradas discussões nos mais variados círculos (das rodas de bar às altas cúpulas políticas), ponderadas pelos mais influentes pensadores – Platão, Aristóteles, Descartes, Hobbes, Rousseau, Montesquieu, Étienne de la Boétie, Kant, Marx, Sartre, apenas para citar alguns ilustres estudiosos que, por meio de suas ideias, mudaram o rumo do mundo.

Ante a multiplicidade conceitual que se invoca, não se poderia esperar algo diferente no que se refere à liberdade aplicada ao direito. De fato, a prática jurídica sempre esteve intrinsicamente ligada à ideia, na medida em que o aumento do controle jurídico-estatal para fins de estabilidade social necessariamente implica na mitigação das liberdades individuais¹. Por outro lado, se o controle jurídico e a liberdade são, de certa forma, inversamente proporcionais, então porque o senso comum afirma que o direito tem, por obrigação, garantir o pleno exercício de liberdades individuais?

A questão que este estudo busca resolver – aquilo que, academicamente, denomina-se “problematização” – é demonstrar que a liberdade de contratar (um aspecto da liberdade em sentido amplo) é elemento essencial da nossa estrutura social, e que, como tal, é impossível de dissociá-la da existência humana. Dessa forma, formalmente questionamos frontalmente a ideia segundo a qual a preexistência do Estado seria uma condição necessária para o surgimento do contrato, algo que tem sido defendido por certas correntes acadêmicas que acreditam estar superado o conceito de *Contrato Social* na origem da coletividade, tal como outrora fora preconizado por Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau e outros proeminentes pensadores. De fato, embora cada qual entendesse a ideia segundo suas concepções pessoais, todos concordavam em um ponto: o contrato social preexistiu – ou, ao menos, surgiu concomitantemente – o nascimento da sociedade. Assim, demonstramos que, sem o instituto do contrato (e, por conseguinte, a *liberdade para se contratar*, um aspecto que lhe é inerente) nós sequer existiríamos enquanto corpo social.

Para explicarmos a conclusão acima, devemos trilhar um caminho de raciocínio que, embora possa parecer tortuoso em um primeiro momento, não é de difícil compreensão. Contudo, é essencial abordar toda a história da humanidade desde as eras não documentadas – sim, estamos nos referimento à pré-história – pois, ainda que possa parecer algo um tanto

¹ O binômio organização-liberdade como característica do sistema jurídico será devidamente abordado ao longo deste trabalho.

exagerado remontarmos as bases de nosso estudo a épocas tão distantes, tais explicações são realmente necessárias para demonstrarmos que os conceitos de *liberdade*, *humanidade* e *contrato* são elementos mutuamente indissociáveis.

Assim, teremos de explicar diversas questões: como surgiu a sociedade e como se formaram suas primeiras células, o que é família e qual o papel desempenhado pelo indivíduo, por que razão a associação entre seres humanos sempre foi necessária, o que é o contrato e qual a sua importância para nós, o que entendemos por liberdade e por que razão ela é importante para a nossa existência, o que é “status” e por que isso é importante para a organização social, o que são “instituições” e, finalmente, como evoluímos a partir de um sistema rígido (primordialmente baseado em castas) para as dinâmicas e modernas estruturas socioeconômicas baseadas no contrato, cuja flexibilidade é traço marcante do capitalismo moderno.

Neste estudo, veremos que, segundo os registros históricos de que dispomos, o conceito de *indivíduo* (entendido como uma unidade independente e autônoma, sujeito de direitos que lhe são próprios, soberano de sua vida e livre para construir sua própria identidade segundo sua vontade) é um fenômeno recentíssimo, fruto de concepções sociais modernas, indissociável do contexto histórico em que nasceu e cuja existência somente pode ser compreendida segundo a lógica do homem moderno. Tal concepção era absolutamente desconhecida pelos povos antigos, que viam o indivíduo apenas como uma extensão do grupo a que pertenciam. Dessa forma, adotando-se uma perspectiva contextualizada, podemos então compreender: (1º.) a rígida natureza jurídica daquelas instituições sociais que, naquelas eras, tinham por objetivo essencial promover a unidade e a sobrevivência do corpo social, e (2º.) a razão pela qual muitas delas sobreviveram à erosão do tempo e permanecem vividas como nunca, até o dias de hoje (ainda que reinterpretadas segundo nossos valores atuais).

Algumas respostas satisfatórias à questão podem ser extraídas do estudo histórico de nossas instituições, cujas origens remontam às leis da Grécia e de Roma, onde claramente se percebe uma gradual evolução ao observarmos o progresso de seus sistemas sociais. Outras conclusões igualmente interessantes também podem ser extraídas se analisarmos o tema segundo a ótica de estudos sociais mais contemporâneos, tais como a *teoria dos sistemas* de Niklas Luhmann.

Com relação ao último ponto – a teoria dos sistemas – explicando-se o *direito* como um sistema independente e especializado dentro de nossa cultura, operativamente fechado (embora semanticamente aberto ao meio que o cerca), e autopoietico (que encontra em si mesmo todos os elementos de que necessita para se reproduzir e se autodeterminar),

demonstra-se também o papel desempenhado pela liberdade, o livre-arbítrio e a autonomia da vontade (condições de existência do contrato). Algumas questões também surgem ao longo do nosso caminho: estariam tais valores situados no núcleo dos sistemas normativos, ou desempenhariam apenas um papel acessório, talvez na condição de “fórmulas de contingência”²? Seria a ideia de liberdade um valor abstrato “diluído” na complexidade dos mecanismos jurídicos, ou teria ela uma função própria, tal como um dispositivo normativo de ordem prática, com funções delimitadas?

Seja como for, há duas abordagens possíveis, capazes de demonstrar como uma cultura tende a evoluir a partir de sistemas sociais estratificados, baseados em castas, *status* e hierarquias sociais, para outras construções sociais adaptadas à economia capitalista de livre mercado; uma transição que necessariamente ocorre *ao mesmo tempo* no campo jurídico, na medida em que os ordenamentos tenham a capacidade de se reinventar a partir das antigas estruturas – voltadas à proteção de privilégios fundados na hierarquia social – para outras formas mais evoluídas de direito, regidas por princípios jurídicos democráticos: a liberdade, a proteção à propriedade, a consagração da autonomia da vontade como aspecto da autodeterminação individual (aqui conjugada à ideia de livre-arbítrio como manifestação da liberdade individual, um pressuposto necessário para uma economia de livre mercado baseada na aptidão para se contratar).

As referidas abordagens são as seguintes: (1) a evolucionista e (2) a funcionalista. Ambas as correntes tem ampla aplicação no campo das ciências sociais, constituindo importantes ferramentas de análise que iremos utilizar ao longo deste estudo. O evolucionismo é um raciocínio baseado essencialmente na ideia de “progresso”, por meio do qual novas instituições surgem a partir de outras preexistentes, tal como uma sucessão de eventos ocorridos ao longo do tempo guiada por um modelo linear de raciocínio. É o método clássico de abordagem, explicando-se o presente a partir do passado. O funcionalismo, por sua vez, é uma técnica de análise pela qual pode-se extrair a compreensão de um sistema por meio da observação da situação em seu “todo”, buscando-se compreender um determinado fenômeno a partir do seu retrato geral para depois investigar seus elementos constitutivos, tal como uma dissecação em uma aula de anatomia (um exame “de fora para dentro”: corpo, sistemas, órgãos). Evolucionismo e funcionalismo se complementam, na medida em que são

² O conceito é explicado por Luhmann, no quinto capítulo da sua obra *Das Recht der Gesellschaft*, sob a ótica da justiça. LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.285.

apenas perspectivas distintas na busca da compreensão de um mesmo objeto. Assim, não vislumbramos razão para se adotar apenas uma linha em detrimento da outra.

Como salientado acima, pretendemos também demonstrar o papel fundamental que o contrato desempenhou na evolução histórica das sociedades, um instrumento jurídico essencial sem o qual o capitalismo de livre mercado (e o nosso atual estilo de vida) jamais teria sido possível. Ao longo de nosso trabalho, almejamos igualmente demonstrar que o capitalismo é o melhor sistema econômico que surgiu na história da humanidade, e que ele apenas se concretizou após termos situado dois princípios fundamentais no coração do sistemas jurídicos modernos: (1) a liberdade individual e (2) a igualdade (não aquela igualdade material almejada pelo comunismo soviético, mas a igualdade de direitos). Em que pese opiniões em contrário, o capitalismo é um sistema bom em sua essência, pois ele nos proporcionou um padrão de vida com o qual nem mesmo os mais ricos e influentes monarcas da história jamais poderiam ter sonhado desfrutar ao longo de suas existências.

Finalmente, procuramos demonstrar que diversos problemas sociais diretamente relacionados à efetividade do direito e à eficiência do Estado podem ser resolvidos a partir de instrumentos oferecidos pelo próprio sistema, sendo desnecessária, na *maioria* das vezes, uma intervenção ativa por parte do Estado na solução dessas questões.

Com relação à metodologia a ser utilizada no desenvolvimento deste estudo, utilizaremos majoritariamente o método dedutivo – mais comum às ciências experimentais – na medida em que boa parte deste trabalho se assenta em uma análise histórica do desenvolvimento institucional. Assim, ao buscarmos conclusões a partir da observação de um fenômeno inicial e procurando um padrão evolutivo daquele momento em diante, a linha de raciocínio utilizada no ponto é evidentemente dedutiva. Outrossim, procuramos respostas por meio do estabelecimento de uma premissa maior (instituição como sistema autônomo e independente) e, a partir de então, passamos a interpretar certos fenômenos – aqui entendidas como premissas menores – sob uma análise funcionalista. o raciocínio, neste caso, é igualmente dedutivo.

Uma vez mais, reafirmamos que não há qualquer razão plausível que nos impeça, ao menos neste momento, de eventualmente utilizarmos pontualmente elementos de metodologias diversas a fim de alcançarmos conclusões mais precisas. Podemos, aliás, afirmar que a dedução é passível de ser complementada, na medida em que, dialeticamente, raciocínios metodológicos diversos podem servir como contraposições científicas mútuas, sob um padrão “hegeliano” (uma tese seguida de sua antítese, concluído pela síntese). Se as

inferências obtidas por distintos métodos de análise forem coincidentes, isso significará que, muito provavelmente, estamos no caminho certo.

1. DA LIBERDADE

1.1. o que é liberdade: uma multiplicidade de conceitos

Preliminarmente, deve ter em mente que o termo “liberdade” é uma concepção abstrata que abarca uma infinidade de significados subjetivos, que variam conforme a percepção pessoal do indivíduo. Consequentemente, a diversidade conceitual do termo amplia-se exponencialmente se considerarmos a proporção de sujeitos que se debruçam sobre o tema, cada qual entendendo o mundo em que vivemos segundo a sua própria compreensão individual, experiência e valores. Como disse Montesquieu, “não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade”³. De fato, uma conceituação precisa não é tarefa fácil – até impossível, talvez, já que o próprio fato de conceituar (leia-se “fechar”) um princípio aberto e fluido por excelência engessaria a sua própria natureza.

Alguns dos maiores pensadores da história chegaram individualmente a tecer seus próprio conceito de liberdade. Sobre o assunto, o consagrado autor formulou as seguintes palavras:

Não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade. Uns a tomaram como a facilidade de depor aquele a quem deram um poder tirânico; outros, como a faculdade de eleger a quem devem obedecer; outros, como o direito de estarem armados e de poderem exercer a violência; estes, como o privilégio de só serem governados por um homem de sua nação, ou por suas próprias leis. Certo povo tomou por muito tempo a liberdade como sendo o costume de possuir uma longa barba⁴. Estes ligaram este nome a uma forma de governo e excluíram as outras.

O referido iluminista conclui, enfim, que “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”, e continua: “e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder”⁵.

³ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 165.

⁴ Nota do autor: “os moscovitas não conseguiam suportar que o czar Pedro a mandasse cortar”. MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 774.

⁵ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 166.

Outra interessante citação provem de Étienne de La Boétie, segundo o qual a liberdade é “um bem tão grande e tão aprazível que, perdida ela, não há mal que não sobrevenha e até os próprios bens que lhe sobrevivam perdem todo o seu gosto e sabor, corrompidos pela servidão”⁶. Aristóteles, por sua vez, definia a liberdade como a capacidade interna de agir, aquela dotada de voluntariedade: “(...) e aquelas cujo princípio motor está em nós, em nós está igualmente o fazê-las ou não as fazer. Ações de tal espécie são, por conseguinte, voluntárias (...)”⁷.

Seja como for, a ideia de liberdade guarda uma estreita correlação com a capacidade e o alcance da autodeterminação de um sujeito, conceito este que também pode ser aplicado a uma coletividade. Deve-se também ter em mente que uma análise sobre o tema, sob a ótica de distintas áreas de conhecimento tais como a Economia, a Política ou a Religião – que caracterizam, per si, subsistemas sociais diversos, inseridos no macrosistema social humano –, leva a concepções diferentes (daí a razão pela qual o termo, em matéria acadêmica, habitualmente vem complementado por uma qualificação adicional (liberdade *econômica*, liberdade *religiosa*, liberdade *política*, liberdade *individual*, entre outras). Mas, reconhecendo-se seus elementos caracterizadores essenciais, podemos ensaiar a formulação de um conceito genérico⁸ a partir do qual podemos aprofundar o tema.

Para tal propósito, entretanto, faz-se necessário proceder a uma análise de algumas correntes teóricas acerca do fenômeno da liberdade, e, para tanto, há um ensaio filosófico – denominado *Dois Conceitos de Liberdade* – de extrema importância sobre o assunto, escrito pelo filósofo inglês Isaiah Berlin, um brilhante catedrático da Universidade de Oxford cujo trabalho, por razões que desconhecemos, é pouco conhecido nos círculos acadêmicos brasileiros. Dotado de uma estrutura lógica ímpar, seu conceito traz uma série de implicações teóricas que incidem diretamente sobre o cerne deste estudo, razão pela qual devemos abordar tais considerações com um pouco mais de profundidade. Vejamos.

1.2. liberdade negativa vs. liberdade positiva

Preliminarmente, é interessante suscitar alguns pontos sobre a referida obra de Berlin. Embora não nutrisse muito interesse em publicar suas ideias – a maior parte de seu

⁶ BOÉTIE, Étienne. **Discurso sobre a servidão voluntária**. p.07. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/boetie.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 36.

⁸ A própria ideia de generalização já implica, por si mesma, a conclusão de que nenhuma conceituação exauriente com relação à liberdade pode ser possível.

trabalho provém de transcrições de registros deixados à posteridade em fita cassete, além de anotações tomadas por seus secretários a partir de conversas informais do autor junto a seus amigos – seu legado tem grande importância na seara da axiologia política, especialmente naquilo que se refere ao estudo da liberdade. *Two Concepts of Liberty*, segundo a língua original, é um texto publicado em 1958 a partir de uma de suas aulas inaugurais na prestigiada Universidade de Oxford, onde o autor ocupara a cátedra de teoria política e social.

O ensaio, através de sua abordagem analítica voltada à definição de conceitos políticos, reintroduziu a metodologia da filosofia analítica ao estudo da filosofia política. A partir de seu arcabouço acadêmico obtido em prévios estudos exercidos no campo da filosofia da linguagem, Berlin argumentou a existência de uma sutil nuance de entendimentos no que se refere às terminologias conceituais em matéria política, onde aquilo que era superficialmente entendido como um conceito único poderia muito bem estar disfarçando uma pluralidade de ideias, usos e significados distintos entre si.

Berlin afirma que esses múltiplos conceitos, mascarados e difíceis de se identificarem em um primeiro momento – eis que, não raro, submetem-se a uma mesma denominação (em geral, uma palavra) que abrange diversas ideias absolutamente diferentes –, chegam a ser tão conflitantes e incompatíveis entre si que um estudo cientificamente sério torna-se realmente necessário a fim de se fatorarem conceitos tão divergentes a partir de um mesmo vocábulo. Para o filósofo, esse é precisamente o caso do termo “liberdade”.

Assim, imagine-se que um sujeito *x* esteja dirigindo um automóvel durante a noite. Ele dobra à direita na esquina, mas ninguém o obrigou a fazê-lo. No cruzamento seguinte, dobra à esquerda, mas poderia ter seguido reto se assim desejasse. Uma quadra adiante, ele dobra à direita novamente. Não havia nada, durante o trajeto, que lhe impedisse de tomar qualquer direção. A situação apresentada leva-nos à conclusão de que *x*, como motorista, estava totalmente livre para ir aonde quisesse. Entretanto, a cena muda de figura se considerássemos que *x* estava à procura de drogas, conduzindo erraticamente pela região, em busca de alguém que lhe vendesse o produto desejado. Surge então a percepção segundo a qual *x* não estava “conduzindo”, mas sim “sendo conduzido” por seu vício enquanto dirigia. Podemos, ainda, reforçar a ideia se disséssemos que o sujeito deixou de encontrar sua querida ex-namorada, com quem muito gostaria de voltar a se relacionar, perdendo, assim, sua única oportunidade de reconciliação. Ele sabe disso e se remói em seu íntimo, lamentando a própria condição.

Essa história apresenta duas perspectivas contrastantes sobre uma mesma situação. Na primeira, pode-se entender a liberdade como a simples ausência de fatores externos que condicionem a ação humana. Na segunda, podemos conceituá-la como a capacidade de um sujeito autodeterminar-se em seu próprio benefício e em conformidade com a sua vontade, mesmo na presença de fatores que lhe induzam a fazê-lo de outra forma.

Pode-se dizer, dessa maneira, temos duas acepções possíveis: que a liberdade é (1) a ausência de submissão a uma entidade externa, ou (2) a presença de livre-arbítrio, medida pela capacidade de se realizar a própria vontade (caracterizada, nesses termos, como a possibilidade de compreender, julgar e agir em benefício próprio)⁹. Na primeira acepção, a liberdade é ausência; na segunda, é presença. Assim, Berlin denominou tais conceitos de “liberdade negativa” e “liberdade positiva”, respectivamente.

Existe algum sentido em se colocar a questão, no que se refere às diferenças entre esses dois conceitos de liberdade, como uma dicotomia entre fatores que incidam a partir do meio externo sobre a vontade do indivíduo e aqueles cuja natureza interna determinam os rumos do destino do agente. Enquanto os teóricos da liberdade negativa estão primariamente interessados em avaliar o grau em que indivíduos ou grupos sofrem a interferência de influências extrínsecas, os teóricos da liberdade positiva preocupam-se mais com os aspectos internos que influenciam a capacidade de um indivíduo ou grupo em agir de forma autônoma.

Consideradas tais diferenças, talvez pudéssemos ser levados a crer que a nossa preocupação, segundo o propósito do nosso estudo, deveria se concentrar exclusivamente no conceito de liberdade negativa, na medida em que a ideia de liberdade positiva fosse, talvez, mais relevante à psicologia ou à moralidade individual do que para fins de análise das instituições jurídicas, políticas, econômicas e sociais. Isso, contudo, seria um julgamento prematuro, pois algumas das questões mais debatidas no direito, na filosofia, na sociologia e na política atual discutem justamente a aplicabilidade de ambos os conceitos no panorama sociopolítico nacional e internacional.

Seria a concepção positiva de liberdade um conceito político? Podem indivíduos, ou grupos de indivíduos, alcançar a liberdade positiva através da ação política? É possível o Estado promover a liberdade positiva aos cidadãos em nome destes? E, em caso afirmativo, seria realmente desejável que o Estado assim o fizesse? Qual a legitimidade que o Estado detém para interferir no livre mercado, um segmento onde a liberdade negativa é a regra soberana? Qual é papel que deve ser assumido pelas instituições jurídicas naquilo que se

⁹ Aqui, o livre-arbítrio assume a condição de pressuposto da liberdade. Etimologicamente, a palavra deriva do termo *arbitrium* do latim, que significa julgar, arbitrar, decidir.

refere ao embate entre a defesa de liberdades individuais (tidas por negativas) e a promoção de igualdade social (entendidas por positivas)? Bem, os clássicos textos da história do pensamento político ocidental estão divididos sobre a maneira pela qual essas questões deveriam ser respondidas.

Teóricos liberais clássicos, como Herbert Spencer e John Stuart Mill, são tipicamente compreendidos como defensores do conceito negativo de liberdade política. Aliás, para efeitos de elucidação, é conveniente tecermos alguns apontamentos sobre essas duas ilustres personalidades. Na esteira de Jeremy Bentham, ambos os filósofos eram utilitaristas, embora suas abordagens fossem substancialmente distintas (Spencer considerava seu viés utilitarista “racional” superior ao utilitarismo “empírico” de Bentham e, embora jamais tenha expressamente assumido, o referido autor certamente considerava John S. Mill igualmente empírico).

Em que pesem suas diferenças, tanto para Spencer como para Mill, a *liberdade* e a *justiça* eram valores equivalentes. Enquanto Mill subordinava o conceito de “justiça fundamental” ao princípio da liberdade, Spencer equiparava a ideia de justiça com a “igualdade de liberdade”. Nas palavras deste, “a liberdade de cada um, limitada tão somente pela liberdade de todos, é a regra segundo a qual a sociedade deve ser organizada”¹⁰. Um de seus grandes trabalhos – e cuja leitura recomendamos –, intitulado *The Principles of Ethics* (“Os princípios da ética”), vinculava o utilitarismo à liberdade, sob a forma de uma complexa psicologia moral evolutiva que combina intuição, utilidade e o fenômeno da associação humana com algumas ideias lamarckistas de transmissão de certos comportamentos pela reiteração contínua e habitual¹¹. Embora algumas das ideias de Spencer possam parecer um tanto antiquadas aos padrões atuais no que se refere ao lamarckismo, deve-se ter em mente que a obra foi em finais do século XIX e Spencer foi contemporâneo de Charles Darwin, nos anos em que a discussão sobre a evolução das espécies encontrava-se a todo o valor. De toda sorte, suas conclusões sobre organização social, política, justiça e liberdade ainda são tão válidas atualmente quanto o eram naqueles tempos.

¹⁰ “(...) it follows that this liberty of each, limited by the like liberty of all, is the rule in conformity with which society must be organised”. SPENCER, Herbert. **Social Statics: or, The Conditions essential to Happiness specified, and the First of them Developed**. Londres: John Chapman, 1851. p.56. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/0331_eBk.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

¹¹ SPENCER, Herbert. **The Principles of Ethics**. Indianapolis: Liberty Fund, 1978. v.1. Disponível em: <<https://oll.libertyfund.org/titles/spencer-the-principles-of-ethics-vol-1-1f-ed>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

Outro ponto que deve-se ter em mente é que Spencer e Mill concordavam que a ideia de “felicidade geral” (outro conceito herdado de Bentham) seria mais facilmente alcançada por meio de um utilitarismo fundado em direitos *individuais*, eis que indivíduos somente conseguiriam alcançar o ápice da felicidade quando tivessem a oportunidade de desenvolver ao máximo suas faculdades físicas e mentais – algo que somente seria possível caso pudessem exercitá-las da forma que bem lhes conviesse. Essa ideia, por sua vez, só poderia ser posta em prática se os indivíduos pudessem exercer sua liberdade da forma mais ampla possível.

Há teóricos, por outro lado, que adotaram uma postura crítica com relação essa tradição de viés liberal, tais como Jean J. Rousseau e Karl Marx, que são tipicamente recordados como representantes da concepção positiva de liberdade política, na medida em que firmavam suas ideias na igualdade de oportunidades políticas e sociais. Aliás, existe uma semelhança considerável entre essa linha de pensamento e aquela preconizada na Grécia antiga: o cerne do conceito de liberdade está, neste caso, muito mais vinculado ao exercício igualitário de direitos políticos e coletivos, uma interpretação na escala de valores morais que prestigia primordialmente o aspecto social sobre o individual.

Em sua acepção política, a liberdade positiva tem sido frequentemente concebida como algo a ser necessariamente alcançado por meio da coletividade. Talvez um dos casos mais emblemáticos seja a teoria de Rousseau sobre a questão, segundo a qual a liberdade individual seria alcançada através da participação do indivíduo no processo pelo qual a comunidade assume as rédeas de seu próprio rumo, de acordo com a “vontade popular”. Em outras palavras, poderia se dizer que uma sociedade democrática é livre na medida em que ela é dotada da capacidade de se autodeterminar, e que um membro dessa sociedade seria considerado livre na mesma medida em que estivesse apto a participar do processo democrático. Existem, igualmente, aplicações em âmbito individual ao conceito de liberdade positiva. Por exemplo, é dito, às vezes, que um governo deveria buscar ativamente as condições necessárias para promover a autossuficiência de seus cidadãos ou adotar políticas públicas a fim de que estes alcancem suas realizações pessoais. O *Welfare State* tem sido frequentemente defendido sob esse pretexto, bem como o argumento da necessidade de se estabelecer uma renda econômica mínima para fins sociais.

O conceito negativo de liberdade, por outro lado, é mais comumente assumido na defesa de concepções liberais clássicas, tais como aquelas relacionadas aos direitos fundamentais de primeira dimensão (encontradas nas diversas constituições nacionais de nações tidas por democráticas que resguardam, entre outras, a liberdade de ir e vir, a liberdade

religiosa e a liberdade de livre expressão/manifestação do pensamento), no embate intelectual em face de intervenções de cunho moralista e contra a assunção de posturas públicas paternalistas por parte do Estado. Tais argumentos também são tradicionalmente invocados na defesa dos direitos de propriedade em face de medidas expropriatórias, tais como impostos e desapropriações.

A classificação da liberdade em duas vertentes idealizada por Berlin nos será útil no decorrer deste estudo, eis que abordaremos diversas questões relacionadas ao capitalismo: um sistema que, embora ostente primariamente a sua natureza econômica, exerce profunda influencia sobre todos os demais aspectos da cultura humana e que pode, se assim desejarmos, resolver alguns dos mais profundos problemas que enfrentamos na atualidade.

1.3. a liberdade como medida

Há infinitas formas de se classificar a liberdade, na medida em que se pode simplesmente adotar quaisquer critérios que se desejar. Dito isso, uma outra forma bastante útil de se analisar o conceito é o seguinte: partindo-se do pressuposto conceitual de que a liberdade é a medida da capacidade da autodeterminação de um indivíduo ou grupo (aqui partimos de uma perspectiva claramente positiva, segundo a classificação de Isaiah Berlin), podemos inicialmente desconstruir a questão sob seus dois elementos constitutivos: medida e capacidade.

O que é uma medida? Ela é, primordialmente, é uma ideia, uma abstração sobre o alcance de nossa percepção sobre algo, então podemos dizer que a liberdade é um conceito aberto. Ora, se a liberdade é uma medida, tal qual um “sistema métrico”, então, assim como os números que se estendem ao infinito, ela é conceitualmente ilimitada.

A capacidade, por outro lado, é a aptidão em se conseguir alcançar ou realizar algo. Desse conceito, podemos então extrair a ideia de que, considerando-se o gênero humano como sujeito dessa aptidão, a capacidade é, por excelência, uma concepção de limitação, cujas fronteiras pode variar em alcance e intensidade, segundo as possibilidades das quais se dispõe, de um sujeito escolher, julgar, decidir e exercer a própria vontade dentro das perspectivas que lhe são impostas pelo meio externo (ou mesmo por suas próprias limitações). Assim, a regra torna-se facilmente compreensível: quanto maior for a capacidade, menores serão as limitações e, portanto, tanto maior será a liberdade, que se desenha a partir dos contornos da autonomia humana.

Assim, conclui-se que, se, por um lado, o conceito abstrato da liberdade implica na total e plena possibilidade de se agir segundo a vontade, o exercício da liberdade em si encontra limites em todos os aspectos. E nem poderia ser de outra maneira, pois, em termos sociais, a ausência geral e irrestrita de limitações necessariamente implicaria na inexistência de obediência a qualquer espécie de organização coletiva ¹².

Outra percepção importante, para se compreender a ideia de liberdade, pode ser alcançada por uma abordagem dialética subjetiva. Explica-se: assim como o conceito de justiça é mais facilmente compreensível ao contrapô-la à ideia de injustiça¹³, o conceito de liberdade igualmente torna-se evidente na sua ausência. Valores dessa natureza, em ambientes sociais livres, justos e “harmonizados”, segundo a lógica democrática adotada pelos países ocidentais da atualidade, tornam-se a regra geral aplicável a todos os indivíduos que compõem o corpo social – determinando-se, por força da lei o do costume, um modo de vida no qual esses valores, já incorporados à rotina diária, passam a não ser facilmente identificáveis em um primeiro momento.

A identificação do que é *justo*, contudo, torna-se perceptível no momento em que se sofre uma *injustiça*, marcada pelo ocorrência de um evento assim considerado (interessantemente, a compreensão do injusto é percebida através da experiência pessoal: o sujeito passa por uma situação na qual tenha sofrido um tratamento diferente daquele que seus pares teriam experimentado em um caso análogo). Igualmente, a noção de liberdade de ir e vir é imediatamente compreendida quando o indivíduo é encarcerado, ou quando, em sua liberdade de opinião, já não pode manifestar publicamente suas próprias ideias em virtude de imposição externa (uma compreensão que, assim como a da justiça, também se evidencia quando o silêncio é imposto ao indivíduo, muito embora outros, em igual situação, tenham o seu direito de manifestação resguardado).

¹² Conforme já salientado, para os gregos, mais do que a ninguém, o exercício da liberdade tinha intrínseca correlação com o exercício da política. Segundo Aristóteles, o homem é um animal político e, para que se possibilite a existência de um corpo coletivo, não se pode concebê-lo como um ser “incapaz de se submeter a qualquer obediência”. ARISTÓTELES. **A Política**. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2009. p. 16.

¹³ assim como a liberdade, a justiça é outro valor extremamente difícil de se conceituar. Em termos subjetivos, ela se caracteriza mais pela “ausência de justiça”, ou pela “experiência de uma injustiça”, do que por uma conceituação positivo-afirmativa. Paul Ricoeur, eminente filósofo francês cuja vida foi marcada, na juventude, pela sua captura e prisão (leia-se, aqui, “ausência de liberdade”) pelos nazistas durante a II Guerra Mundial, trabalhava com a ideia dialética de que, para se entender o bem deve-se entender o mal, para entender a voluntariedade deve-se compreender a involuntariedade. Para maiores detalhes, ver *Freedom and Nature: The Voluntary and the Involuntary* (1950), além dos comentários tecidos na enciclopédia de filosofia da Universidade de Stanford. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/ricoeur/>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

Note-se que, em todos os casos mencionados, a subjetividade e a dialeticidade estão presentes. São subjetivas, pois dependem de uma análise pessoal do sujeito sobre a questão, que construirá a sua compreensão do assunto baseando-se em percepções personalíssimas, adquiridas ao longo da vida (uma linha de raciocínio que nada tem a ver com a objetividade das construções conceituais lógico-dedutivas a que estamos tão acostumados nos círculos acadêmicos). São dialéticas, pois a conclusão sobre a natureza de uma situação (justo ou injusto, livre ou não-livre, manifestação ou não-manifestação [*do pensamento*]) somente se alcança após a contraposição de seu oposto, conforme versa a estrutura da metodologia “hegeliana” (tese → antítese → síntese).

Conclui-se, então, sob esse aspecto, que a liberdade encontra a sua existência na capacidade de autodeterminação, cujos limites são delimitados pela “não-liberdade”, qual for que esta seja (encarceramento, censura, ausência de recursos econômicos, falta de instrução ou educação adequada, limitações físicas e/ou sociais, apenas citando algumas espécies).

1.4. limites à liberdade: o direito como técnica de controle

Dentre as mais diversas concepções de *limite* que poderiam ser invocadas, podemos classificá-las basicamente em duas classes: limites físicos (no que se refere ao *corpo*, à matéria em si) e limites abstratos (valores, tradição, costumes, história, dentro de uma infinidade de outros). Os primeiros são mais fáceis de se entender: não importa o tamanho da vontade, um humano jamais poderá voar como um pássaro, nadar como um peixe, correr como um guepardo. Claro que, com uma boa dose de progresso científico, podemos estender nossas limitações a níveis considerados inimagináveis pelo homem de eras passadas (razão pela qual a evolução da ciência também torna-se um dos pilares do exercício da Liberdade), mas a infinita imaginação e desejo humanos sempre colidirão com nossos corpos *finitos*.

Já a segunda classe de limites encontra a sua existência na própria condição social humana. Eles podem ser internos, surgindo como valores e princípios morais auto-impostos (ex.: “não mato, pois é errado”) ou externos, como é o caso dos diversos códigos de conduta social existentes: dogmas religiosos (“*Não matarás*”, o quinto dos Dez Mandamentos), costumes, leis positivadas (ex.: art. 121/CP: “*matar alguém: pena - reclusão, de seis a vinte anos*”).

Destas, o direito tem, como o diferencial que a separa das outras, a qualidade de ser imposta coercitivamente pelo força soberana de um Estado de direito, razão pela qual ela se torna mais relevante em termos de controle social. Neste ponto, deve-se ter em mente que o

direito, enquanto sistema social, tem características operacionais próprias e exclusivas, não compartilhadas com outros sistemas, o que justifica a sua independência de outros ramos do conhecimento. Ele é jurídico, pois encontra seu fundamento e validade na norma suprema dos Estados soberanos, e por meio das leis ele se opera; é autônomo, pois trata-se de um conjunto de regramentos específicos e interligados que funcionam de forma independente ao ambiente que o cerca; é dinâmico, pois encontra-se em transformação contínua, segundo as demandas sociais existentes em um dado momento; é autorreferenciado, pois sistematiza-se a partir de princípios próprios; é interativo, pois mesmo em sua autonomia, troca influências com o meio-ambiente (outros sistemas); e é autopoietico, pois ele se reproduz, a partir de si mesmo, nas mais diversas esferas políticas ao longo do território (em termos mais específicos, por meio da observância ao princípio da simetria aplicada aos estados e municípios, a partir do modelo adotado pela União), produzindo efeitos que, por sua vez, conferirão legitimidade à própria autopoiese cíclica do sistema, caracterizado pela “retroalimentação” advinda da elaboração de decisões judiciais que, por sua vez, servirão posteriormente de base à outras (tenham ou não efeito vinculante).

A própria ideia de *organização*, qualquer que seja o panorama considerado, necessariamente implica na redução de algum aspecto da liberdade. Organizar é delimitar, sistematizar, ordenar, estruturar: significa imporem-se regras onde antes não existiam. Na diversidade de normas estabelecidas e segundo a necessidade destas serem organizadas de modo a não se contrariarem (antinomias), esse grande complexo normativo resultante dispõe visa a um objetivo próprio: o controle social. O mecanismo da jurisdição é semelhante a um programa de computador: ele reconhece as ações humanas, as processa segundo seus próprios critérios e afirma, segundo as regras que lhe foram previamente transmitidas, aquilo que está (ou não) de acordo com o direito – nesse sentido, diria Luhmann que o sistema segue o código binário específico do “direito/não-direito”¹⁴, pelo qual ele se autodetermina.

Assim, toda a programação do ordenamento jurídico se baseia na binariedade desse código-base, e, uma vez que o sistema declara se o referido ato *sub judice* está ou não de acordo com a ordem jurídica, ele passa a estabelecer as consequências que se seguem a partir de então, segundo a fórmula “*se* (isso), *então* (aquilo)”. Exemplificando-se: *se* matou, *então*

¹⁴ Pode-se entender o código do direito como uma programação de computador, tal como um software que determina se um ato/fato humano está de acordo com o sistema (“direito”) e aquilo que não está, e o contraria de alguma maneira (“não-direito”). Na tradução brasileira da obra *O direito da sociedade*, pela editora Martins Fontes, utilizaram-se os termos “legal e ilegal” para designar a dialética *recht-unrecht*, mas não acreditamos ser esta a interpretação mais adequada. LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.224.

será preso; *se* contratou, *então* será obrigado a obedecer os termos do acordo; *se* adquiriu um imóvel, *então* o referido imposto será devido; *se* faleceu, *então* os bens serão transmitidos aos herdeiros, *se* contraiu matrimônio, *então* ficará sujeito às regras do casamento.

O fato de se dispor de um sistema organizado e impositivo de regras preestabelecidas leva a uma invariável conclusão: há uma redução na amplitude da liberdade (conforme já mencionado), o que significa que existem atos que serão penalizados caso estes sejam considerados como “não-direito” (contrários ao sistema). Por outro lado, o estreitamento dessa amplitude provoca, também, um aprofundamento da liberdade em relação àquilo que o sistema entende como “de direito” (de acordo com o sistema). Assim, se um sujeito não tem a ampla liberdade de injustificadamente matar outrem, de outra parte o indivíduo aprofunda a liberdade de se viver livre da constante e destruidora preocupação de ser assassinado a todo o momento e sem motivo. Conclui-se, neste ponto, que, longe de ser um efeito indesejado da organização sistêmica, o direito traz a tranquilidade da *segurança*. Significa, em termos práticos, a real possibilidade de se planejar a própria existência com um considerável grau de previsibilidade e certeza. Traduz-se, então, a conclusão nos seguintes termos: *a redução da amplitude da liberdade pelo direito implica, por outro lado, no aprofundamento de seu exercício, sob o aspecto econômico-social.*

1.5. elementos do ato livre

O ato humano é a materialização, no campo fático, da vontade que a precede. Essa vontade, por sua vez, pode ser livre (ter a qualidade de nascer do *livre-arbítrio*) ou ser maculada por agentes externos. Um ato humano somente pode ser considerado livre se a vontade que a induz seja igualmente livre, ou, em outras palavras, *autônoma*. Em uma análise mais profunda, essa autonomia da vontade deve ser *conscientemente* percebida. Por assim dizer, não se pode qualificar um ato como plenamente livre aquele que, de alguma forma, tenha sido induzido pelo meio externo. Sendo o exercício da vontade uma premissa da liberdade, pode-se dizer que as dimensões desta variam de acordo com os elementos que compõem e qualificam o livre-arbítrio: consciência, espontaneidade, informação/educação e ponderação.

A consciência, por seu turno, é a capacidade de compreender o seu ato e as consequências que dele decorrem. Se um ato não pode ser entendido, ele também não pode ser querido ou desejado, o que influencia diretamente a capacidade de escolha do indivíduo. A espontaneidade, por sua vez, é a capacidade de uma pessoa em agir física ou

psicologicamente em consonância à sua vontade, sem a intromissão de elementos externos que a forcem de outra maneira. Já a informação, ou educação, atinge diretamente as bases sobre as quais o indivíduo fundamenta suas escolhas. A execução do ato humano é realizada a partir da tomada de uma decisão, e esta, por sua vez, depende diretamente das informações das quais o sujeito dispõe (sem estas, o sujeito não seria capaz de entender as consequências de suas escolhas). Por fim, um ato de vontade deve ser ponderado, pelo que podemos entender como a capacidade de pensar, raciocinar ou abstrair uma questão ou assunto qualquer. Um ato tomado por impulso não pode ser compreendido como “ponderado”, na medida em que não foi adequadamente dimensionado sob o ponto de vista lógico do sujeito que decide.

Uma vez caracterizadas as bases elementares do ato livre, talvez se possa questionar acerca da importância prática de toda essa teorização, e por que razão haveríamos de identificar os elementos que a compõem. A resposta é simples: as consequências que derivam do exercício do livre-arbítrio são *imensas*, e implicam, ao agente que o pratica, um tratamento social completamente diferente daquele dispendido ao praticante de um ato considerado involuntário.

No sistema jurídico, o ato livre tem consequências diretas na responsabilização do agente, seja em âmbito penal ou civil. O mesmo ocorre nos sistemas religiosos: o ato livre, mas contrário aos dogmas que a dirigem, podem levar o agente à total exclusão de seu sistema (como é o caso da excomunhão, ou excomunhão, na Igreja Católica ¹⁵) ou até mesmo à pena capital, em regimes onde não existe uma clara separação entre a religião e o Estado (a decapitação como punição a crimes considerados socialmente ofensivos na Arábia Saudita, por exemplo, tornaram-se famosas – ou “virais”, em linguagem coloquial – após a circulação de vídeos na internet ¹⁶). De qualquer forma, deve-se ter em mente que o ato livre implica, acima de tudo, em *responsabilidade*.

¹⁵ Como exemplo, no código de direito canônico da Santa Sé, no Cânone nº. 1.364, § 1º, estabelece que “o apóstata da fé, o herege e o cismático incorrem em excomunhão *latae sententiae*”. O referido diploma pode ser adquirido no site do Vaticano. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

¹⁶ Por razões óbvias, não disponibilizaremos referências visuais a este tipo de execução, mas o fundamento pode ser encontrado no Alcorão (8ª Surata, versículo 12) “*vosso Senhor revelou aos anjos: Eu estou convosco. Confirmai, pois, aqueles que creem. Infundirei o terror no coração dos incrédulos. Decepai-lhes a cabeça e batei em cada um dos seus dedos*”. p.197. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/alcorao.pdf>>. acesso em: 23 nov. 2018.

1.6. a responsabilidade pelo exercício da liberdade

A percepção de que o ato livre enseja a responsabilização de seu agente não é algo atual. Se, por um lado, o ato humano involuntário tem geralmente ensejado, na cultura ocidental, uma baixa ou nenhuma carga de responsabilização moral, o ato conscientemente realizado segundo a vontade imaculada do autor tem sido considerado fonte de honras ou reprovações sociais ao longo da história da humanidade. Isso pode ser constatado nas palavras de Aristóteles¹⁷, no primeiro parágrafo do terceiro capítulo de *Ética a Nicômaco*:

Visto que a virtude se relaciona com paixões e ações, e é às paixões e ações voluntárias que se dispensa louvor e censura, enquanto as involuntárias merecem perdão e às vezes piedade, é talvez necessário a quem estuda a natureza da virtude distinguir o voluntário do involuntário. Tal distinção terá também utilidade para o legislador no que tange à distribuição de honras e castigos.

Em termos normativos, contudo, a responsabilidade esteve mais relacionada ao resultado de uma ação do que à vontade humana que a ensejou. No código de Hamurabi (elaboração estimada em 1.772 a.C.), por exemplo, a *lex talionis*¹⁸ da Babilônia determinava, em seu artigo 229, a pena de morte do construtor que, independentemente de sua intenção, erguesse uma casa que ruísse sobre a cabeça de seu morador, matando-o¹⁹. Já entre os romanos houve um progresso quanto à consideração da vontade envolvida em um ato humano do qual resultasse alguma consequência a outrem. A Tábua VIII da Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*, de 450 a.C., que também adotou o princípio do talião), uma das mais importantes Tábuas – por tratar dos crimes e condutas ilícitas da República Romana – estabelecia em seu art. 2º que “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*” (“se amputou um membro e não fez acordo com o ofendido, tenha lugar o talião”). Ou seja, a amputação apenas ensejaria a retaliação do ofensor nos termos do Talião caso o elemento da *intenção* não tivesse sido previamente estabelecida em acordo.

¹⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 36.

¹⁸ A lei do talião não é um código legal em si, mas sim um princípio de reciprocidade que pôde ser encontrado em boa parte dos antigos sistemas normativos da antiguidade. Ela tinha contornos próprios, congruentes à cultura que a adotava. Seja como for, mais do que apenas julgá-la segundo os padrões modernos, a *lex talionis* foi um marco jurídico, impondo limites objetivos em uma época na qual famílias inteiras poderiam ser executadas em represália aos atos de um único indivíduo.

¹⁹ “If a builder build a house for some one, and does not construct it properly, and the house which he built fall in and kill its owner, then that builder shall be put to death”. Disponível em inglês na biblioteca virtual da Universidade de Yale, em <<http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

Percebe-se, assim, que a diferença entre o ato proposital e o involuntário já estava prevista no sistema legal romano, embora não da forma que a concebemos atualmente. A responsabilidade era casuisticamente tipificada ao longo dos textos normativos. Contudo, um dos grandes saltos jurídicos efetivamente ocorreu com a chegada da lei hebraica – Bíblia –, que limitava a aplicação do talião apenas àqueles diretamente envolvidos: uma vida por outra, mas apenas fosse o crime premeditado (Êxodo, 21: 12-14), em outra clara distinção entre dolo e culpa. Além disso, aquele que tivesse dado causa à morte do filho de outrem não teria o seu próprio (filho ou filha) executado; ao invés disso, foi prevista uma reparação pecuniária (Êxodo, 21: 28-31).

Seja como for, um longo período se passou até que a humanidade teorizasse conceitualmente a noção de dolo e culpa, atribuindo-lhes consequências distintas e muito bem delimitadas (até então, a responsabilidade era praticamente “objetiva” – falaremos sobre isso em seguida). Essa evolução foi determinante para que a liberdade, enquanto valor primordial e fundamental das sociedades modernas e democráticas, fosse efetivada no plano prático. Afinal, nenhuma pessoa poderia exercer plenamente a sua liberdade se ela pudesse ser, a todo o instante, penalizada por eventuais consequências indesejadas ou imprevistas de seus atos. Isso torna-se especialmente evidente na seara criminal, onde a responsabilidade frequentemente recai sobre a própria pessoa (corpo) do indivíduo.

A título de elucidação, tomemos por base o sistema jurídico brasileiro. O Código Penal estabelece, em seu art. 18, que o crime é doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, e culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Ressalva, ainda, no parágrafo único, que ninguém pode ser punido por fato previsto como crime senão quando o pratica *dolosamente* (salvo exceções expressamente previstas em lei).

Vejamos o conceito de dolo: via de regra, a conduta humana é sempre voltada a um objetivo, uma finalidade. De fato, a força motivadora do ato voluntário é sempre a obtenção de um resultado. Na natureza, por outro lado, os demais seres vivos agem por instinto (embora os animais tenham desenvolvido, ao longo de milênios de evolução, alguns traços rudimentares de consciência) e, ainda que alcancem determinados objetivos com suas condutas, o liame entre ação e resultado não é “consciente”, na acepção humana do termo. Assim, o dolo, segundo a doutrina penal, origina-se da consciência da ilicitude de uma conduta que, se praticada, levará a um resultado socialmente repreendido nos termos da lei

penal. Em outras palavras, o crime doloso ocorre quando o agente *desejou conscientemente o resultado* de sua conduta ou assumiu o risco de produzi-lo ²⁰.

Por sua vez, o Código Civil brasileiro estabelece, em seu artigo 186, que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. O dispositivo tem por núcleo normativo o conceito de “ação ou omissão voluntária” e “dano a outrem”. Mais uma vez, estão presentes na regra geral a *vontade consciente* e o *resultado* como elementos do ato humano passível de responsabilização. O referido diploma afirma, ainda, em seu art. 927, que “*aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”, e continua, em seu parágrafo único, que “*haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”. Assim, se na seara civil o ato ilícito igualmente demanda, via de regra, um comportamento voluntário e consciente, o que se dizer então do conceito de *responsabilidade objetiva*?

Bem, de maneira genérica, podemos afirmar o seguinte: a responsabilidade objetiva pode derivar da culpa (caput do art. 927/CC) ou do simples risco que uma atividade produz a outros membros da sociedade, mesmo que o explorador da referida ocupação tenha tomado todas as precauções necessárias para evitar uma ocorrência indesejada. No fundo, a grosso modo, a responsabilidade objetiva nada mais é que uma forma de sobrevivência da Lei do Talião até os dias de hoje, embora imbuída de uma aparência tecnicamente menos “selvagem”. A diferença é que o engenheiro cuja casa projetada a outrem tenha ruído não terá a sua própria residência demolida – ao invés disso, terá de pagar uma indenização equivalente (neste caso específico, felizmente a culpa teria de ser provada). Entretanto, o cerne da ideia, em sua forma mais “pura”, tem como real pressuposto estabelecer a responsabilidade por eventos pelos quais ninguém seja culpado (nos exatos termos do parágrafo único do art. 927/CC). É reinterpretar, nos moldes atuais, a noção milenar segundo o qual “alguém deve pagar”, um conceito que se torna ainda mais evidente nos microssistemas legais do direito ambiental e do direito consumerista.

Pelas considerações acima, podemos extrair as seguintes conclusões:

- a) O exercício da liberdade implica em responsabilidade por nossos atos;

²⁰ Às vezes, o resultado não é individualmente perceptível. Se, por um lado, crimes materiais se qualificam pelo seu resultado danoso a terceiros, nos crimes formais, por sua vez, o dano é socialmente presumido (o porte ilegal de arma de fogo presume perigo à coletividade, por exemplo).

- b) Salvo exceções legais expressas, só podemos ser responsabilizados por atos voluntariamente praticados ou propositalmente omissos;
- c) Tudo aquilo que a lei não proíbe é permitido;
- d) A princípio, atos que não causam dano²¹ a outrem não ensejam responsabilização;
- e) A lei resguarda os direitos de cada indivíduo contra atos ilícitos de seu semelhante;
- f) A lei, ao identificar e delimitar o ato ilícito, acaba também por reafirmar a plena liberdade de agir para todos os outros atos humanos.
- g) As proibições são os limites que protegem a regra (liberdade).

Em suma: a lei que cria a responsabilização por atos que intencionalmente prejudiquem terceiros confere segurança à integridade do indivíduo e de seus direitos, garantindo-se, assim, um ambiente de plena liberdade onde cada pessoa possa agir da forma que bem desejar, desde que a ação não vise a causar prejuízos a outrem. Essa evolução histórica na consideração da “intenção motivadora” por trás dos atos humanos e para fins de responsabilização do agente, foi imprescindível para o desenvolvimento dos povos. Afinal, retomando os exemplos de outrora, que pessoa em sã consciência se sujeitaria a tornar-se um engenheiro se cada casa construída pudesse eventualmente lhe condenar à morte? Qual médico procederia a uma amputação necessária se cada paciente pudesse lhe causar igual amputação²²? Não existiria liberdade para o exercício de ofício algum, e nenhum desenvolvimento poderia ser alcançado.

Assim, a liberdade de ação proporcionada pela referida evolução teórica sobre o dolo, culpa e voluntariedade do ato humano é imprescindível à manutenção de um corpo social em que cada cidadão possa buscar, segundo suas percepções, aquilo que lhe garanta a sobrevivência e lhe satisfaça seus desejos e necessidades, sem o temor de responsabilização por consequências inesperadas e indesejadas. Todos os outros aspectos da liberdade (política, de opinião, de escolher um ofício, de locomoção, de negociar, entre tantas outras) derivaram dessa evolução e moldaram o mundo tal como hoje o concebemos.

²¹ Lembrando que o dano também pode ser moral ou social, individual ou coletivo, real ou presumido.

²² Via de regra, tal como nos tempos romanos, a lei ainda demanda a manifestação das intenções do médico e o consentimento do paciente antes de uma amputação, mas imagine-se uma situação em que este esteja impossibilitado de manifestar a vontade (em coma, por exemplo) e sua vida dependa disso. Nesse sentido, o Enunciado 403 da V Jornada de Direito Civil estabeleceu que um dos critérios para a recusa de tratamento médico baseada na liberdade de consciência e de crença é a manifestação de vontade livre, consciente e informada.

1.7. liberdade para negociar: uma premissa do desenvolvimento humano

Normalmente vinculada à concepção moderna do direito contratual, comercial e empresarial, a liberdade negocial é muito mais antiga do que popularmente se imagina. Ela é tão antiga quanto a própria civilização humana, remontando à sobrevivência das primeiras sociedades.

A explicação é lógica e, até certo ponto, intuitiva. Nenhum ser humano, por mais habilidoso que seja, pode ser bom em tudo. Como qualquer animal, alguns nascem mais altos; outros, mais fortes. Uns são mais rápidos, outros, mais inteligentes. Alguns caçam mais, outros pescam melhor. Todos, entretanto, estão individualmente sujeitos às limitações que a situação lhe impõe, e frequentemente um indivíduo precisa do produto alheio para garantir a própria sobrevivência. Essa é, aliás, a razão pela qual o homem é essencialmente um animal social, pois, sozinho, dificilmente logra sobreviver na natureza (o que se dirá, então, de conseguir reproduzir-se, sustentar e proteger uma prole que permanente precisará de alimento e proteção, ao longo de toda a infância). Quando, por algum motivo, uns não lograram retornar com a caça, por exemplo, outro membro da comunidade terá provavelmente conseguido pescar, e outro poderá ter, com alguma sorte, coletado alguns frutos.

No ponto, é importante perceber que, em princípio, aquilo que cada indivíduo adquire com a força de seu próprio esforço, a ele próprio pertencerá. Tal fato também é intuitivamente comprovado, pois o produto adquirido *sempre* servirá, em primeiro lugar, para a própria sobrevivência. Em ambientes selvagens, tais como aqueles em que os primeiros homínídeos viveram, o fato de se adquirir um peixe, uma caça ou uma fruta a mais em seus cardápios deve ter representado, frequentemente, o elemento que determinaria a diferença entre viver ou morrer.

Caçar, aliás, sempre foi uma atividade extremamente perigosa – afinal, não existe animal algum, por mais indefeso ou irracional que seja, que propositalmente decida abrir mão de sua própria existência para que outro ser vivo possa dele se alimentar (exceto se tal comportamento fosse instintivo e servisse a um propósito biológico, como no caso dos louva-deuses em época de acasalamento). O fato é facilmente constatável ao observarmos o *modus operandi* dos animais carnívoros, que arriscam-se ao limite para subjugar outro animal (muitas vezes acabam morrendo na tentativa, até mesmo em função dos ferimentos sofridos durante o combate). E, mesmo após conseguirem abater sua presa, o predador ainda deverá proteger a carcaça com igual ou até mais ferocidade ainda, a fim de que outros animais igualmente famintos e perigosos não lhe roubem o alimento conquistado ao preço de muito sangue. Esse comportamento está presente em todo o mundo animal, e podemos concluir, seja

por observação ou por dedução lógica, que tal fenômeno é quesito essencial – e, portanto, indispensável – para a sobrevivência de qualquer espécie.

Assim também ocorre com os humanos, não somos exceção. A diferença é que, considerando-se a aptidão humana para racionalizar ideias a partir de suas observações, foi necessário criar uma denominação que instrumentalizasse, racionalmente, essa constatação. Assim, surgiu o conceito de *propriedade privada*, que nada mais é do que uma percepção humanizada de um traço comportamental onipresente na natureza (“*se eu cacei, então é meu*”), decorrência inevitável do nosso instinto de autopreservação. Evidentemente, esse conceito não precisa ser fundamentado tão-somente nesse padrão de conduta biológico – e, de fato, não é –, como poderemos observar em uma análise das origens religiosas dessa antiquíssima instituição civil, e como ela esteve intimamente conectada às antigas crenças greco-romanas que ligaram a alma à propriedade da terra.

A partir das digressões tecidas acima, podemos perceber a absoluta importância da ideia de propriedade privada em termos sociais, já que, logicamente, apenas podemos considerar a existência de qualquer forma de troca ou divisão de bens entre indivíduos quando o mínimo necessário à própria sobrevivência já foi garantido. O mesmo conceito também vale para sociedades coletivistas: mesmo que, em um primeiro momento, um observador possa considerar a “inexistência” de propriedade privada em termos individuais, certamente o grupo considerará como *seu* todo aquele conjunto de bens e víveres sob domínio próprio (leia-se: *privado*), um fato que se tornará evidente quando a posse desses recursos for turbada por agentes externos. A propriedade, mesmo nesses termos, continua sendo privada, ainda que a titularidade seja coletiva.

É precisamente aqui, a partir do domínio sobre aquilo que o indivíduo produziu por meio de seu próprio esforço e trabalho, no momento da repartição daquilo que cada qual pode oferecer ao próximo e sem prejuízo de seu sustento pessoal, que a negociação toma lugar. Negociar é, antes de tudo, oferecer algo de útil a outro, que por sua vez lhe fornecerá, em troca, outro bem do qual se necessite. Da mesma forma que indivíduos diferentes possuem medidas de habilidade distintas, cada ser humano também apresenta uma diferente medida de necessidade. Uns precisam de mais carne; outros, de mais frutos. Uns precisam de mais vestimentas; outros, de abrigos maiores. Uns tem o conhecimento para curar as enfermidades de outros, mas não tem habilidade para a caça ou para a coleta.

A troca de utilidades segundo as habilidades de uns e a necessidade de outros dá origem àquilo que chamados de “mercado”. Por vezes, o conjunto total das aquisições de uma coletividade é repartido entre todos, dentro de um mesmo ambiente: onde não há propriedade

privada, ou onde esta é coletiva, não há comércio, pois todos os bens pertencem a todos. Contudo, onde exista alguma noção de propriedade privada, por mais limitada que seja, haverá a possibilidade de negociação – ainda que, em um momento inicial, a tradição de bens seja promovida apenas por escambo. De uma forma ou de outra, o fenômeno da coletividade, independente do tipo de organização econômica que seja adotada, garante maiores chances de sobrevivência aos indivíduos de um grupo do que se cada qual agisse por si só.

A forma pela qual a repartição de víveres ocorre, dentro de uma agremiação humana, diferirá conforme a sua organização, recursos naturais, localização e época de referência. Em um primeiro momento, sociedades mais primitivas e menos numerosas tendem a considerar alguns bens como coletivos (como as suas terras e o produto de sua coleta – caça, pesca e frutos colhidos) mantendo outros como itens como privados (armas e instrumentos de caça). Certas tribos indígenas possuem ocas coletivas, como as da etnia Yawalapiti, no alto do Xingu (MT)²³, ao passo que outras preferem tendas individuais, como as “*tepees*” da tribo Navajo, na América do Norte²⁴.

À medida em que tais agrupamentos passaram a dominar técnicas mais avançadas de plantio, abandonaram gradativamente o modo de vida nômade, baseado em sua subsistência de coleta, e fixam-se permanentemente em um determinado território. Boas colheitas começaram a gerar excedentes que, por sua vez, passaram a ser armazenados para contingências futuras. Quando as reservas também tornam-se razoavelmente suficientes para a garantir o alimento por períodos prolongados (“excedente do excedente”), então a complexidade social passou a alcançar novos patamares, de forma que a mera economia de escambo já não era mais capaz (embora estivesse sempre presente) de suprir o crescente volume da circulação de bens (agora chamadas de “mercadoria”) de surgindo o uso da *moeda*. Relações comerciais passaram a ser estabelecidas com outros povos – vizinhos, de início, mas as distâncias foram encurtadas na mesma proporção do avanço tecnológico dos meios de transporte (devido, em grande parte, pelo enriquecimento dos povos e pela especialização do trabalho).

Aldeias tornaram-se cidades, e estas se transformaram em Estados independentes, passando então a dominar vastos territórios, ampliando suas influências sobre outras regiões.

²³ Foto de suas ocas (ou “malocas”, termo possivelmente advindo do tupi “mar'oka”, para designar ocas coletivas). Disponível em: <<https://www.flickr.com/photos/victorherege/15087780110/>>. Outra foto elucidativa disponível em: <<http://blogdoeduambiental.blogspot.com.br/2012/09/oca.html>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

²⁴ Disponível em: <<http://outsideimagery.photoshelter.com/image/I0000igOvIerHIQM>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

Concomitantemente, outras cidades igualmente desenvolvidas passaram a produzir seus próprios excedentes, manufaturando bens que, em função de diversos fatores (como o clima e a localização geográfica), eram únicos e exclusivos a uma determinada região. Tais bens vieram a despertar o interesse de outros povos que, por sua vez, passaram a adquiri-los comercialmente²⁵. E, assim, começou-se a vislumbrar o início daquilo que atualmente, resguardadas as devidas proporções, entendemos por “globalização”.

Assim, evidencia-se que a liberdade negocial, seja em âmbito doméstico, dentro de uma pequena coletividade, ou entre povos socialmente complexos, é premissa fundamental da sobrevivência humana (mormente em um primeiro momento), tornando-se *a posteriori* um dos pilares do desenvolvimento das sociedades, em seus mais diversos aspectos. Afinal, excedentes de produtividade são, em termos econômicos, riqueza acumulada: um elemento crucial para que os homens dispusessem de mais tempo livre para dedicarem-se a outras atividades (tais como a política, as artes e as ciências).

1.8. a liberdade econômica e o papel do Estado de direito

Conforme dissemos, a liberdade toma diversas dimensões. Tal é a sua importância para os povos que os ordenamentos jurídicos de sociedades democráticas costumam protegê-las diretamente em seus textos fundamentais. A título de exemplo, a Constituição Brasileira de 1988 a consagra em diversas passagens, estas tidas como cláusulas pétreas: art. 5º, *caput* : “ (...) *garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade (...)*”, inc. VI, “*é inviolável a liberdade de consciência e de crença*”, inc. XVII, “*é plena a liberdade de associação (...)*”.

Dentre tantas dimensões à liberdade constitucionalmente protegidas, uma delas ganha especial interesse ao presente estudo: a *liberdade econômica*, consagrada no art. 170 da Carta, na medida em que, conforme salientamos, é absolutamente necessária à sobrevivência material do indivíduo em uma sociedade. Por uma simples leitura do referido artigo, percebe-se que, embora a atividade econômica seja considerada um campo aberto a todos e fundada na livre iniciativa, o sistema impõe diversas limitações ao seu exercício: termos como *soberania nacional, função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente e redução das desigualdades* são exemplos disso. Percebe-se que a ideia do legislador foi

²⁵ ou por meio da guerra e da captura forçada dos recursos alheios. Diversos fatores podem contribuir para a escolha do caminho via conflito e destruição, ao invés do comércio pacífico. Entretanto, uma explicação detalhada de suas causas fugiria ao escopo deste estudo.

“humanizar” a atividade econômica, em uma tentativa de harmonizá-la com outros princípios igualmente importantes, dentro do mesmo dispositivo.

O problema é que, em que pesem as boas intenções que motivam a intervenção do Estado sobre a economia, o que realmente ocorre em termos práticos é aumentar o autoritarismo estatal em detrimento de liberdades individuais. Essas considerações podem chocar o leitor em um primeiro momento, razão pela qual merecem uma explicação mais detalhada.

Primeiramente, cabe salientar que a característica mais clara entre um estado democrático de direito e um regime totalitário é a proteção dispendida às liberdades individuais: liberdade de ir e vir, liberdade de trabalhar, de escolher, de gastar conforme minhas vontades e necessidades. Essas liberdades, em um Estado Democrático de Direito, são juridicamente promovidas de forma a impedir que uns interfiram na esfera de direitos de outrem. “Ameaçar, roubar, coagir, impedir” são verbos comumente utilizados na tipificação penal, de modo que um indivíduo não possa prejudicar outro sem que sofra, em contrapartida, uma retaliação do Estado, detentor do *jus puniendi*. Garantir a segurança do indivíduo é, sem dúvida, a primeira forma de defesa aos direitos mais fundamentais (segurança significa *assegurar* a proteção à vida, à propriedade e à liberdade de cada um). Mas a proteção não se limita apenas às relações entre particulares: o verdadeiro Estado de Direito resguarda também os direitos e liberdades do cidadão contra o próprio autoritarismo do Estado.

Uma das maiores verdades que um indivíduo deve entender, em termos de direito e de política, é que, *na medida em que o Estado cresce, o indivíduo diminui*. O Estado é um ente político concebido pela coletividade, mas o seu poder não nasce espontaneamente: sua força advém da soma daquelas pequenas parcelas de liberdade de que cada indivíduo abre mão, para que ele (Estado) nos garanta aquela segurança social mínima sem a qual cairíamos em completa anarquia. Ora, se por um lado “todo o poder emana do povo”, como é prescrito na maioria das Constituições democráticas, por outro o poder do Estado é alimentado pela limitação de nossas liberdades. A conclusão é intuitiva: *quanto maior a parcela de liberdade que cedemos ao Estado, mais poder ele acumula*. Consequentemente, quanto maior o Estado, menor é o cidadão. Em regimes democráticos – ou relativamente democráticos – essa relação entre poder e liberdade pode não se apresentar de maneira muito evidente, mas naqueles totalitários, onde o Estado é “tudo”, percebe-se que o indivíduo é “nada” (ou “quase nada”) na mesma proporção.

As coletividades têm, em geral, uma propensão a acreditar, equivocadamente, que a “vontade do Estado” é a “vontade do povo”. Embora tal premissa pareça razoável em

princípio, há um erro conceitual pouco perceptível nessa afirmação: o “povo” é um imenso caleidoscópio heterogêneo de indivíduos e grupos distintos, cada qual com desejos, esperanças e necessidades particulares, ao passo que o Estado é uma entidade unificada, centralizada em um corpo único e dotado de “vontade própria”. Na realidade, não existe algo como “vontade do povo”, pelo simples fato de que cada pessoa que compõe uma coletividade tem uma percepção particular do mundo que o cerca, e, portanto, suas prioridades serão distintas. A “vontade do Estado”, por outro lado, é um reflexo da vontade daqueles que se encontram no topo de sua hierarquia (a célebre frase “*l'état c'est moi*”, atribuída ao rei Luís XIV da França, ilustra bem a ideia) e que são incumbidos de tomar as decisões em nome “bem-comum” da coletividade.

O traço mais marcante da ordem jurídica de um Estado intervencionista (apenas recordando que Estados autoritários são *sempre* intervencionistas, tendentes a regular todos os aspectos da vida do indivíduo e deixando pouco ou nenhum espaço para a liberdade) é a enorme quantidade de leis específicas, de efeitos concretos, voltadas a este ou aquele propósito em particular. Diferentemente de um Estado liberal-democrático, que tende a estabelecer normas gerais, impessoais e abstratas, onde a preocupação maior é se garantir a segurança e previsibilidade do sistema, o Estado centralizador, por sua vez, quer “resolver tudo”. Alegando agir segundo as melhores intenções, toma parcelas cada vez maiores dos direitos do particular, até o ponto em que o homem, subordinado às instituições que outrora criou para protegê-lo, torna-se agora um mero elemento de suporte do sistema, necessário somente na exata medida em que contribua à existência do Estado. Ele “perde” a sua maioria, abandonando sua condição de cidadão para se tornar um “relativamente incapaz”, alguém que não tem maturidade para assumir as rédeas de suas escolhas segundo seu próprio arbítrio e, portanto, igualmente incapaz de assumir a responsabilidade pelos seus próprios atos.

Assim, gradativamente o indivíduo sujeita-se aos cuidados de um Estado que alega saber o que é o melhor para o ele, justificando, derradeiramente, a subtração de sua liberdade. Esse era, inclusive, o maior temor de Isaiah Berlin, quando alertou em seu texto *Dois Conceitos de Liberdade* sobre os perigos de posturas públicas (fundamentadas no conceito positivo de liberdade) serem adotadas por pessoas que, ao assumirem-se mais “racionais” ou “iluminadas” na medida de suas convicções, julgam-se destinatárias de uma compreensão que

nós, indivíduos comuns, supostamente desconhecemos (e que, portanto, devemos obedecê-las, ainda que não compreendamos muito bem quais sejam suas motivações)²⁶:

Os perigos de se utilizar metáforas orgânicas para se justificar a coerção de uns sobre outros, a fim de elevá-los a um nível “superior” de liberdade, tem sido frequentemente apontados. Entretanto, o que confere plausibilidade a esse tipo de discurso é que nós reconhecemos que seja possível, além de eventualmente justificável, coagir os homens em nome de algum objetivo (tal como “justiça” ou “saúde pública”), algo que eles próprios, caso fossem mais esclarecidos, buscariam – mas assim não o fazem porque são cegos, ignorantes ou corruptos. Essa percepção torna fácil o vislumbre de uma situação em que opto por coagir outros pelo seu próprio bem, buscando o melhor para eles [e não a mim]. Eu estarei, então, alegando que sei, melhor do que eles mesmos, o que é o melhor para eles. Em última análise, isso implica em uma concepção segundo a qual eles não resistiriam a mim caso fossem racionais e tão sábios quanto eu, e compreendessem seus próprios interesses tal como eu os compreendo. Mas posso levar isso tudo muito além. Eu poderia declarar que eles estão, na verdade, buscando justamente aquilo que seu estado de ignorância conscientemente denega, pois existe dentro deles uma “entidade oculta” – o seu desejo racional latente, a sua “verdadeira” vontade – e que esta entidade, embora esteja negligenciada por tudo aquilo que eles sentem, fazem e dizem, é o seu “verdadeiro eu”, do qual o desprezível “eu material” (também chamado de “eu empírico”, a depender da tradução) seja em qualquer tempo ou espaço, não sabe nada ou sabe muito pouco; e que aquele “eu verdadeiro” (*inner spirit*) é o único “eu” que merece ter seus desejos levados em consideração. Uma vez que eu adote essa postura, eu estou em posição de ignorar os reais desejos dos homens e das sociedades; poderei oprimi-los, subjugar-los e torturá-los em nome de seus “eus verdadeiros”, sob o sólido fundamento de que, qualquer que seja o verdadeiro objetivo do homem (felicidade, satisfação pelo cumprimento do dever, sabedoria, sociedade justa, satisfação consigo mesmo) tal objetivo deve ser idêntico à liberdade que se busca para eles – a escolha livre de seu

²⁶ “The perils of using organic metaphors to justify the coercion of some men by others in order to raise them to a ‘higher’ level of freedom have often been pointed out. But what gives such plausibility as it has to this kind of language is that we recognize that it is possible, and at times justifiable, to coerce men in the name of some goal (let us say, justice or public health) which they would, if they were more enlightened, themselves pursue, but do not, because they are blind or ignorant or corrupt. This renders it easy for me to conceive of myself as coercing others for their own sake, in their, not my, interest. I am then claiming that I know what they truly need better than they know it themselves. What, at most, this entails is that they would not resist me if they were rational, and as wise as I, and understood their interests as I do. But I may go on to claim a good deal more than this. I may declare that they are actually aiming at what in their benighted state they consciously resist, because there exists within them an occult entity – their latent rational will, or their ‘true’ purpose – and that this entity, although it is belied by all that they overtly feel and do and say, is their ‘real’ self, of which the poor empirical self in space and time may know nothing or little; and that this inner spirit is the only self that deserves to have its wishes taken into account. Once I take this view, I am in a position to ignore the actual wishes of men or societies, to bully, oppress, torture them in the name, and on behalf, of their ‘real’ selves, in the secure knowledge that whatever is the true goal of man (happiness, fulfilment of duty, wisdom, a just society, self-fulfilment) must be identical with his freedom – the free choice of his ‘true’, albeit submerged and inarticulate, self”. BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969. p. 121.

“eu verdadeiro”, o aspecto racional que se encontra soterrado e inarticulado, invisível a seus próprios olhos. (tradução nossa)

De fato, o intervencionismo é um recurso por vezes necessário, mas *muito* perigoso. O ideal é vislumbrar tais possibilidades *cum grano salis* antes de se proceder à adoção efetiva de uma ou de outra política pública intervencionista, independentemente de seu propósito – e sempre na condição de medida temporária, em qualquer caso. Cessadas as circunstâncias que as motivaram, tais medidas devem ser abandonadas, antes de causar maiores distorções em sistemas regidos por princípios próprios.

2. HUMANIDADE E LIBERDADE

2.1. o homem social. origens

Preliminarmente, o primeiro fator a ser levado em consideração para se entender a razão pela qual o contrato é, necessariamente, a derradeira evolução lógica de qualquer sistema normativo, é a própria *condição social humana* . É imprescindível, para os fins deste estudo, entender a realidade e o ambiente no qual estavam inseridos os primeiros hominídeos que habitaram o planeta – e, portanto, é inevitável que tenhamos, aqui, de recorrer à interdisciplinaridade com outros ramos de estudo, mormente à história e a antropologia.

Em tempos modernos, estamos inseridos em uma realidade social cujos valores e conceitos são, sob uma perspectiva histórica, extremamente jovens – portanto, muito peculiares ao momento em que vivemos – de tal forma que há de se promover um certo esforço mental para se vislumbrar um panorama que, inicialmente, pouco tem a ver com a atual noção de direitos e garantias *individuais* que habitam o cerne do atuais sistemas normativos democráticos. Para nós, *individualidade* é a palavra em destaque, quando nos predispomos a analisar os nossos desejos e aspirações neste mundo, e o que devemos fazer para alcançá-los. Isso é facilmente constatável, bastando-se uma rápida verificação nas constituições das nações que, de forma geral, entendemos por livres, democráticas e independentes.

Na constituição brasileira, é interessante notar que há todo um capítulo – e, em especial, o art. 5º – dispondo sobre direitos e garantias individuais que, topograficamente, estão posicionados *antes* dos direitos coletivos. Na Carta americana, as primeira emenda garante diversas proteções ao indivíduos, tais como a liberdade religiosa, a livre manifestação de pensamento, a liberdade de imprensa, de reunião e o direito de petição, apenas para citar

algumas. A atual constituição francesa (1958) retifica, logo em seu preâmbulo, o compromisso com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, (...)*”. Assim, percebe-se que o primordial paradigma normativo das nações democráticas é, acima de tudo, a proteção ao *indivíduo*, para, somente então, em um segundo momento, conceber direitos sociais e coletivos.

Entretanto, nem sempre foi assim. Tamanha importância conferida ao indivíduo em si, segundo a concepção contemporânea de pessoa como sujeito de direitos que lhe são próprios, imprescritíveis e irrenunciáveis, é fenômeno relativamente recente na história da humanidade. A regra, desde os primórdios de nossa existência, tem sido a prevalência da *coletividade* sobre a individualidade como paradigma soberano da construção social, e tal fato não é difícil de se compreender: se considerarmos a sequência histórica de eventos que levaram as primeiras sociedades a saírem do seu estado mais rudimentar para as sofisticadíssimas estruturas sociais modernas às quais estamos acostumados, há de se perceber que, diante de uma realidade completamente distinta da que vivemos nos dias atuais, os homens de outrora eram regidos por valores que lhes permitiram organizar-se segundo uma arquitetura social que garantisse a sobrevivência do grupo frente a condições naturais extremamente rudes.

Em um ambiente selvagem, onde nada se consegue facilmente, a vida se encontra permanentemente por um fio, daí a necessidade de se proteger aquilo que é seu. A situação piora ainda mais se considerarmos a dificuldade de se sobreviver em ambientes inóspitos, onde há escassez de recursos. Não é de surpreender, portanto, que até hoje sociedades inteiras travem guerras seculares entre si pelo domínio de territórios mais férteis e proveitosos. Ainda há de se recordar que até mesmo um território fértil não é sempre (ininterruptamente) produtivo: a colheita de frutos só é possível, em diversas regiões do globo, durante alguns poucos meses do ano. Com a chegada do inverno, se não houve excedente previamente adquirido e armazenado durante as estações anteriores, a fome será uma amarga certeza, e a sobrevivência, uma incógnita.

Em estado de escassez extrema e no limiar da sobrevivência, o ser humano tende a agir como um animal: no desespero da fome, da sede e do frio, ele não hesitará em matar o seu vizinho – por mais querido que seja – para roubar-lhe seus recursos. E, caso este também não disponha de bens consumíveis, o próprio – ou seus filhos pequenos, “presas”

possivelmente mais fáceis de se abduzir – tornar-se-á alimento em potencial²⁷. Por mais desagradável que seja, o fato é que nós, enquanto seres humanos, devemos ter consciência daquilo que nos motiva, independentemente do tipo de situação que estejamos vivenciando. Sob a égide de um sistema constitucional-democrático, cujo sistema econômico está sedimentado sobre o modelo capitalista de livre mercado, nos habituamos a moldar nossas opiniões sob a confortável perspectiva de nossos lares. Assim, pode ser difícil compreender a real dimensão do limite humano se, rotineiramente, temos por única referência uma realidade na qual nossos maiores esforços para a obtenção de alimentos podem ser resumidos a um braço de distância das nossas geladeiras²⁸.

Seja como for, deve-se ter em mente que o cenário de nossa existência moderna é fato extremamente recente na história da humanidade. Um indivíduo de classe média, no Brasil do século XXI, que paga aluguel e vive no limite de seus gastos, tem à sua disposição recursos que nem mesmo os mais poderosos reis da antiguidade sequer sonhariam em possuir. Nas palavras de Geoffrey Blainey²⁹, catedrático da Universidade de Harvard e autor do best-seller internacional *Uma Breve História do Mundo*, Sir Alec Cairncross – nascido na Escócia, no início do século XX, filho de um ferreiro de uma aldeia – se recordava que, durante seus dias de infância, uma em cada 10 crianças escocesas morria antes de se completar um ano de idade (o que para os padrões da época já era considerado, para o assombro do homem contemporâneo, um recorde invejavelmente baixo de mortalidade infantil).

Atualmente, remédios populares contra moléstias como a tuberculose e o sarampo – que, durante milênios, foram sinônimos de morte certa –, estão disponíveis a todos, por preços acessíveis. Em outros tempos, a única medida possível nessa situação, fosse um camponês ou monarca, era rezar. Os mercados, abarrotados com alimentos de todos os tipos, disponibilizam toda uma variedade de frutas que, por muitos séculos, só puderam ser obtidas por famílias abastadas, e mesmo assim, apenas durante certas estações do ano. Assim, a partir da fatídica perspectiva segundo a qual a fome, a doença e a privação têm sido nossas maiores e inevitáveis certezas por quase toda a existência humana, podemos então compreender a razão

²⁷ Há diversos relatos de canibalismo ao longo da história; em eras mais recentes, já sob a presença das câmeras, alguns tornaram-se famosos justamente pela existência de registros fotográficos. A título de exemplo, esta foto, obtida durante a grande fome russa de 1921, é notoriamente famosa: <https://en.wikipedia.org/wiki/Cannibalism#/media/File:Cannibalism_during_Russian_famine_1921.jpg>. Acesso em: 14 nov. 2016.

²⁸ Evidentemente, não estamos questionando o mérito pessoal de cada um no que se refere ao esforço promovido para se alcançar essa situação de conforto. Apenas ressaltamos que o sistema nos permite viver dessa maneira, se estivermos dispostos a trabalhar segundo as regras.

²⁹ BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do século XX**. 1ª ed. São Paulo: Fundamento, 2008. p.283.

pela qual um indivíduo, vivendo em isolamento e afastado de qualquer proteção ou recursos que um grupo possa lhe propiciar, raríssimamente poderia ter sobrevivido nessas condições.

A solução para a sobrevivência humana é, portanto, tanto evidente quanto instintiva: unir-se a seu semelhante e compor um grupo social, aumentando, assim, suas chances de sobrevivência. O homem não nasceu em uma condição natural tal que lhe favoreça a individualidade como pressuposto fundamental de sua sobrevivência. Com relação a esse ponto, aliás, é de se notar que o ser humano, em condições naturais e desprovido de um conjunto social que lhe proteja, é um dos seres vivos mas ineptos à sobrevivência de que se tem notícia no mundo animal.

O homem nasce sem pelos que o proteja do frio, corre menos do que qualquer felino de médio porte, não voa, não possui veneno, não dispõe de garras, não tem dentes caninos proeminentes que lhe sirvam de instrumento de ataque ou defesa, não sobrevive muito tempo sem água e alimento. A gravidez leva nove meses em nossa espécie, nascendo apenas, via de regra, um único indivíduo por vez. Apenas para efeitos de comparação com outros mamíferos placentários, os ratos têm gestação média de 21 dias; gatos, 52 a 69 dias; cachorros, 53 a 71 dias – e raramente nasce apenas um filhote por evento em todas as espécies citadas. A prole humana leva, em média, algo em torno dos dois anos de idade *apenas* para aprender a andar, em contraste à quase totalidade dos rebentos do mundo animal que, em poucos minutos, já são capazes de correr sobre suas próprias pernas.

Em suma, somos tão indefesos e absolutamente ineptos à sobrevivência durante a infância que, de certa forma, é espantoso termos sobrevivido à pré-história. Nas palavras de Blainey³⁰, a raça humana esteve, por muito tempo, em patente desvantagem:

Fisicamente, era menor e mais leve que muitos dos animais que habitavam as redondezas incomparavelmente menos numerosa que cada rebanho de grandes animais. Todo o contingente humano de cada região era pequeno, se comparado ao das outras espécies. Na Ásia, o grande mamute de chifres recurvos, uma espécie de elefante, deve ter excedido em muito o número de humanos, que eles viam ocasionalmente, enquanto pastavam. O perigo de ataque de animais selvagens era constante. (...) Na África, os leopardos e os leões devem ter sido temidos pelos humanos. Obviamente, cada pequeno avanço na capacidade de organização humana foi uma ajuda vital para a autodefesa, principalmente à noite. Sem a habilidade de cooperação contra o inimigo, é possível que os primeiros humanos a se arriscarem em novas áreas tropicais tenham sido facilmente eliminados por predadores. Em certos lugares, é possível que o pelotão de frente, composto por menos de uma dúzia de indivíduos, tenha sido logo dizimado.

³⁰ BLAINEY, Geoffrey. **Uma Breve História do Mundo**. 3ª ed. São Paulo: Fundamento, 2015. p.08.

Essa imensa fragilidade física inerente ao ser humano no seu estado natural foi fator crucial para moldar a essência *coletiva* da nossa espécie: um traço comportamental característico que compartilhamos com todos os grandes primatas, igualmente presente em boa parte dos mamíferos mais desenvolvidos e sem o qual jamais teríamos perdurado em condições selvagens. *O homem dependente do grupo para sobreviver.*

Ainda que, em um segundo momento, possamos considerar a existência de indivíduos cujos talentos lhes permitam viver isoladamente e em ambiente selvagem, certamente tais capacidades foram apreendidas a partir do conhecimento transmitido por seus pares – isso sem mencionar o fato de que ninguém sobrevive à infância sem o auxílio de alguém que lhe alimente e o proteja, ao menos nos primeiros anos de vida. Seja como for, até mesmo a conquista da própria independência do sujeito que deseje viver em completo isolamento social estará, em algum momento da vida, inevitavelmente condiciona à dependência de terceiros.

Não podemos saber ao certo qual tenha sido o momento exato em que os primeiros agrupamentos humanos surgiram na história do planeta, mas podemos supor, com um elevado grau de certeza, que nós, indefesos que somos em nossa limitada individualidade (quando não dispomos de algum recurso social que nos ampare), *vivemos em grupos desde sempre*. Muito provavelmente jamais deve ter havido algum momento, ao longo da nossa existência, no qual seja possível supor que tivéssemos sobrevivido isoladamente uns dos outros, sem qualquer auxílio mútuo. Seja por um raciocínio lógico-dedutivo, seja por uma conclusão indutivamente calcada em evidências antropológicas deixadas por nossos ancestrais, não seria nada crível levantar qualquer suposição séria nesse sentido – não, ao menos, por meio do conhecimento de que dispomos.

Assim, tal como mencionado por McClellan e Dorn³¹, em sua obra *Science and Technology in World History: An Introduction*, o ser humano da era paleolítica viveu em pequenos bandos ou grupos familiares, geralmente em números que não excediam a 100 indivíduos. Em que pese nossos esforços em procurar entendimentos divergentes do que aqui apresentamos, não obtivemos sucesso em encontrar estudos científicos realmente sérios que expliquem nossas origens de outra forma, que contivessem argumentos minimamente razoáveis e capacitados para deduzir uma conclusão diversa.

³¹ MCCLELLAN, James E.; DORN, Harold. **Science and Technology in World History: An Introduction**. 2ª ed. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2006. p.10. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=aJgp94zNwNQC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

Desenvolvendo um pouco mais nossas conjecturas acerca de das origens sociais do homem, é extremamente improvável que os agrupamentos humanos originários tenham evoluído a partir de alguma espécie de “planejamento” conscientemente arquitetado pelos primeiros homínídeos que habitaram o Paleolítico. Afinal, se nem mesmo dispunham de recursos linguísticos suficientes para compor uma capacidade mínima de abstração que lhes permitissem comunicar ideias entre si, é mais provável que tais grupos tenham simplesmente surgido logo no início da nossa existência, como um *fato natural*, uma condição necessária para o próprio nascimento do gênero humano.

Somente na esteira das conclusões acima traçadas é que podemos fundamentar uma explicação minimamente lógica ao fenômeno da coletividade. A essência comunitária indissociavelmente atrelada a nossas origens ganha ainda mais força na medida em que consideramos a absoluta necessidade de se garantir a sobrevivência da nossa prole, sem os quais não há (sem exceção!) qualquer chance de perpetuação da nossa estirpe. Sob tal perspectiva, torna-se fácil perceber que, em condições de necessidade, a união de forças é infinitamente mais eficiente do que a individualidade, em termos de sobrevivência básica.

O tema será mais aprofundado ao longo deste estudo, mas uma questão primordial que deve-se captar desde logo, para entender a base na qual este trabalho se assenta, é que o conceito de indivíduo per si, na sua limitada singularidade, pouco significava para os povos antigos. Assim, é o elemento da *coletividade* que, independentemente do momento histórico, local, tamanho ou origem da sociedade que tomemos por referência, estará sempre presente, na medida em que se trata de um elemento intrínseco e indissociável da própria condição humana.

Dito isso, devemos então voltar nossa atenção à análise do *grupo*, pressuposto necessário da sobrevivência e perpetuação da espécie humana.

2.2. a coletividade humana: sistemas de análise antropológica

Muito bem. Segundo nossas conclusões, a coletividade tem sempre sido a regra desde o início da nossa existência, e a individualidade, a exceção. Também estabelecemos, como pressuposto desde estudo, que nunca houve, de fato, um momento de nossa história na qual o indivíduo tenha possivelmente sobrevivido solitariamente na natureza.

Ora, se a coletividade é pressuposto fundamental e indissociável da sobrevivência humana desde nossas origens, então nada mais lógico do que pressupor que as instituições humanas, construídas ao longo dos tempos, tenham igualmente surgido com o propósito

essencial de controlar, regulamentar e manter as interações sociais tal qual determinavam as necessidades *coletivas* da época em que as primeiras instituições foram concebidas. Significa dizer, também, que presumidamente o indivíduo, *per si*, teria poucos – ou mesmo nenhum – direito individual que pudesse chamar de *seu*, a não ser que este fosse um elemento acessório, subordinado e, de alguma forma, útil aos ditames da coletividade. Enfim, podemos visualizar uma panorama inicial no qual o grupo é o derradeiro destinatário de “direitos”, sobrando ao indivíduo tão somente os “deveres”.

Ora, independentemente das diversas teorias que se propõem a explicar as origens da sociedade (tratadas neste estudo em capítulo próprio, embora necessariamente tenhamos de nos referenciar a eles ao longo do texto), para os efeitos ora pretendidos, mais importante do que teorizar o nascimento da coletividade é tentarmos entender o seu funcionamento, as razões de sua existência e compreender os mecanismos pelas quais ela – a sociedade – se sustenta.

Para tanto, devemos então tomar por base os fatos dos quais dispomos, estudando a natureza e a evolução das instituições que regeram a vida do homem da antiguidade e compará-las a outros sistemas sociais (vale dizer, distintas do nosso paradigma de autorreferência cultural, de raízes europeias) e analisar a dinâmica de seus mecanismos no ambiente em que nasceram, a fim de tentarmos identificar padrões comuns com que possamos trabalhar.

Se não estamos tão preocupados com a origens em si, mas sim com a busca de um elemento comum que possa ser encontrado nas sociedades em geral – elemento este que transcenda limites de tempo ou território –, parece lógico adotamos uma perspectiva antropológica cultural de cunho essencialmente funcionalista, por se tratar de uma abordagem *aparentemente* mais adequada ao nosso propósito. Contudo, isso também implicaria, em princípio, a necessidade de se dispensar importantes conclusões que certamente podem ser extraídas a partir de um análise histórica das sociedades, o que sacrificaria a riqueza deste estudo em função de preciosismos procedimentais. Então, não podemos limitar-nos a apenas um único tipo de metodologia.

Para efeitos de elucidação, uma breve explicação sobre algumas teorias antropológicas se faz necessária. Existem, basicamente (em uma explicação *bem* simplista, para não perdemos o foco) três grandes correntes teóricas distintas, cada qual dotada de um instrumentário metodológico próprio, que interessam a este estudo: a funcionalista, a evolucionista e a difusionista. Todas elas tem virtudes e defeitos que lhes são próprios, e a

conveniência da adoção por um ou por outro sistema dependerá unicamente do nosso objetivo e do tipo de análise que buscamos promover. Então, vejamos:

O evolucionismo, em termos sociológicos, caracteriza-se essencialmente pela ideia de “progresso”, na qual novas instituições surgem a partir de outras, identificando-se etapas (estágios) dentro de um ciclo de transformações históricas sucessivas que acabam por culminar no desenvolvimento das sociedades segundo as necessidades temporais que as moldaram. Nomes proeminentes como Herbert Spencer³² e Fustel de Coulanges³³ construíram riquíssimos estudos sob essa perspectiva. Assim, com base no conhecimento obtido pela análise de nossas raízes, pode-se explicar o presente a partir da observação de sistemas sociais preexistentes. Por ser clássica e mais antiga, trata-se da abordagem mais comum.

O difusionismo, por sua vez, objetiva compreender o fenômeno da *difusão* dos caracteres de uma cultura à outra, por meio de uma transmissão de elementos que se opera por “empréstimo”. Os autores Assis e Kümpel³⁴ elucidam o ponto da seguinte forma:

A teoria difusionista preocupa-se em compreender o processo de transmissão dos elementos de uma cultura para outra, motivo pelo qual postula a existência de centros de difusão de cultura, a qual se transmite por empréstimo. Assim, diante de vários agrupamentos culturais, escolhe o mais rico e mais complexo como representando a forma primitiva da sociedade, e consigna sua origem à região do mundo em que se encontra arquitetado de maneira melhor, considerando todas as outras formas como resultado de migrações ou empréstimo a partir daquele foco comum.

Embora o difusionismo tenha sido visto como uma reação à teoria evolucionista, (esta última dominante ao longo do século XIX) é inegável que elas se complementam mutuamente, na medida em que assentam-se em fundamentos teóricos comuns. Assim, para todos os efeitos, não há razão para adotarmos uma em detrimento à outra, de forma que, quando analisarmos algum elemento sob uma perspectiva histórica, necessariamente estaremos utilizando ambas as teorias, indistintamente.

Por fim, o funcionalismo é a corrente cuja abordagem metodológica difere mais significativamente das duas anteriores. Ela propõe uma técnica de análise ampla, pela qual

³² Herbert Spencer foi um filósofo, biólogo e antropólogo inglês. Considerado um dos representantes do pensamento liberal clássico, alcançou ainda em vida um popularidade sem precedentes para um filósofo, cujas obras tornaram-se um sucesso absoluto de vendas em fins do século XIX.

³³ Célebre autor de “A Cidade Antiga” (*La Cité Antique*), de 1864, foi um celebre historiador francês. Ocupou cátedras de tradicionalíssimas universidades europeias (tais como a Universidade de Estrasburgo, a Sorbonne e a École Normale Supérieure de Paris), e sua obra é referência obrigatória no que se refere ao estudo das antigas instituições greco-romanas.

³⁴ ASSIS, Olney; KÜMPEL, Vitor. **Manual de Antropologia Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.142.

pode se extrair a compreensão geral dos mecanismos que norteiam uma coletividade a partir da análise sistemática desta em seu “todo”, como um bloco único e indivisível de realidade constatada na vigência de um determinado momento social. Assis e Kümpel³⁵ explicam, uma vez mais:

O funcionalismo procura explicar a maneira de ser de cada cultura buscando as razões não mais na história, mas na lógica do sistema assumido pela cultura em exame, motivo pelo qual entende que o antropólogo deve analisar de forma intensiva e contínua uma sociedade sem se referir a sua história. Assim, do ponto de vista do funcionalismo, o antropólogo não se preocupa em saber como uma sociedade chegou a ser o que é. Ele se preocupa em saber o que é uma sociedade dada em si mesma e o que a torna viável para os que a ela pertencem, observando-a no presente através da interação dos aspectos que a constituem. O funcionalismo, portanto, contrapõe-se à teoria evolucionista, porque esta distingue estágios de desenvolvimento das sociedades, das formas mais simples para as mais complexas; e à teoria difusionista, que postula a existência de centro de difusão de cultura, a qual se transmite por empréstimo.

Conforme salientado, todas as correntes supracitadas são alvo de críticas quando analisadas isoladamente – o que era de se esperar, eis que teorias são sistemas abstratos que buscam explicações lógicas (dentre tantas outras possíveis e absurdas que surgem, na maioria das vezes, da mais pura imaginação humana) alcançadas a partir da racionalização científica do objeto em estudo, segundo uma metodologia própria que propositalmente limita as conclusões obtidas somente àquilo que possa ser considerado sensato e possível, sob um rigoroso juízo de razoabilidade, por meio de critérios estritamente objetivos. Ou, ao menos, é como deveria ser. Assim, é evidente que todas elas possuem suas limitações (sem as quais qualquer conclusão concebida não passaria de mera opinião). Contudo, se teorias devem necessariamente estar restritas às fronteiras da lógica para terem qualquer validade científica, não significa que nós igualmente tenhamos de nos limitar à escolha de uma única ferramenta, na análise do nosso objeto.

Assim, no que se refere ao estudo das instituições sociais que originaram o nosso estilo de vida, lançaremos mão da sistemática adotada pelas teorias evolucionista e difusionista, e, para analisarmos suas arquiteturas, funcionalidades e a aptidão para alcançar os objetivos pretendidos, adotaremos uma abordagem funcionalista.

³⁵ ASSIS, Olney; KÜMPEL, Vitor. **Manual de Antropologia Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.163.

2.3. do nexa entre indivíduos. fenômeno da coletividade

Sustentamos, ao longo do capítulo sobre as origens do homem social, que nossa espécie, desde o primeiro momento de sua existência, se associou em grupos. Independentemente de suas características sociais, culturais ou físicas (maiores ou menores, mais ou menos organizados) a coletividade tem sido o elemento que possibilitou nossa sobrevivência e desenvolvimento em praticamente qualquer *habitat*, possibilitando inclusive, por meio da construção coletiva do conhecimento, a superação de limites até então intransponíveis para qualquer ser vivo (como viajar ao espaço, sobreviver no vácuo e suportar radiações cósmicas).

Contudo, não é simplesmente qualquer “coletividade” que se presta aos propósitos da sobrevivência. Se considerássemos a palavra em seu mais puro sentido numérico, como uma mera aglomeração de indivíduos em um determinado local sem quaisquer interações entre si, não haveria nenhuma vantagem identificável que pudéssemos conceber a essa situação em face de um meio-ambiente hostil – exceto, talvez, aquelas que possam ser observadas em outras espécies cuja sobrevivência dependa diretamente do tamanho do rebanho, a exemplo das zebras e dos *gnus* africanos (situação na qual o elevado número de indivíduos contribui para a sobrevivência dos mais “fortes”, na medida em que potenciais predadores escolhem, via de regra, os membros mais “fracos” do grupo, separando-os dos demais e fortalecendo, assim, o “*pool*” genético do agrupamento sobrevivente). Certamente, tal fenômeno também exerce alguma influência em nosso caso, mas trata-se de um padrão de seleção natural rudimentar que indistintamente se aplica a todos os seres vivos que se encontram em igual situação.

Por outro lado, esse mecanismo, baseado em uma lógica seletiva puramente numérica, não é capaz se explicar, *per si*, a imensa habilidade de sobrevivência humana à comparação de outras espécies animais concorrentes – cujas características físicas, como já foi dito, superam em muito as nossas limitadíssimas capacidades –, uma aptidão que nos permitiu, inclusive, inverter a própria realidade natural e elevar-nos, apesar de todas as nossas debilidades, à categoria de espécie dominante em nosso planeta. O referido padrão também não explica o fato de sermos um gênero que, à diferença dos demais, consegue garantir a sobrevivência dos membros mais “fracos” (ou, empregando o termo biológico, os “menos aptos”), e tampouco esclarece as razões pelas quais preferimos agir dessa maneira, considerando-se que a tendência natural aponte justamente em sentido oposto. Afinal, a lógica preponderante no meio-ambiente selvagem, como bem sabemos, se opera de forma cruelmente simples, objetiva e impessoal: eliminando-se os membros mais debilitados – que,

em princípio, seriam um fardo aos demais –, fortalece-se o grupo restante por meio da sobrevivência dos mais capacitados, ao mesmo tempo em que se garante uma transmissão genética mais “selecionada” (leia-se: mais adequada ao meio) às futuras gerações.

Retomando o ponto após as observações apresentadas acima, a coletividade a que nos referimos, neste estudo, transcende a mera situação de aglomeração numérica populacional, na medida em que agrupamentos *humanos* operam-se segundo uma lógica que lhes é própria, por meio da adição de um elemento que, embora também se encontre presente em outras categorias animais, possibilitou o surgimento de um conjunto único de características que não encontram paralelo em qualquer outra espécie. Esse elemento é a *organização*.

Dela – a organização – decorre absolutamente tudo aquilo que nos define como seres humanos: a linguagem, pela qual transmitimos dados e informações, posteriormente disseminando-as na forma de conhecimento; a forma pela qual construímos nosso próprio *habitat* (o ambiente artificial que alguns, como Malinowski, chamariam de *cultura*); a construção e transmissão de *know-how*, por meio de nossas instituições estabelecidas (este ponto tem relevância especial e voltaremos a abordá-lo em seguida), a forma pela qual interagimos socialmente; a maneira pela qual estabelecemos hierarquias e obedecemos, ainda que inconscientemente, a um *set* de regras autoimpostas (sejam escritas ou costumeiras); a forma pela qual evoluímos, nos transformamos e nos identificamos perante nossos pares.

Enfim: direta ou indiretamente, em maior ou menor grau, tudo aquilo que se refira a “humano”, em termos sociais, provem da nossa capacidade de auto-organização. Ela nos leva a ser muito mais que um agrupamento esparsos de indivíduos, elevando exponencialmente nossas capacidades individuais de sobrevivência – preocupação primária de todo organismo vivo – sob a enorme força de um sistema unificado, derivado da união de nossos esforços conjugados. E, uma vez garantida a sobrevivência, esse sistema que criamos volta-se, então, para outros objetivos, dando início àquilo que entendemos por progresso³⁶.

Muito bem. Já dissemos que, muito provavelmente, o homem viveu em coletividade desde sua origem, eis que jamais teria logrado sobreviver na natureza em condições individuais. Também salientamos que tal coletividade não era apenas uma mera agregação de indivíduos a esmo, pois dificilmente tal fato traria alguma vantagem (talvez até piorasse a situação, possivelmente criando uma situação de competição por recursos ao estilo “cada um

³⁶ Evidentemente, nem sempre podemos afirmar que os resultados advindos de nossas ações possam ser classificados como “progresso”. Contudo, o sentido, aqui, é demonstrar que há um fenômeno de redirecionamento de esforços, uma vez alcançadas as metas anteriores.

por si”). Depreende-se, então, que o fenômeno da organização também esteve igualmente presente na coletividade humana desde os primórdios. Novamente, salientamos que não é a nossa intenção explicarmos aqui as origens da sociedade, ou estabelecermos um “marco inicial” a partir do qual os sistemas humanos possam ter evoluído. Há diversos modelos teóricos que tentam buscar uma explicação nesse sentido, a exemplo da teoria do *Contrato Social*, mas, honestamente, são águas bastantes turvas e, para o singelo propósito deste estudo, pretendemos evitá-las no que for possível. Contudo, há uma questão que deve ser inevitavelmente abordada: por que razão nos organizamos? Qual é a natureza jurídico-social desse vínculo que nos compele a criarmos grupos sociais sistematizados, um elo que pode ser observado na essência de toda e qualquer agremiação humana, da mais rudimentar à mais complexa?

Desde já, respondemos: o elo social é a organização ³⁷, e esta, por sua vez, não tem natureza de “ação”, mas sim de “reação”. Elas não nascem espontaneamente ao acaso, pois qualquer iniciativa no sentido de promover a união coordenada de esforços certamente demandará algum grau de energia de seus integrantes (e *energia*, seja na forma de esforços físicos ou psíquicos, é um recurso *limitado* e, portanto, valioso). Elas são uma *resposta* coletiva supraindividual que deriva de um estímulo, que pode ser externo (como um fato natural, como o frio ou a fome) ou interno (como o simples desejo de enriquecer, por exemplo), que impele o homem a se organizar na busca de uma solução para um *problema* – solução esta que (1) não pode ser alcançada individualmente, ou (2) pode, mas a energia dispendida por cada indivíduo é consideravelmente maior em comparação àquela que se gastaria caso o esforço fosse conjugado ao de outros pares que tenham objetivos comuns. Em outras palavras: a organização é “vínculo agregador” de um sistema social cuja origem está condicionada a uma externalidade preexistente.

À primeira vista, a questão em tela (binômio resposta-problema) pode parecer irrelevante, mas ela traz implicações profundas sobre o tipo de arquitetura organizacional que o grupo adotará frente à situação que se impõe. Ora, se a organização é uma *solução* (uma resposta a um estímulo) então a sua necessidade, utilidade e adequação inevitavelmente dependerá da natureza da questão a que se busca solucionar. Para efeitos elucidativos, sistemas econômicos buscam apresentar soluções (resposta) referentes à produção e

³⁷ Note-se que a essência da palavra *organização* denota um vínculo de natureza coletiva, que apenas encontra sentido quando aplicado a um fenômeno sistêmico de natureza supraindividual (“grupo”). Assim, ela nada tem a ver com a intenção particular de seus sujeitos constitutivos. Uma fundação pode ter objetivos filantrópicos e possuir, em seus quadros, empregados cujo único propósito seja a percepção de uma renda mensal.

circulação de utilidades em um contexto de recursos limitados (problema). Sistemas políticos, por sua vez, empenham-se em organizar (resposta) a forma pela qual os homens estabelecem as regras pelas quais viverão, buscando-se a promoção do bem comum (problema), em um contexto de princípios e objetivos preestabelecidos. Sistemas religiosos procuram explicar a nossa relação com o divino (solução) na tentativa de atender aos mais profundos anseios da alma (problema).

Atente-se ao fato de que uma palavra, à exceção do referido binômio, foi propositalmente repetida diversas vezes ao longo do parágrafo acima: *sistemas*. Aqui chegamos a um dos fundamentos centrais do nosso estudo. Sistemas são a manifestação fática da conjugação coordenada de seus elementos constitutivos; eles são a expressão física da organização, o seu aspecto material. Assim, se a organização é o elemento formal do fenômeno da agregação, o sistema é, por sua vez, a sua exteriorização material, mesmo que a sua existência seja perceptível apenas no campo abstrato³⁸.

Agora podemos, finalmente, vislumbrar um esboço de modelo teórico a ser aplicado ao fenômeno da coletividade: estabelecida a origem (uma externalidade, um problema) e a natureza do vínculo que nos une (a organização, uma solução), que levando-nos a compor, segundo nossas próprias palavras, *células coletivas de atuação coordenada*; ou aquilo que se pode denominar, segundo a nomenclatura de Luhmann³⁹, de “sistemas sociais” – estruturas organizadas, nascidas em um ambiente de agremiação humana, de complexidades variáveis e cuja existência transcende a mera soma dos indivíduos que as constituem –, autossuficientes e autorreferenciadas, dotadas de características, comportamentos e objetivos particulares, cujo funcionamento subordina-se a uma “vontade” própria e independente, absolutamente distinta das opiniões ou aspirações individuais de seus participantes. Tratam-se, em suma, de sistemas autônomos suficientes em si mesmos, cujas existências possuem natureza diversa de seus elementos constitutivos.

A ideia de “sistemas sociais” não é recente. O fenômeno tem sido exaustivamente analisado por diversos estudiosos de renome, sob diferentes mantos e denominações, ao longo da história acadêmica das ciências sociais. Contudo, apenas em tempos mais recentes as

³⁸ A exemplo dos sistemas linguísticos, matemáticos ou jurídicos – todos absolutamente abstratos, cuja existência pressupõe a agregação de elementos constitutivos, segundo uma organização predeterminada de palavras, números, normas...

³⁹ Talcott Parsons também utilizava tal nomenclatura, mas sua teoria centrou-se primariamente na análise do fenômeno da ação humana. O reconhecimento de uma “teoria da ação”, tal como um aspecto específico observável no bojo de uma teoria mais abrangente – teoria geral dos sistemas –, só veio a ocorrer anos mais tarde, como pode-se depreender de sua afirmação “*action is system*”. LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 47.

teorias que as identificam como fenômenos independentes de seus componentes alcançaram a sofisticação que se vislumbra no panorama teórico contemporâneo, consagradas por meio de vozes do calibre de Talcott Parsons e Niklas Luhmann.

Para efeitos elucidativos, a o conceito acima citado nasceu de uma abordagem funcionalista – mas que com ela não se confunde –, que criou as condições propícias (um panorama teórico prévio, por assim dizer) que permitiram a conceituação abstrata do fenômeno. Isso porque a teoria funcionalista (talvez fosse mais apropriado dizermos *metodologia* funcionalista) promove uma abordagem muito próxima àquela observada nas ciências naturais, segundo os conceitos axiomáticos da função e da estrutura (princípio da integração funcional), trazendo uma analogia entre a realidade social e a biologia orgânica. Até então, as metodologias clássicas trabalhavam apenas no sentido de analisar os fenômenos sociais segundo um viés histórico-evolucionista, de modo que a ideia de “sistemas” não encontraria, nesse tipo de enfoque, terreno fértil o suficiente para se desenvolver.

No que se refere à classificação, esses sistemas podem ser categorizados segundo uma infinidade de maneiras distintas e sob quaisquer nomenclaturas que se deseje adotar, dentro de outra imensidão de possibilidades que apenas encontra limites na visão – ou imaginação – do observador que se dispõe a promover, segundo seus próprios critérios, a análise desse tema. Em uma analogia matemática à teoria dos conjuntos, sistemas podem muito bem ser classificados em termos de dimensão: microssistemas específicos e mais especializados, desempenhando o papel de órgãos, podem estar contidos em sistemas gerais, mais amplos (a exemplo do microssistema do direito das famílias, que se encontra inserido no macrossistema do direito civil).

Nessa esteira, o ordenamento jurídico brasileiro pode, inclusive, ser compreendido como um grande *habitat* no qual os diversos ramos do nosso direito encontram seu terreno de operações. As primeiras cidades, como macrossistemas que eram, também tiveram origem na agregação de diversos grupos sociais organizados que, por sua vez, também eram compostos de outros microssistemas mais específicos, como pode ser constatado pelas observações de Fustel em *A Cidade Antiga*, no capítulo III ⁴⁰ :

(...) a cidade não é um ajuntamento de indivíduos: é uma confederação de vários grupos, constituídos antes dela, e que ela deixa subsistir. Lemos nos oradores áticos que cada ateniense faz parte, ao mesmo tempo, de quatro sociedades distintas: é membro de uma família, de uma fratria, de uma tribo e de uma cidade.

⁴⁰ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p. 91.

Ainda nesse sentido, podemos afirmar que todos os sistemas sociais existentes, independentemente de sua natureza, podem ser elucidativamente demonstrados por meio de diagramas de Venn-Euler ⁴¹, capacitando-nos a observar, visualmente, elementos pertencentes a diversos outros sistemas paralelos – distintos entre si, mas conjugados –, contidos em um ilimitado número de intersecções possíveis.

Dito isso acerca do tema das classificações, então podemos agora adotar a nossa própria, ao abordarmos um fenômeno que, assim como os demais, pode ser tratado como um sistema autônomo e independente: trata-se da *instituição*.

2.4. instituições: expressão social da ação humana organizada

Preliminarmente, cabe estabelecermos um conceito para o termo “instituição”, a partir do qual possamos demonstrar a forma pela qual funcionam, como se desenvolvem segundo o ambiente cultural em que são concebidas, de que maneira são transmitidas ao longo das gerações e se a sua sobrevivência encontra justificativas plausíveis perante os critérios sociais de seu momento. Utilizando uma nomenclatura adequada ao nosso tempo, desde logo já afirmamos: *instituições são algoritmos*. E o que são algoritmos? Reduzindo a explicação sob uma forma bem simplista, tratam-se de “receitas”. Interpretando-se para o português a definição extraída do dicionário online do NIST – National Institute of Standards and Technology, vinculado ao Departamento de Comércio do governo dos Estados Unidos –, algoritmos são um conjunto de passos sequenciais que visam a obtenção de um resultado desejado (“*a computable set of steps to achieve a desired result*”) ⁴².

Assim, podem ser descritas como maneiras organizadas de se proceder, a fim de se alcançar um determinado objetivo; em outras palavras, tratam-se de rotinas (etapas) de atos, ações, regras, raciocínios e decisões sequencialmente organizados, que obedecem a uma “programação” preestabelecida e têm por propósito solucionar uma classe de problemas. O programa de computador e a receita culinária, ilustrativamente, são dois dos exemplos mais comuns de algoritmo. Não se trata apenas de pura repetição de padrões – embora isso também possa ocorrer eventualmente – mas de um conjunto de comportamentos sucessivos

⁴¹ Trata-se dos mesmos diagramas matemáticos que nos são ensinados quando a teoria dos conjuntos é abordada. O tema é matéria curricular obrigatória e consta em nossa grade escolar do ensino fundamental.

⁴² A tradução é de nossa autoria. Não se trata mera reprodução *ipsis litteris*, mas de uma interpretação contextual. ESTADOS UNIDOS. NIST. **Dictionary of Algorithms and Data Structures**. Disponível em: <<https://xlinux.nist.gov/dads/>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

linearmente organizados, que abrange desde o ato meramente mecânico até a tomada racional de decisões. Quanto esses algoritmos ganham estabilidade temporal jungida a uma aura de obrigatoriedade, elas assumem a aparência mais típica à que estamos habituados (a instituição estratificada, ou “estatutária”).

Aplicando-se o conceito em termos sociológicos, podemos definir as instituições como “modos de agir”, culturalmente estabelecidos segundo as regras vigentes em um dado local e momento, consagrados por meio da tradição dos costumes – perpetuação temporal –, da religião, das normas postas – positivadas – no bojo de um sistema legal, ou de qualquer outro veículo normativo que inspire obediência ao sistema, permitindo que as sociedades cuidem de certos assuntos conforme seus desígnios. São elas que padronizam os comportamentos sociais e conferem coesão cultural a um povo, na medida em que o grupo passa a se identificar segundo os padrões de atuação que lhes são peculiares.

As instituições acabam por se “personificar” segundo os conceitos que as definem, ganhando uma certa “existência física” (ainda que limitada ao campo puramente abstrato) na medida em que estruturas sociais são erigidas quando tornam-se formalmente reconhecidas. São exemplos o poder judiciário, a família, o sistema econômico, as universidades, as sociedades empresariais, dentre uma infinidade de outras estruturas sociais que podemos identificar em nosso entorno. Elas também podem ser classificadas pelas mais diferentes formas e, como sistemas que são, podem ser agrupadas por gênero, tamanho (dimensão) função, origem...

O Poder Judiciário, por exemplo, é um dos três poderes (critério político-orgânico); as instituições jurídicas visam garantir a manutenção da lei e da ordem ao promover, através de suas decisões, uma orientação socialmente adequada segundo os princípios vigentes, ao mesmo tempo em que coíbe comportamentos considerados inaceitáveis (critério teleológico); podem ser divididas em esferas (federal, estadual), por classificação do interesse jurídico envolvido (bens ou pessoas de interesse especial), por matéria (trabalhista, militar, comum), por competência territorial (comarcas, seções judiciárias), valor/complexidade da causa (juizados especiais), instâncias (1º grau, 2º grau, ordinária, extraordinária) entre tantas outras divisões possíveis. Note-se que as divisões mencionadas compõem, cada qual e *per si*, um sistema independente dos demais, com natureza própria e regras distintas, cada qual visando um *set* de objetivos específicos. Em que pese todas elas obedecerem a um conjunto de princípios comuns, os diversos órgãos judiciais interconectam-se de diferentes formas, compondo estruturas particulares e assumindo arquiteturas únicas – relembrando, apenas, que estamos limitando-nos, aqui, à abordagem de uma *única* instituição no nosso exemplo.

Tudo o que foi dito pode ser aplicado a todo e qualquer sistema social, independentemente de seu tamanho ou estrutura, por uma singela razão: critérios de classificação, por mais objetivos que sejam, dependem da interpretação subjetiva do observador. Como cada indivíduo pode simplesmente adotar a metodologia que bem desejar, não há limites para a quantidade de abordagens distintas que podem ser tomadas na análise de uma instituição.

Seja como for, o fato é que as instituições são um fiel testemunho do comportamento de uma sociedade, pelas quais conseguimos compreender a sua “alma”: a forma de agir, o conhecimento acumulado, a história, os costumes, as crenças, a moral, suas leis e tudo aquilo que define um indivíduo como membro do seu grupo. São, enfim, o retrato da cultura de um povo. Por meio da análise das instituições, conseguimos não apenas ter um vislumbre da sua história, mas podemos também – e aqui é onde reside a sua importância para este estudo – traçar a sua trajetória ao longo do tempo, permitindo-nos ensaiar algumas conclusões acerca do seu futuro. Somente então, após cumpridas todas essas etapas, poderemos alcançar as conclusões a que este estudo se propõe.

2.5. instituições milenares: heranças greco-romanas

Preliminarmente, cabe aqui uma explicação: a principal referência institucional de nossos estudos situa-se em nosso passado histórico, mais especificamente no âmago de duas civilizações “irmãs”: a helênica e a romana. A razão disso ressoa no simples fato de o leitor, que neste exato momento se encontra debruçado sobre as minhas palavras, estar lendo um texto em português – língua de origem latina – , interpretando palavras escritas em alfabeto romano, acompanhando um raciocínio cuja metodologia lógico-dedutiva nos foi herdada da filosofia helênica. Dentre as mais diversas civilizações que surgiram e morreram ao longo da nossa história, muitas das quais sequer deixaram vestígios, a cultura greco-romana, acima de todas as outras, determinou imensamente a nossa identidade social. Suas instituições estão arraigadas em nossa cultura de maneira tão profunda que é simplesmente impossível conceber o nosso mundo atual à parte de sua influência. Nas palavras de Mary Beard ⁴³ :

Roma nos legou ideias de liberdade e cidadania, assim como de exploração imperial, combinadas com um vocabulário de política moderna, desde “senadores” a “ditadores”. Emprestou-nos expressões como “presente de

⁴³ BEARD, Mary. **SPQR – uma história da Roma antiga**. Tradução de: Luís Reyes Gil. 1ª ed. São Paulo: Planeta, 2017. p.17.

grego”, “pão e circo” e “tocar violino enquanto Roma arde” — até mesmo “onde há vida, há esperança”.

Das artes à literatura, das leis às estruturas políticas, suas instituições não apenas sobreviveram à erosão do tempo: elas evoluíram conforme as circunstâncias – se reinventando continuamente, mas sem perder sua natureza. Evidentemente, não podemos simplesmente analisá-las sob uma perspectiva moderna. Como sistemas que são, as instituições se comportam de forma semelhante a um vírus: elas sobrevivem por meio de auto-replicação, – bastando, para tanto, dispor de um *habitat* e de alguns recursos mínimos –, e quando encontram certas condições ideais, transmitem-se de um lugar a outro, influenciando novas culturas e sociedades. E, assim como a herpes ou a malária, elas podem “suspender” suas programações quando o ambiente se torna hostil, encapsulando-se pelo tempo que for necessário, para então retornarem revitalizadas com uma nova aparência, mais adequada aos princípios sociais vigentes⁴⁴.

Assim, as instituições greco-romanas sobreviveram até os dias de hoje, embora tenham adotado uma aparência compatível com nossos valores. As razões que uniram os homens de outrora, levando-os a criar uma dada instituição, frequentemente já haviam deixado de existir há muito tempo. O sistema, contudo, permaneceu vivo, pois a obediência a certos padrões de comportamento tornam-se tão enraizados na consciência coletiva que contrariá-los significaria uma afronta à nossa própria identidade cultural. Qualquer tentativa consciente nesse sentido demandaria, muitas vezes, uma completa reestruturação de nossas crenças e valores, algo extremamente difícil de se alcançar – ou mesmo impossível – de forma artificial. “Isso é a crença, não há nada mais poderoso sobre a alma. Uma crença é a obra de nosso espírito, mas nós não temos liberdade para modificá-la a nosso bel-prazer. (...) É o efeito de nosso poder, e é mais forte do que nós (...) Se nos manda obedecer, obedecemos”, como diria Coulanges⁴⁵.

Interessante notar que, mesmo não dispondo de qualquer noção de uma teoria geral dos sistemas, eis tratar-se de uma linha de conhecimento erigida no pós-funcionalismo das

⁴⁴ Salientamos, para efeitos de esclarecimento, que a analogia dos sistemas sociais a um vírus não é, de forma alguma, pejorativa. Os vírus e bactérias estão entre as estruturas biológicas mais eficientes existentes na natureza. Algumas classes de retrovírus, como o HIV, tem sobrevivido há mais de 60 milhões de anos, chegando aos nossos dias por meio de contínuas adaptações. Disponível em: <<https://phys.org/news/2016-08-hiv-related-retroviruses-million-years.html>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

⁴⁵ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.93.

ciências sociais, o referido autor abordou magistralmente o tema, segundo a metodologia evolucionista então em voga ⁴⁶ :

A comparação das crenças e das leis mostra que a família grega e romana foi constituída por uma religião primitiva, que igualmente estabeleceu o casamento e a autoridade paterna, fixando as linhas de parentesco, consagrando o direito de propriedade e de sucessão. Essa mesma religião, depois de estabelecer e formar a família, instituiu uma associação maior, a cidade, e predominou sobre ela como o fazia na família. Dela se originaram todas as instituições, como todo o direito privado dos antigos. Da religião a cidade tirou seus princípios, regras, costumes e magistraturas. Mas com o tempo essas velhas crenças foram modificadas, ou desapareceram por completo, e o direito privado e as instituições sofreram idêntica evolução. Surgiu então uma série de revoluções, e as transformações sociais acompanharam regularmente as transformações da inteligência.

Àquilo que nos interessa para fins deste estudo, cabe salientar que, para os povos em questão, a origem de todas as instituições patrimoniais e suas relações (por conseguinte, *toda o direito civil*) aponta a um marco comum: a *família* como a instituição social fundamental. Todas as organizações sociais nasceram posteriormente a ela, e dela retiram sua legitimidade. Igualmente, nenhuma organização, por mais poderosa que fosse, podia se intrometer em seus assuntos particulares – regra que somente veio a ser relativizada muito posteriormente –, que eram considerados questões *interna corporis* para todos os efeitos. A religião, por sua vez, foi a sua fonte normativa, organizando-a segundo as crenças vigentes e conferindo-lhe estatutos. Trata-se de um instituto tão forte que a sua proteção é erigida em todos os sistemas jurídicos modernos, seja pela norma ou pelo costume. Assim, não é por obra do acaso que a nossa atual Constituição, em seu art. 226, estabeleceu que “a família, *base da sociedade*, tem especial proteção do Estado” (grifo nosso).

Percebe-se, então, que não há como desenvolvermos nosso estudo sobre a influência do contrato sem abordar algumas questões referentes sobre o instituto, eis que *todos* os princípios civis da propriedade (aquisição, manutenção, transmissão contratual, sucessão patrimonial/herança, legitimidade e tudo aquilo que se refere ao direito das coisas) derivam da família. A própria definição original da palavra em latim significa “estabelecimento”, uma universalidade patrimonial de bens e de direitos, tanto reais quanto obrigacionais, que abrangia desde os escravos, filhos não-emancipados e todas as propriedades sujeitas ao *pater*

⁴⁶ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.09.

*familias*⁴⁷, afetada⁴⁸ a uma finalidade específica de cunho religioso que demandava obediência a um ancestral comum⁴⁹. Ou ainda, nas palavras de Fustel, no capítulo décimo, “O verdadeiro significado de *familia* é propriedade; designa o campo, a casa, o dinheiro, os escravos, e é por isso que as Doze Tábuas dizem, falando do herdeiro, *familiam nancitor*: o que aceita a sucessão”⁵⁰.

2.6. crenças pré-históricas. origens e simetria. propriedade.

Preliminarmente, não podemos traçar um paralelo entre a liberdade contratual, baseada na autonomia da vontade, e o desenvolvimento socioeconômico sem antes discorrer sobre o direito de propriedade. Afinal, a forma mais primária e elementar do contrato é a permuta, base do escambo⁵¹, que antecedeu ao surgimento dos contratos de compra e venda, na medida em que estes pressupunham a existência da moeda como veículo de pagamento (tratando-se, portanto, de elemento fundamental das transações econômicas). Ora, não se pode permutar ou vender aquilo que não lhe pertence – a não ser que o faça em nome de outrem e se tiver recebido poderes para tanto, mas isso não será abordado neste momento –, de modo que se torna necessário discorrermos primeiramente sobre o conceito de propriedade e de suas origens antes de propriamente abordarmos a sua forma de transmissão.

Conforme já afirmamos em outro capítulo, a propriedade privada sempre existiu desde os primórdios, eis que se trata de uma manifestação natural do nosso instinto de autopreservação. O fato de a termos normatizado, erigindo-a juridicamente ao patamar de *conceito central* – tal como uma “pedra fundamental” do nosso sistema patrimonial –, não significa que ela não tenha raízes preexistentes, advindas de um comportamento natural igualmente perceptível em outras espécies animais. Não é difícil de se entender: tente arrancar o osso da boca de um cachorro e ele demonstrará como se opera o instinto de “propriedade privada” na natureza.

⁴⁷ **familia** -ae f. [a household (of slaves) , establishment]. Definição segundo o dicionário online de latim da Universidade de Notre Dame. Disponível em: <<http://archives.nd.edu/cgi-bin/lookup.pl?stem=familia&ending=>>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

⁴⁸ Empregando-se a palavra no sentido jurídico do termo, na condição de patrimônio especialmente instituído com uma destinação específica.

⁴⁹ **familia/familiae**: religious community (Ecc). Definição segundo o dicionário online Latdict – Latin dictionary and grammar resources. Disponível em: <<http://latin-dictionary.net/search/latin/familia>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

⁵⁰ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.75.

⁵¹ A permuta é um termo jurídico, que designa um tipo singular de contrato. O escambo, por sua vez, é um conceito econômico que corresponde a uma operação específica de circulação de bens, promovida por meio da troca.

Estudiosos como Coulanges, cuja visão pré funcionalista ainda não lhes permitia traçar um paralelo entre as ciências sociais e sistemas biológicos, admitia a existência de raças que supostamente jamais teriam chegado a instituir a propriedade privada segundo a nossa concepção. “Sabemos que há raças que jamais chegaram a instituir entre si a propriedade privada; outras só a admitiram depois de muito tempo e a muito custo”, dizia ⁵². Salientava o autor, contudo, que a existência da propriedade privada se sedimentava em princípios distintos, cuja natureza variava conforme a sociedade e a realidade na qual viviam. Tártaros, um dos muitos povos nômades que transitaram entre a Ásia e Europa, admitiam a ideia de propriedade privada quando se tratava de rebanhos – o que faz todo o sentido, na medida em que eles não criavam qualquer vínculo com a terra. Fustel comentou também o fato de alguns autores afirmarem que, entre os antigos povos germânicos, a terra também não pertencia a ninguém, mas admitiam o direito de propriedade com relação ao produto obtido por meio de seu trabalho (colheita).

Em que pese a existência de culturas que apresentavam manifestações distintas a respeito do conceito de propriedade, nossas raízes derivam precipuamente da cultura greco-romana, e pode-se dizer que estes povos, desde os seus primórdios, sempre reconheceram e praticaram a propriedade privada. Mesmo assim, contudo, a noção de *individualidade* era, para eles, bastante distinta da nossa. A propriedade, tal como a compreendiam, era destinada à *família* e não à pessoa – e, em função disso, sua existência era acompanhada por um conjunto de direitos e deveres muito particulares (aqui já se vislumbrava uma noção originária daquilo que, segundo o direito contemporâneo, entendemos por *afetação*). É verdade que, mesmo entre os gregos, havia cidades nas quais os cidadãos eram obrigados a reunir o produto do seu trabalho, devendo consumi-las em comum. “Ele calcula com o povo (...) a parte cada um dos quais deve contribuir para libações que ele fará (...) Todo mundo coloca na frente deles, e come sua porção”, relata Ateneu de Náucratis (170~223 d.C.), em sua obra *O Banquete dos Eruditos* (Δειπνοσοφισταί, ou *Deipnosophistai* – *deipnon*: "banquete"; *sophistai*: "sábios"), no livro sétimo, capítulo 11, parágrafo 39 ⁵³.

Interessantemente, ao mesmo tempo em que não tinham domínio pleno sobre o produto de seu trabalho, possuíam, por outro lado, direitos absolutos sobre o solo que cultivavam. Tal fato derivava da conjugação de três fatores (distintos, mas indissociáveis

⁵² COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.45.

⁵³ ATENEU. **O banquete dos eruditos**. Université Catholique de Louvain – Faculté de philosophie et lettres. Tradução automática online. Disponível em: <http://www.sflt.ucl.ac.be/files/AClassFTP/Textes/ATHENEE/deipnosophistes_07_fr.txt>. Acesso em: 27 ago. 2018.

entre si) que caracterizavam a sua relação com a terra: religião, a família e o direito de propriedade. A compreensão que tais culturas tinham sobre o tema era tal que não se podia conceber um elemento dissociado do outro. Para que possamos entendê-las, precisamos fazer um esforço para desconsiderar, por um breve momento, as nossas raízes cristãs e limpamos a nossa mente, na medida do possível, sobre tudo aquilo que entendemos por “alma” e “Deus”.

O homem daquela época não havia nascido segundo uma concepção religiosa que proclamasse a existência de uma entidade suprema responsável pela criação do universo. O seu mundo estava limitado apenas àquilo que seus sentidos podiam reconhecer com algum grau de imediatez. Em uma época na qual a sobrevivência era difícil e boa parte dos nascituros jamais chegaria à idade adulta, a única realidade que esse indivíduo reconhecia, acima de todo o resto, é que ele tinha um pai e uma mãe que lhe deram vida, que lhe nutriram e que dele cuidaram durante todos os momentos da sua existência. Em tempos difíceis, eles foram a sua única referência de amor e de alento.

Mesmo nós, na condição de legítimos representantes do “homem contemporâneo”, considerando-se que tenhamos experimentado um típico relacionamento “padrão” com os nossos pais, conhecemos, em alguma medida ao menos, o que é carinho e proteção. Sabemos, igualmente, que a morte é única certeza de nossas vidas, e que provavelmente a partida dos nossos genitores é um dos eventos mais traumáticos que vivenciaremos ao longo da nossa existência. Não gostaríamos de perdê-los, e, se pudéssemos, escolheríamos tê-los conosco até o nosso último suspiro. Quando finalmente o inevitável bate à nossa porta, o vazio que deixam em nossas almas jamais é preenchido. Nós passamos, então, a conversamos com eles em nosso íntimo; às vezes vamos à igreja buscando algum alento, mas, em geral, falamos com nossos entes queridos na solidão do nosso quarto, longe dos olhares alheios. E, na medida em que conversamos, há uma esperança, no fundo de nossa alma, que, de alguma forma, eles *realmente* estejam nos ouvindo.

É por essa mesma razão que, quando fatalmente passamos por essa experiência, ouvimos de nossos amigos frases como “eles sempre estarão conosco”, e que “continuarão a nos proteger de onde estiverem”. Igualmente, é pelo mesmo pesar em nossos corações que escrevemos, nas redes sociais, extensos textos endereçados àqueles que partiram, mesmo sabendo que jamais serão lidos por aqueles à quem os destinamos (ao menos recebendo, em contrapartida, mensagens de carinho e compreensão dos nossos leitores). E, da mesma maneira que intimamente acreditamos ter os nossos pais sempre próximos e oramos pela sua companhia na quietude do lar (afinal, a oração é um momento extremamente pessoal, um diálogo íntimo com aqueles que se foram), nós também desejaremos estar perto de nossos

filhos, protegendo-os sempre que necessário, quando igualmente tivermos partido – reiniciando-se, então, o ciclo da vida, da dor e do amor. Esse sentimento de conexão afetiva com aqueles que nos trouxeram a este mundo é um laço *extremamente* forte – superado apenas, na maioria dos casos, pelo vínculo que criamos com os nossos próprios filhos, quando nos tornamos pais.

Como bem sabemos, adotando-se uma perspectiva puramente biológica na análise da questão, esse laço afetivo não é um fenômeno exclusivo de nossa espécie. Insetos e peixes baseiam a sua sobrevivência segundo uma estratégia numérica: das centenas de ovos que a maioria desses seres depositam ao longo de suas vidas, presume-se que ao menos alguns conseguirão chegar à maturidade sexual, garantindo suas descendências. A estratégia natural dos mamíferos, por outro lado, obedece a um padrão distinto. Para estes, a perpetuação depende majoritariamente de um padrão comportamental (leia-se: “proteção”), e não de números.

Nós, à semelhança de outros mamíferos socialmente organizados, proporcionalmente produzimos poucos descendentes, mas protegemos a prole com todas as nossa forças, chegando ao ponto de priorizarmos suas vidas sobre as nossas próprias. Dito isso e considerando-se ainda o baixo número de indivíduos que nascem após as gestações intrauterinas, dificilmente nossas espécies teriam sobrevivido sem a existência de um *forte* vínculo natural de proteção, capaz de conferir unidade aos membros de uma mesma família.

Os homens de outrora não foram exceção à regra. Muito pelo contrário: eles também acreditavam, *realmente*, que o espírito de seus antepassados permaneceria consigo, sempre acompanhando-os onde quer que fosse. E, da mesma forma que nós, desde a mais tenra infância, sempre pudemos contar com a ajuda, o amor e a proteção de nossos pais, esperamos, no âmago de nossos corações, que nossos falecidos entes queridos estejam conosco nos momentos mais difíceis de nossas vidas.

Nenhuma religião que tenha surgido posteriormente, qualquer que fosse, teve força suficiente para quebrar essa crença tão inata que nos conecta à nossa família. Por mais que se diga que suas almas estejam predestinadas a irem a algum lugar distante, seja o céu cristão ou para além do rio Estige, nos confins dos domínios de Hades (Plutão, para os romanos) temos aquela sutil esperança de que nossos pais estejam, na verdade, bem ao nosso lado, acompanhando-nos a todo o momento.

Claro que podemos supor que nem todas as relações entre pais e filhos tenham sido, de fato, amorosas. Também não podemos supor que, mesmo na existência desses fortes laços de afeto familiares, fossem essas relações exercidas cotidianamente de maneira cordial. Como

bem salienta a autora Mary Beard ⁵⁴, poderíamos argumentar que, ao considerarmos o assombroso índice de mortalidade infantil daquela época, os pais presumivelmente tenderiam a evitar, na medida do possível, um alto grau de investimento emocional em seus filhos, ao menos durante os primeiros anos de vida após o nascimento. Também existia uma imagem de “pai”, criada na literatura romana, daquele tipo de pessoa rígida e controladora, um sujeito de pouco afeto, que constantemente ameaçava fazer uso do pátrio poder por meio das punições que ele haveria de aplicar no caso de desobediência, podendo até mesmo recorrer à execução. Mas como a própria autora salienta, não há indícios antropológicos que indiquem que algo assim tenha realmente ocorrido em algum momento – se de fato ocorreu, ao menos o registro físico desse evento não sobreviveu até os dias de hoje.

Contudo, considerando-se as últimas palavras escritas nas mais diversas lápides romanas que esse passado já não tão distante nos legou, podemos presumir que a grande maioria dos relacionamentos familiares de fato obedeciam ao padrão de “amor e saudade” que descrevemos há pouco. “Minha pequena boneca, minha querida Mania, jaz enterrada aqui. Só fui capaz de lhe dar meu amor por alguns anos. Seu pai agora chora constantemente por ela”, diz um dos diversos epitáfios que sobreviveram (neste caso, advindo de uma lápide no norte da África). Em 45 a.C., Cícero também chorou a morte de sua filha Túlia, havendo registrado a sua dor por meio de uma série de cartas a um amigo. “Vou dominar meus sentimentos e ir para a casa de *Tusculum*, ou nunca mais voltarei lá”, disse em sua dor – já planejando, àquela altura, erigir um memorial que, segundo o relato, não seria apenas um mero *sepulcrum*, mas uma *ara* (ou *arae*, vocábulo latino que significa “altar” ou “santuário”), ou ainda, segundo o termo empregado por Beard ⁵⁵, um *fanum* (igual significado, mas de conotação mais religiosa). Seja como for, o caso ilustra a perspectiva adotada pelos romanos sobre questões como a sua relação com os mortos, evidenciando-se a intenção de se atribuir certas qualidades divinas aos entes falecidos mais queridos.

Retornando ao ponto: isso é tudo o que precisamos entender sobre “alma” e “espírito” para falarmos sobre o vínculo que esses povos tinham com a terra.

Voltemos agora a nossa atenção mais uns séculos atrás, em uma época na qual ainda não existiam grandes aglomerações – um fenômeno recente até mesmo para os padrões

⁵⁴ BEARD, Mary. **SPQR – uma história da Roma antiga**. Tradução de: Luís Reyes Gil. 1ª ed. São Paulo: Planeta, 2017. p.312.

⁵⁵ BEARD, Mary. **SPQR – uma história da Roma antiga**. Tradução de: Luís Reyes Gil. 1ª ed. São Paulo: Planeta, 2017. p.313.

humanos⁵⁶ – mas tão somente alguns pequenos povoados esparsos que habitavam vastos territórios; um mundo rural no qual a noção urbana de “cidade” ainda era simplesmente desconhecida. Durante uma era em que o universo de cada indivíduo estava delimitado pelas fronteiras dos seus sentidos, a percepção de “mundo” daquele que o habitava estava limitada à sua família, sua terra e a natureza que o cercava. Da terra em que vivia, ele retirava o seu sustento. Nela ele construía a sua casa, que o protegia das intempéries. O seu lar era o mesmo no qual haviam vivido seus entes queridos: seus pais, seus avós (que também os amaram enquanto aqui se encontravam, e a quem dedicaram seus cuidados em retribuição, durante os últimos anos de suas vidas) e todos aqueles que os precederam. Todos trabalharam a mesma terra, e ela os nutriu em retorno, ao longo de infindáveis gerações. O homem passou a amar essa porção de terra, na mesma medida em que ela lhe proveu tudo aquilo que precisasse para sobreviver: a terra sustentou seus pais e, da mesma maneira, sustentará seus filhos, e os filhos de seus filhos – e quando finalmente ele próprio tiver de partir deste mundo terreno, *será essa mesma terra querida que derradeiramente o acolherá*.

Essa situação descrita não é exclusiva aos primeiros habitantes da península grega ou da itálica. De fato, esse foi o retrato da vida dos homens durante a maior parte de nossa existência, um estilo de vida iniciado em um passado muito mais distante daquele em que deixamos os nossos primeiros registros escritos. Onde havia terras cultiváveis, os homens se fixaram, ali viveram e – como não poderia ser de outra maneira – nela enterraram seus mortos. Por outro lado, se o ambiente no qual se vivesse não fosse propício ao plantio, provavelmente o tipo de vida que um habitante dessas terras teria desenvolvido seria um estilo nômade, com baixa conexão ao solo, de forma que a sua concepção de propriedade dificilmente teria por fundamento bens imóveis (em contrapartida, seria plausível presumir que bens móveis e semoventes lhe seria de suma importância).

Não é preciso levar a nossa imaginação tão longe: nossos vizinhos sul-americanos, em que pese o brutal massacre espanhol sofrido ao longo dos séculos e a rígida imposição do cristianismo sobre suas crenças originais, jamais abandonaram por completo a sua relação com a terra e a crença em seus ancestrais. Na realidade, suas instituições religiosas apenas se adaptaram à cultura do conquistador, adquirindo outra forma, misturando elementos nativos e cristãos e avocando nomes ocidentais para evitar perseguições.

⁵⁶ Geoffrey Blainey comenta, no capítulo 31 da obra *Uma Breve História do Mundo*, no subcapítulo *grandes multidões, grandes cidades*, que “mais pessoas foram acrescentadas à população mundial somente na década de 1990 do que em toda a história que ia desde as origens dos humanos ao nascimento da Revolução Industrial, na Inglaterra”.

Essa é, talvez, uma das maiores provas que sistemas religiosos (assim como todos os outros, a bem da verdade) podem se adaptar às circunstâncias e sobreviver em “ambientes hostis”, reinventando-se conforme as necessidades impostas pelo seu *habitat* e assumindo diferentes aparências para fins de sobrevivência. Segundo *O Livro das Religiões*⁵⁷, “a religião da área montanhosa dos Andes pode ser resumida, essencialmente, ao culto dos mortos. Essa tradição e reverência aos ancestrais remonta a uma época muito anterior ao efêmero império dos incas — a cultura que mais caracteriza a região — e dura até os dias atuais”. Dentre os diversos povos que habitaram as Américas e tinham no *quéchua* a sua língua original, os incas tiveram por deidade suprema o Deus Sol. Contudo, as pessoas comuns, as quais os incas chamavam de “*hatun runa*”, continuaram exercendo aquela mesma religião baseada no culto aos ancestrais que seus ascendentes igualmente praticaram — uma crença que ostenta uma assombrosa simetria àquela cultuada pelos povos da Grécia e Roma em seus primórdios.

A mesma ligação com a terra, portanto, é traço comum a ambas as culturas, uma fé ancestral que remonta à pré-história e resistiu às religiões posteriores — fosse a inca, o panteão greco-romano ou a cristã —, e sobrevive até os dias atuais. Os povos andinos, à semelhança dos helenos — cuja estrutura social evoluiu a partir da união de núcleos sociais menores (famílias, cúrias, fratrias e tribos) até chegarem às cidades-Estado, que nada mais eram do que uma confederação desses grupos preexistentes —, igualmente se organizaram em “*ayllus*”, clãs que, tal como a *gens* romana, reuniam diversas famílias derivadas de um ancestral comum, cada qual habitando seu próprio território.

Vamos, por outro instante, nos colocar no lugar desses antigos habitantes. Ora, se a intenção é permanecermos próximos aos nossos filhos a fim de protegê-los após a nossa morte, assim como sempre o fizemos em vida — além do fato de desejarmos ser enterrados naquela mesma terra que sempre nos sustentou —, então só podemos concluir que nossos túmulos devem, igualmente, ser bem próximos à casa que sempre habitamos (de preferência, que estejam contíguas ou, até melhor, dentro dela). E, uma vez que estejamos sepultados, nós não iríamos gostar que nossos túmulos fossem violados, primeiramente por tratar-se da nossa morada final, o nosso último domicílio. Em segundo lugar, porque não gostaríamos de sermos lembrados pelos nossos ossos ou outros restos orgânicos que uma eventual violação de sepultura revelaria aos olhos do exterior. Em contrapartida, desejaríamos ser recordados pela aparência jovial que ostentávamos, enquanto caminhávamos junto aos nossos, no mundo terreno. As lembranças que gostaríamos que outros tivessem de nós são diretamente

⁵⁷ GLOBO. Autores diversos. **O Livro das Religiões**. Tradução de: Bruno Alexander. 1ª ed. São Paulo: Globo Livros, 2014. p.36.

relacionadas à forma pela qual construímos a nossa identidade ao longo da vida, cujos atributos positivos supostamente nos qualificariam perante os olhos de nossos pares. Bastaria uma única violação de sepultura para que toda essa imagem, pela qual esperaríamos ser lembrados, caísse por terra.

Essa é, aliás, uma das razões pelas quais existe, mesmo nos dias de hoje, todo um procedimento (maquiagem, vestimentas, a aquisição de um bom caixão, flores, a ocultação de defeitos físicos...) que visa ao embelezamento o corpo do defunto antes do sepultamento, pois sabemos que, na maioria das vezes, essa é umas das principais imagens que as pessoas guardarão de nós, pelo resto de suas vidas. Evidentemente, ela não será a *única* memória – a recordação como um todo será algo semelhante a um retrato mental composto por um amálgama de diversos momentos e experiências retiradas do nosso convívio com o falecido – mas não se pode, de forma alguma, subestimar a força traumática que uma imagem, tal como o corpo de um ente querido em decomposição, teria sobre a nossa psique. E, a não ser que o indivíduo provenha de uma cultura semelhante à tribo dos Torajans da Indonésia⁵⁸, essa seria, definitivamente, uma experiência extremamente desagradável (para dizer o mínimo), além do evidente desrespeito aos desejos do falecido.

Seja como for, não há razão para acreditarmos que essa situação seria diferente aos homens de outrora, o que explica, em grande medida, o surgimento de três institutos que remontam às origens do próprio direito: *a inviolabilidade da sepultura, do domicílio e a inalienabilidade do bem de família*. Os referidos preceitos, a propósito, tem sido a bússola norteadora sobre as quais foi erigida uma boa parcela do direito privado antigo, segundo uma análise histórica das primeiras instituições greco-romanas.

A sepultura nada mais era do que uma prolongação do próprio lar para o além-vida. Exceto pelo fato dessa morada se encontrar abaixo da terra (inevitavelmente, eis que a cremação só veio a ser adotada na Grécia no século XII a.C., aproximadamente) e sobre ela ser erigido um altar, para depois ser cercada por paredes com o propósito de se garantir a intimidade das orações – o discreto diálogo que mantemos com nossos entes queridos que partiram – ela, para todos os efeitos, em nada se distinguia da residência que se habitava enquanto os falecidos estavam vivos. Os túmulos e respectivos altares eram contíguos à casa, ou até mesmo incorporados um ao outro, tal como um recinto separado (um “quarto”) dentro

⁵⁸ Segundo o autor da matéria, Sahar Zand, da BBC, “Em Toraja, passam-se meses e anos até funeral acontecer; nesse período, famílias guardam corpos em casa e cuidam deles como se estivessem apenas doentes”. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39646627>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

do próprio domicílio. Nada mais lógico, se quiséssemos ter os nossos entes queridos sempre perto de nós.

Aliás, essa é mais uma razão pela qual o conceito moderno de cemitério era absolutamente inadmissível para esses primeiros povos. Afinal, seguindo tal raciocínio, podemos tecer a seguinte noção: “meus pais são meus, eles cuidaram de mim, eu cuidei deles em ao longo de suas velhices e continuarei cuidando mesmo após suas partidas. Era da vontade deles, assim como é da minha, estarmos todos juntos, seja na vida ou na morte, de forma que o local onde eles estão enterrados é nosso, é sagrado e é inviolável”. Como a sepultura encontra-se dentro da residência ou jungido a esta de forma contígua, a própria violação do domicílio significaria a violação do sepulcro dos entes queridos, o que seria inadmissível. Não é obra do acaso o fato de a palavra “altar” (“*ara*”, ou “*arae*”, em latim) significar, em sua origem, “lar, refúgio, abrigo ou santuário” ⁵⁹.

Desse fato decorria mais um preceito antigo, cuja lógica, agora, nos é facilmente identificável: a *indivisibilidade da propriedade* – afinal, se a família é *una*, a propriedade também deve sê-la, pois esta pertence à família e não ao indivíduo. E foi assim durante muito tempo, até as famílias crescerem a tal ponto que a unicidade territorial tivesse deixado de ser o modelo patrimonial mais adequado. Passou-se um longo período até que o preceito da indivisibilidade decaísse, na medida em que ele se sedimentava em uma secular crença que acompanhava a própria indivisão da família. Coulanges ⁶⁰ comentou que “a lei manteve por muito tempo a indivisão do patrimônio (...) Em Tebas e em Corinto estava ainda em vigor no século oitavo.”. Outro trecho digno de nota diz o seguinte ⁶¹:

Segundo o pensamento desses tempos antigos, o direito de primogenitura implicava sempre a vida em comum. No fundo não era nada mais que o gozo de bens comuns para todos os irmãos, sob a autoridade do mais velho. Representava tanto a indivisão do patrimônio quanto a indivisão da família. É nesse sentido que podemos crer que esteve em vigor no mais antigo direito de Roma (...)

De fato, trata-se de uma regra adaptada a uma realidade na qual as famílias se encontravam relativamente isoladas umas das outras, ao mesmo tempo em que o número de seus integrantes ainda não havia se tornado um problema, como viria a ocorrer séculos mais tarde. Contudo, se pensarmos que, com o tempo, as famílias evoluíram até se tornarem

⁵⁹ Definição segundo o dicionário online Latdict – **Latin dictionary and grammar resources**. Disponível em: <<http://www.latin-dictionary.net/definition/4374/ara-arae>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁶⁰ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.182.

⁶¹ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.60.

grandes *gens*, com dezenas de centenas de indivíduos, podemos imaginar como esse preceito se tornou impraticável. Interesses entre familiares se tornaram conflitantes, brigas internas por influência passariam a ser corriqueiras. Embora todos ainda pertencessem a um grande ramo comum, cada filho já tinha a sua própria família, e filhos para alimentar. Era apenas uma questão de tempo até a *divisibilidade* da terra vir a se tornar a regra, e o direito de herança começar a admitir a partilha entre herdeiros (algo inconcebível até então). Fustel, ao final do capítulo V, fecha o assunto com as seguintes palavras ⁶² :

A *gens* italiana e o *ghénos* helênico perderam sua unidade primitiva. Os diferentes ramos se separaram; cada um recebeu daí em diante sua parte de propriedade, seu domicílio, seus interesses particulares, sua independência. *Singuli singulas familias incipiunt habere* — diz o juriconsulto. Há na língua latina antiga expressão que parece datar dessa época: *familiam ducere* — dizia-se do que se destacava da *gens*, e ia formar uma estirpe a parte, como se dizia *ducere coloniam* de quem deixava a metrópole, e ia fundar ao longe uma colônia. O irmão, que assim se separava do irmão mais velho, passava a possuir lar próprio, que sem dúvida acendera no lar comum da *gens*, como a colônia acendia o seu no *pritaneu* da metrópole. A *gens* não conservou mais que uma espécie de autoridade religiosa, em relação às diferentes famílias que dela se haviam destacado. Seu culto teve supremacia sobre os demais. Não lhes permitiam esquecer que haviam saído daquela *gens*, e continuaram a usar seu nome; em dias determinados, as novas famílias se reuniam ao redor do lar comum, para venerar o velho antepassado ou a divindade protetora. Continuaram até a ter um chefe religioso, e é provável que o mais velho conservasse ainda seu privilégio para o sacerdócio, que por muito tempo continuou hereditário. Fora isso, essas famílias eram independentes.

Assim, podemos observar que, inicialmente, toda a vida da família esteve regida por esses preceitos originários de natureza religiosa. Tratava-se de um sistema social rigidamente hierarquizado, encabeçado por um *pater familias* que detinha poderes absolutos na administração dos assuntos da família. Ela conferiu à posteridade um modelo estrutural sólido, extremamente consistente, sobre cujas fundações se ergueriam os demais aspectos da vida social. Mesmo quando as crenças que lhe deram forma passaram a ser gradualmente substituídas (ao menos exteriormente) por outras mais adequadas à realidade social das cidades-Estado, a arquitetura geral herdada desse sistema jamais fora abandonada de fato — até porque a ordem e a estabilidade que ela conferia àqueles povos atestavam a sua eficácia — de forma que abandoná-la por completo, substituindo-a por outras, não teria feito qualquer sentido. E, se esforços nesse sentido tivessem realmente sido levados a cabo, certamente

⁶² COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.183.

teriam fracassado. Fustel magistralmente ilustra, uma vez mais, a fortaleza dessas instituições, quando discorre, no 8º parágrafo do capítulo VIII, sobre a família de então ⁶³:

A natureza dá ao filho uma maioria, que a religião não lhe concede. De acordo com antigos princípios, o lar é indivisível, e a propriedade é como ele; os irmãos não se separam pela morte do pai; com muito mais razão não se podem separar dele durante a vida. No rigor do direito primitivo, os filhos continuam unidos ao lar paterno, e, por consequência, submetidos à sua autoridade; enquanto ele viver, são considerados menores.

Seja como for, poderíamos redigir aqui, a partir dessas observações, todo um tratado sobre as origens greco-romanas do direito, mas não é esse o nosso objetivo. Há diversas questões muito interessantes cuja abordagem ilustraria diversos aspectos da nossa vida atual que deles herdamos: instituições de direito de família, as origens do casamento (civil e religioso), a formação da identidade civil, os preceitos que regulavam a vida pública, entre tantas outras. Contudo, para os propósitos do nosso estudo e considerando-se tudo o que foi dito até este momento sobre as origens do direito greco-romano e da sua indissociável conexão com a crença original desses povos, solicitamos a atenção do leitor a uma observação extremamente importante: a enorme *rigidez* que caracteriza um sistema baseado em crenças/religião.

2.7. rigidez institucional. *Status*. a família como unidade social básica

Preliminarmente, a primeira qualidade salta aos olhos ao classificarmos um sistema normativo como “rígido” é a sua estabilidade. Instituições religiosas são talvez, dentre todas as demais, as mais estáveis estruturas sistêmicas de que se tem notícia. Elas não podem ser contestadas pela lógica, nem pela vontade, pela razão ou por qualquer sentimento de justiça, pois encontram seu fundamento em algo superior a tudo. Verificamos, ao longo dos apontamentos traçados acima, que o direito teve a sua gênese intimamente interligada à relação que os homens tinham com seus antepassados (ou seja, com a religião). Portanto, era esta que estabelecia as regras, e seus preceitos pouco tinham a ver com os princípios jurídicos aos quais estamos tão familiarizados na atualidade.

Séculos de tradição científica nos levaram a conceber o direito como ciência. Nos habituamos a compreender a ideia de direito como uma manifestação organizada de normas que, em última análise, espelhem a nossa concepção de justiça. A estrutura hierárquica do sistema jurídico, segundo a percepção moderna, é erigida a partir de uma norma fundamental

⁶³ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.62.

— uma Constituição, escrita ou não-escrita —, que confere legitimidade aos estatutos prescritos por legisladores que, por sua vez, detêm poderes para fazê-lo em nosso nome. Obedecemos as decisões judiciais simplesmente porque estabelecemos, democraticamente, que assim o fariamos. A arquitetura do ordenamento jurídico ostenta uma lógica quase que matemática, pois trata-se de um sistema no qual cada “camada” de regras retira a sua validade de outra que lhe é superior; finalmente, essa grande estrutura normativa encontra seu fundamento em princípios gerais abstratos que, embora ostentem natureza jurídica, guardam estreita correlação com elementos retirados de outros sistemas – como a moral e os costumes – que, paralelamente, integram a nossa identidade cultural.

As instituições jurídicas da antiguidade, por outro lado, retiravam a sua validade da religião. Os primeiros códigos eram um amálgama de ritos litúrgicos, costumes e preceitos esparsos. As normas relativas ao direito de propriedade se encontravam mescladas a outras que versavam sobre os mais diversos assuntos, tais como sacrifícios, ritos conjugais, regras de sepultamento ou disposições sobre o consumo de alimentos. Lei e religião compunham um único corpo normativo – o homem não poderia alterar essas regras, já que a sua natureza estava intrinsicamente associada à vontade divina –, daí a razão pela qual essas instituições demoraram tanto para evoluir.

Há de se recordar, também, que as células fundamentais que compuseram as cidades-Estado eram as *famílias*, sendo estas consideradas o menor agrupamento social possível para todos os efeitos – não existindo, portanto, qualquer conceito que se assemelhasse à ideia moderna de “direitos individuais”. O indivíduo era tão somente um mero componente da família, e as leis não lhe conferiam atenção particular, exceto, apenas, para lembrá-lo de seus deveres para com o grupo. A família tinha direitos; o indivíduo tinha apenas deveres. Entretanto, havia nesse sistema familiar um sujeito cujo *status* destacava-se dos demais: aquele que detinha o “poder familiar” (ou, segundo o termo jurídico antigo, mas mais adequado, “pátrio poder”⁶⁴), a pessoa encarregada de encabeçar os assuntos da família em todos os aspectos e cuja palavra era lei sobre os demais membros do clã. Fustel, no título 1º do capítulo VIII, (“*a autoridade na família*”) ilustra o tema mais uma vez⁶⁵:

⁶⁴ Historicamente, a expressão “pátrio poder” é, de fato, mais adequada ao seu significado original, pois tratava-se de uma prerrogativa puramente masculina. Ela era um conjunto de direitos e responsabilidades transmitido pelo pai ao filho primogênito, algo que somente ocorreria quando do falecimento daquele. O poder familiar jamais era transmitido a uma mulher. Quando muito, a mãe era apenas a detentora do *mater familias*, uma instituição cujos atributos eram absolutamente distintos e em nada se assemelhavam ao seu correspondente masculino.

⁶⁵ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.63.

Graças à religião doméstica, a família era um pequeno corpo organizado, uma pequena sociedade, que tinha seu chefe e seu governo. Nada, em nossa sociedade moderna, pode dar-nos ideia desse poder paternal. Nesses tempos antigos, o pai não é somente o homem forte que protege, e que tem também poder para se fazer obedecer: ele é sacerdote, é o herdeiro do lar, e continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside nele.

Fazendo um breve parêntese para explicar esse conjunto de atribuições, a palavra *pater* tinha um significado peculiar, diferente daquilo que entendemos por “pai”. Tratava-se de um termo religioso na origem; para o direito, significava independência e autoridade: aplicava-se àquele homem que não estivesse sujeito a uma hierarquia superior em sua família, uma capacidade de fato e de direito que abrangia também o domínio sobre a propriedade do clã (aqui inclusos os clientes e os escravos). Esse poder tinha, por denominação, a expressão *patria potestas*, titularizada pelo *pater familias* (o patriarca da família). O vocábulo *pater*, aliás, era sinônimo da palavra *rex* (“soberano”).

A ideia pouco tinha a ver com a estirpe biológica; ela significava *autoridade*. Esse ponto é relativamente importante de se compreender, porque explica, em grande medida, a imensa rigidez da instituição familiar originária. Explicamos: todo e qualquer sistema, independentemente de sua dimensão, obedece a uma lógica precípua que foi abordada incontáveis vezes pelos mais diversos autores ao longo dos séculos, ainda que com outras palavras. Essa lógica tem como pressuposto a centralização de poderes sob uma autoridade central, um sistema de arquitetura “piramidal”, na qual o poder emana de cima para baixo, do topo à base, transmitido através de *faixas de hierarquia* (cada qual ostentando um *status* distinto).

Na arquitetura, é fato comprovado que a pirâmide constitui a forma geométrica mais estável que existe ⁶⁶; trata-se de um axioma, uma verdade universal cuja validade alcança, inclusive, sistemas puramente abstratos, tal como os sistemas sociais. A conclusão lógica que se extrai desse fato é evidente: quanto maior for o grau de centralização, maior será a estabilidade do sistema. Aliás, essa é a razão pela qual os sistemas jurídicos são estruturados segundo uma concepção geométrica piramidal (ou triangular, se adotarmos uma referência bidimensional), pois o propósito precípua dos ordenamentos jurídicos, em que pese as mais diversas teorias acerca do tema, é a *manutenção* da ordem. Manutenção, via de regra,

⁶⁶ “Man has determined that the triangle is the most stable system”, como afirma um estudo da universidade de Yale. Contudo, isso é um axioma matemático, facilmente constatável por experiência. Disponível em: <<http://teachersinstitute.yale.edu/curriculum/units/1983/1/83.01.09.x.html#a>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

significa *preservação* (inclusive das hierarquias); é conferir solidez àquilo que já está posto. O conceito é acompanhado, na sua essência, da ideia de *imutabilidade* e de *rigidez*. Apenas um sistema dotado de um elevado grau de estabilidade (leia-se: estratificado, hierarquizado, baseado em *status*) teria o condão de cumprir esse objetivo, daí a razão de sua estrutura hierarquicamente centralizada.

Existe, contudo, um efeito colateral inevitável: tais sistemas tem baixíssima capacidade de adaptação ao meio, na medida em que eles foram concebidos justamente para preservar uma ordem previamente estabelecida. A sua falta de flexibilidade é, ao mesmo tempo, a sua maior virtude e o seu pior defeito. Quando a situação social demanda alterações na medida em que o ambiente cultural já evoluiu, sistemas centralizados voltados à manutenção de uma ordem preexistente tentam, a todo custo, impedir a ocorrência de mudanças, por mais desejáveis que sejam. Em função de sua inerente falta de plasticidade ao meio que os cercam, esses sistemas tendem a ruir de uma só vez, quando a situação atinge um inevitável ponto de ruptura institucional – o que geralmente ocorre de forma violenta.

Voltando ao ponto: o sistema social patriarcal da antiguidade, fundamentado no *pater familias* e na transmissão desse poder absoluto de maneira hereditária, foi concebido segundo uma arquitetura tipicamente piramidal; para piorar, o sistema foi erigido sobre fundamentos religiosos (cuja inquestionabilidade decorria justamente de suas origens divinas, que homem algum poderia contestar). Em outras palavras: *era um sistema baseado em status*.

A propósito, as palavras “status”, “estado”, “estatura”, “estrutura”, “estratificação” e “estatuto” ostentam a mesma origem etimológica decorrente do vocábulo latino *status*, que significa “altura ou estatura de uma situação, condição, posição, estado”⁶⁷. Como salientamos, esse *status* era herdado apenas entre homens e por estirpe, constituindo, durante muitos séculos, a única forma de transmissão do poder familiar. Consequentemente, mesmo após séculos terem transcorrido desde o momento em que as cidades se organizaram sob um mesmo corpo político, uma época na qual o domínio das *gens* já se encontrava em declínio, a jurisdição dos tribunais *ainda* alcançava apenas os líderes das famílias, detentores do *pater familias*. Para todos os demais indivíduos, as regras de conduta eram estabelecidas internamente pelo chefe do clã, um terreno no qual o direito público não podia interferir.

Conclui-se, por todo o exposto, que um sistema contratual (baseado, portanto, na liberdade de contratar) jamais encontraria condições para prosperar em um ambiente social tão rigidamente estratificado. Afinal, o contrato pressupõe capacidade plena sobre si mesmo,

⁶⁷ Dicionário de etimologia online – **Online Etymology Dictionary**. Disponível em: <https://www.etymonline.com/word/status#etymonline_v_22023>. Acesso em: 28 ago. 2018.

uma qualidade que, em termos jurídicos, confere ao indivíduo a aptidão para assumir deveres e obrigações. Basta uma breve análise das instituições para se perceber que os únicos sujeitos capazes de ostentar essa condição, nos primórdios da cultura greco-romana, eram os patriarcas das *gens*, os *pater familias* detentores da *patria potestas*. Todos os demais, por consequência, estavam absolutamente impossibilitados de contratar, na medida em que *não eram cidadãos*. Esse grupo abarcava a situação de quase toda a população existente na época das antigas sociedades.

Basta um breve olhar sobre a situação especial que o filho primogênito ocupava, segundo o relato de Coulanges⁶⁸ (no capítulo VII, que versa sobre o direito de sucessão), para perceber a situação precária na qual todos os outros estariam situados:

A velha religião estabelecia diferenças entre o filho mais velho e o mais novo: “O mais velho — diziam os antigos árias — foi gerado para o cumprimento do dever para com os antepassados; os outros nasceram por amor.” — Em virtude dessa superioridade original, o mais velho tinha o privilégio, depois da morte do pai, de presidir a todas as cerimônias do culto doméstico; oferecia o banquete fúnebre, e que pronunciava as fórmulas das orações “porque o direito de pronunciar as orações pertence ao filho que veio ao mundo por primeiro.” — O mais velho, portanto, era o herdeiro dos hinos, o continuador do culto, o chefe religioso da família. Dessa crença originou-se uma regra de direito: *somente o mais velho podia herdar*. Assim o afirmava um velho texto, que o último redator das Leis de Manu inseriu ainda em seu código: “*O mais velho toma posse de todo o patrimônio, e os outros irmãos vivem sob sua autoridade, como viviam sob a autoridade paterna*. O filho mais velho é que solve a dívida dos vivos para com os antepassados, e portanto deve herdar tudo” (grifos nossos).

Ora, apenas poderia existir *um* primogênito por família. Supondo que um casal tivesse dez filhos, apenas o primeiro seria considerado “cidadão” aos olhos do mundo antigo. E isso, claro, somente após a morte do pai, legítimo detentor da *patria potestas*. Todos os outros ficariam relegados a uma condição subalterna – não apenas as crianças, os clientes⁶⁹,

⁶⁸ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.59.

⁶⁹ O vocábulo “clientes” é empregado em um sentido absolutamente distinto da nossa compreensão da palavra. Coulanges explica a situação peculiar na qual o cliente se encontrava na sociedade antiga: “O que sabemos com mais certeza sobre o cliente é que ele não pode separar-se do patrono, nem escolher outro, ficando ligado de pai para filho a uma família. Bastava que soubéssemos isto para acreditar que sua condição não devia ser muito agradável. Acrescentemos a isso que o cliente não é proprietário da terra, que pertence ao patrono, o qual, como chefe do culto doméstico, e também como membro da cidade, é o único com qualidades para ser proprietário. Se o cliente cultiva o solo, só o faz em nome e em proveito do dono. O cliente não tem propriedade absoluta nem sobre seus objetos móveis, seu dinheiro, seu pecúlio. A prova está em que o patrono pode tirar-lhe tudo isso, para pagar suas dívidas ou resgate. Assim, nada lhe pertence. É verdade que o patrono lhe deve a subsistência, a ele e a seus filhos; mas em troca ele deve seu trabalho ao patrono. Não se pode dizer que seja precisamente escravo; mas tem um senhor ao qual pertence, e a cuja vontade está sujeito em todas as coisas. Toda a

os escravos e todas as mulheres, mas também todos os homens já adultos que, por infortúnio do destino, tinham um irmão mais velho.

É evidente que uma instituição social nessa natureza excluía praticamente toda a população existente da condição de cidadão – ou de “sujeito de direitos” –, e não demoraria muito a criar conflitos que, derradeiramente, levaram a uma massiva reestruturação do sistema. Contudo, isso só veio a ocorrer em meados do século I a.C. no caso de Roma, de forma que praticamente a totalidade das pessoas que habitaram o mundo antigo até então jamais vieram a ser socialmente reconhecidas como titulares de direitos – eram, quando muito, apenas um mero elemento integrante de uma família (quase sem direitos, mas com muitas obrigações).

Podemos dizer, então, que os institutos de direito contratual, embora sempre tenham existido onde quer que tenha existido o escambo – fosse em um longínquo passado anterior ao mundo clássico ou nas tribos sul-americanas –, apenas assumiram os contornos que conhecemos (com a instrumentalidade de cláusulas específicas, retrovenda, garantias reais e pignoratícias e outros que veremos adiante) após o gradual abandono do antigo sistema social baseado no *status*.

2.8. o *status* ao contrato. da família ao indivíduo. evolução.

Antes de propriamente iniciarmos o desenvolvimento deste assunto, cabe aqui uma observação: é uma pena que, em função da distância que separa os dois grandes sistemas jurídicos modernos, o civil e o consuetudinário, uma significativa parcela da riquíssima doutrina jurídica sedimentada na *Common Law*, de forte tradição e dotada de raízes tão ricas quanto a nossa, não chegue até nós.

É claro que, em tempos de internet e considerando-se a facilidade da aquisição de livros *on-line*, essa distância entre os referidos mundos jurídicos distintos, outrora abissal, atualmente já deixou de ser um empecilho. Contudo, séculos de divisão entre tais sistemas implicaram a adoção de referências doutrinárias absolutamente distintas – muitas das quais simplesmente desconhecemos –, muito embora estejam fisicamente (talvez fosse melhor dizer “eletronicamente”) ao nosso alcance. Henry Sumner Maine é uma dessas referências que desejaríamos ter conhecido antes. Seu nome não nos soa familiar na tradição da *Civil Law* – o nosso sistema – mas a sua obra *Ancient law* (cuja 1ª edição fora publicada em 1861), um

vida ele é cliente, como seus filhos o serão depois dele” (livro IV, capítulo VI– *os clientes se libertam*). COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.185.

detalhado estudo antropológico sobre as origens das instituições jurídicas e de suas relações com o presente, é uma leitura obrigatória àqueles que realmente desejam compreender a fundo o fenômeno do direito.

Dito isso, voltemos ao assunto. As últimas páginas deste estudo foram dedicadas a uma análise histórica das nossas origens sociais, em que ressaltamos as virtudes e deficiências de um sistema baseado no *status* familiar. A partir de agora, passaremos a analisar a sorte de mudanças ocorridas ao longo do tempo e como antigas estruturas deixaram de ser referência, abrindo caminho ao império do *indivíduo*.

Conforme dissemos, o direito público das cidades-Estado não pôde interferir, por um longo tempo, em assuntos que, de alguma forma, estivessem subordinados ao *patria potestas*. Se por um lado esse fato impedia os tribunais públicos de julgarem abusos que certamente deveriam ocorrer no seio da família antiga – casos em que nada se podia fazer além de obedecer as determinações patriarcais –, por outro pavimentou-se o caminho para a adoção de um princípio que, mais tarde, viria a se tornar um dos principais pilares do Estado democrático de direito: *a limitação dos poderes do estado perante o indivíduo*.

Mesmo após o nascimento das cidades-Estado, o direito público demonstrava uma certa hesitação ao enfrentar as sólidas estruturas familiares que erigiram a força das *gens*, mantendo uma saudável cautela ao confrontar a autoridade dos patriarcas. Vale recordar que os próprios julgadores dos primeiros tribunais das cidades eram patriarcas também – na medida em que apenas cidadãos podiam exercer cargos públicos –, e certamente não lhes convinha estabelecer uma jurisprudência que viabilizasse, no futuro, a contestação de seus próprios poderes pela mão do Estado.

A primeira lição que disso se extrai do ponto é que a manutenção do próprio *status* foi o real motivo pelo qual se estabeleceu a proteção sobre certos direitos individuais – semelhantes àqueles que entendemos modernamente por *liberdades civis* – fato que, por sua vez, resultou na necessidade de se instrumentalizar algumas garantias jurídicas que viabilizassem a proteção desses direitos. Seja como for, em uma sociedade concebida nos rígidos moldes descritos, a vasta maioria da população sujeitava-se ao império das normas domésticas (estabelecidas pelo *pater familias*), sem dispor de qualquer recurso contra o abuso desse poder, na medida em que o direito público se ocupava, quando muito, em resolver possíveis conflitos internos de interesse geral (tais como eventuais disputas entre *gens* ou seus líderes). Dessa forma, o direito civil público ostentou uma conotação essencialmente aristocrática em seus primórdios, pois não se tratava de uma jurisdição “do povo”.

Entretanto, uma revolução — muito sutil a princípio, mas constante — começou a ocorrer. Aos poucos, essa jurisdição voltada a uns poucos cidadãos começou a se expandir. Sua influência começou a preencher, paulatinamente, os “espaços vazios” que o foro doméstico não se preocupava em ocupar. O Estado vagarosamente expandiu a sua competência na medida em que o poder familiar, outrora soberano, entrava em declínio. Assuntos sobre a propriedade, tais como a demarcação de limites e o parcelamento do solo (agora possibilitadas pelos novos ventos sociais), podiam ser decididos em instâncias públicas. Instituições sagradas outrora exclusivas à jurisdição familiar passaram a ser decididas por tribunais, especialmente quando o assunto tinha algum impacto social. Aos poucos, as instâncias governamentais passaram a adquirir experiência no julgamento de indivíduos e em assuntos da esfera privada. O *pater familias*, muito embora ainda ostentasse uma influência considerável, já não era capaz de afastar a jurisdição. *Foi o declínio do estatuto familiar que possibilitou a democratização do direito público.*

Naquilo que se refere ao império romano, dispomos de uma farta documentação histórica que nos permitiu compor um quadro bastante preciso sobre essa época de transição, na qual um sistema arcaico foi substituído por outro, mais moderno. Não que tivesse ocorrido algo como uma completa destruição de um sistema anterior sobre o qual um novo tivesse sido erigido: na verdade, as instituições mantiveram muito de sua estrutura original, apenas sendo remodeladas segundo outros princípios, em um processo que recombinau antigos elementos preexistentes sob uma nova perspectiva.

Observando-se as estruturas jurídicas vigentes na época de Justiniano, pode-se observar que apenas uns poucos traços daquele antigo arcaísmo remanesceram, exceto pela manutenção, existente ainda em grande medida, da antiga figura do *pater familias*, muito embora seu poder tenha sofrido limitações. Por outro lado, o sistema jurídico foi reinterpretado segundo novos princípios agora pautados pela conveniência, simetria e simplificação. Nessa época, um novo sistema moral já se impunha, e a religião do panteão greco-romano havia se instaurado definitivamente sobre a doméstica (embora esta jamais tenha *de fato* desaparecido; ela apenas foi integrada à nova religião que se impôs).

Ao longo de todo o curso desse processo de renovação, pode-se nitidamente observar um gradual enfraquecimento da ideia de submissão absoluta ao *status* do patriarca, ao mesmo tempo em que se observou o fortalecimento das relações individuais em seu lugar. O indivíduo ganhava a sua emancipação social, deixando de ser considerado apenas um elemento constitutivo da família para se tornar um sujeito de direitos, agora capaz de contrair obrigações e de responsabilizar-se pelos seus atos em nome próprio. Enfim, capacitado a

praticar todos os atos da vida civil ou, em outras palavras, *capaz de contratar*. Dessa forma, ele gradativamente substituiu a família na qualidade de unidade central do sistema social, fato que se refletiu em igual medida no âmbito judicial.

Assim, se procedermos a uma análise evolucionista, tomando-se em consideração os eventos mais críticos da história, podemos concluir que esse padrão de desenvolvimento não se restringe apenas ao caso do império romano: ela pode ser observada onde quer que tenham existido rígidas estruturas sociais fundadas na mera manutenção do *status*. O milenar instituto da escravidão, base fundamental da estrutura econômica das antigas civilizações grega e romana, um sistema estatutário (*status*) por excelência, deu lugar ao modelo da servidão feudal, baseado na enfiteuse (ou seja, fundado em uma relação contratual) entre o senhorio, detentor da nua-propriedade, e o servo, titular da posse direta e domínio útil do terreno⁷⁰.

A nobreza europeia da idade média, cuja condição e privilégios (*status*) eram transmitidos hereditariamente por estirpe, perdeu sua força na mesma medida em que a revolução comercial criou uma distinta categoria de cidadãos, cujos poderes agora emanavam do acúmulo de capital (contrato), levando à instauração de uma nova ordem socioeconômica na qual os antigos títulos de nobreza pouco significavam.

No Japão, a instauração da *Era Meiji*, fundada na abertura comercial e no aprendizado de técnicas industriais inovadoras, levou a um rápido processo de desenvolvimento que possibilitou àquela pequena nação insular (até então tradicionalmente reconhecida por seu rígido sistema hereditário de castas sociais – ou seja, baseado em *status*) resistir ao domínio europeu que se impôs sobre quase todo o oriente. Nobres famílias samurais (*status*) de tradição milenar rapidamente compreenderam o novo sistema, passando a enviar emissários ao ocidente com o propósito de absorver suas tecnologias. Em pouco menos de duas gerações, famílias como a Honda, a Kawasaki e a Mitsubishi (esta última formada pela união comercial de duas dinastias, a Yamauchi e a Iwasaki) passaram a produzir bens em grande escala – materiais bélicos em um primeiro momento, para depois fabricar veículos e bens eletrônicos ao público geral –, vendendo a sua produção (ou seja, por contrato) para todo

⁷⁰ Em que pese a tradicional imagem de sofrimento que a relação servil da era feudal invoca ao homem moderno, esse fenômeno constituiu um enorme salto institucional em termos jurídicos e morais. Tratava-se de uma relação contratual, que nivelava os envolvidos a um patamar inicial de igualdade jurídica, estabelecendo direitos e deveres a ambos os lados. O servo se encontrava na condição de arrendatário e não poderia ser expulso da terra aforada, enquanto a renda convencionada (foro ou *cânon*) estivesse sendo devidamente paga ao senhorio. Ver o título 66 do livro IV, do código de Justiniano. Disponível em: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ4_Scott.htm#66>. Acesso em: 04 set. 2018.

o globo e alçando o país à condição de segunda maior potência econômica do mundo, vindo a ser superada apenas pela China, em anos recentes.

O mesmo padrão de transição do *status* ao contrato pode igualmente ser observado em outras ceiras do direito. A condição das mulheres, que até pouco tempo atrás era equivalente à de um menor de idade (eis que, historicamente, por um longo período não puderam assumir obrigações em nome próprio, necessitando sempre de um responsável masculino disposto a assumir a sua tutela), passaram gradualmente a ter os seus direitos reconhecidos, finalmente abandonando a prévia condição (*status*) de “incapaz”, para então serem plenamente reconhecidas como cidadãs aptas a assumir direitos e obrigações (contrato) em nome próprio.

A propósito, a situação jurídica dos filhos menores sob o poder familiar segue a mesma lógica. Em um primeiro momento, eles nada mais são do que uma extensão de suas famílias, em que pese terem os seus direitos resguardados até o momento em que venham a se tornar maiores de idade. Sobre essa questão e apenas para efeitos de observação, se existe alguma obrigação civil que vincule os pais àqueles filhos que se tornaram maiores de idade, é apenas aquela na qual somente um contrato poderia conferir validade em termos jurídicos, na medida em que ambos – pai/mãe e filho/filha – são indivíduos distintos e independentes entre si, não restando nenhuma obrigação intrínseca a essa situação exceto aquelas derivadas do direito das famílias (tais como a proibição de contrair matrimônio entre si ou o perpétuo dever de sustento mútuo em caso de necessidade material).

Retornando ao ponto, o mesmo pode ser observado nos demais casos em que a emancipação, quer seja por uma razão ou por outra, ainda não é possível: o menor sob a guarda de seus pais, o maior absoluta ou relativamente incapaz, o órfão sob a guarda de um tutor... Todos esses casos citados tem em comum o fato de suas incapacidades estarem regulamentadas pelo Código Civil, mais especificamente nos direitos da personalidade (parte geral, livro I, título I, capítulos I e II: arts. 1º ao 21 do CC/2002), conferindo-lhes uma proteção especial por meio da subordinação a um terceiro civilmente capaz – uma condição que é superada, na maioria dos casos, com a cessação da incapacidade etária.

A razão para isso pode ser expressa de diferentes formas dependendo do país, da cultura e dos contornos sociais que esses institutos assumem na linguagem jurídica de cada sistema normativo, mas a “substância” (o cerne da questão), é a mesma em qualquer caso: todas as classes de pessoas ora mencionadas estão sujeitas, necessariamente, ao controle extrínseco de outrem, sob o simples argumento de que eles não possuem as faculdades necessárias para formarem um julgamento adequado em seu próprio benefício: em outros

termos, eles não tem capacidade civil para agir em nome próprio segundo os preceitos juridicamente estabelecidos no direito das obrigações. Enfim: *eles não podem contratar*.

Se considerarmos a palavra *status* segundo a concepção latina de “estatura” (mais especificamente, no sentido de “estatura social”) podemos concluir, após as digressões tecidas acima, que todas as manifestações de *status* expressas nos direitos da personalidade são derivadas – e, de certa forma, ainda são influenciadas –, pelos poderes e privilégios que por tanto tempo residiram no âmago do antigo instituto da família clássica greco-romana.

Assim, empregando aqui a ideia de “estatura social” com o único propósito de abrangermos as condições individuais relativas à capacidade/incapacidade civil descritas ao longo deste capítulo, podemos então vislumbrar um claro paradigma evolutivo que pode ser descrito da seguinte maneira: todas as culturas que, de alguma forma, puderam ter a sua evolução analisada a partir da transformação histórica que seus princípios, normas e costumes sofreram ao longo do tempo, percebe-se que, em todos os casos, elas obedeceram a um padrão de desenvolvimento institucional que denotou uma inegável evolução do “status” para o “contrato”.

A mesma conclusão pode ser alcançada por meio de uma abordagem funcionalista, segundo a teoria dos sistemas. A circulação de bens e de serviços promovida pelo sistema contratual constrói riqueza, ao passo que sistemas estratificados (*status*) geram estagnação, em função de sua baixa plasticidade. Estruturas sociais dinâmicas, tais como os sistemas econômicos, são flexíveis e, portanto, adaptáveis ao seu *habitat*. Sistemas sociais estatutários (*status*), tais como as instituições jurídicas, têm pouca mobilidade e menor capacidade de adaptação ao meio que o cerca. Sistemas sociais dinâmicos são possibilitados (leia-se: nascem e se desenvolvem) na mesma medida de sua intrínseca capacidade de mobilidade, de forma a se permitir, internamente, uma melhor circulação de seus elementos constitutivos. A eles se aplica a ideia de *adaptação*.

Sistemas sociais estatutários, por outro lado, são rigidamente hierarquizados: a hierarquia implica em enrijecimento da estrutura (muitas vezes, esse é justamente o propósito do sistema), e a primeira característica perceptível é a baixa mobilidade interna dos seus elementos constitutivos. Aqui, o propósito é a *resistência*. Em suma: *aquilo que é dinâmico cresce, o que é estático enrijece*. Note-se que não estamos afirmando, necessariamente, que um sistema seja melhor do que o outro; eles apenas têm funções distintas e bem delimitadas.

Na realidade, a situação ideal é que elas sejam concomitantemente utilizadas a fim de se conferir, à sociedade como um todo, a segurança jurídica que apenas a rigidez estrutural pode oferecer, ao mesmo tempo em que ela se torne capacitada para evoluir nos demais

aspectos sociais, por meio da plasticidade promovida por um sistema econômico dinâmico e despido de amarras. O conceito assemelha-se em muito com a constituição de um corpo humano, no qual um sistema estrutural sólido confere suporte e rigidez (esqueleto) sobre o qual os demais sistemas – econômico, social, político – podem, então, encontrar as condições necessárias para desempenhar suas funções.

O que, por outro lado, deve ser evitado ao máximo, na medida do possível, seria uma indevida intromissão entre sistemas distintos, o que ocasionalmente ocorre em algumas espécies de situação (normalmente relacionadas a interesses eventuais provenientes de grupos ideologicamente alinhados a políticas públicas demasiadamente assistencialistas) em que a intromissão de um sistema rígido (como a administração pública) engessa a flexibilidade inerente a um sistema dinâmico (como o econômico), impedindo o seu pleno desenvolvimento. Por via reversa, também há momentos em que os princípios de adaptação e de flexibilidade inerentes aos sistemas dinâmicos podem ser impostos, pela razão que for, a um sistema rígido – uma situação que, igualmente, poderia facilmente escapar do controle (como poderíamos vislumbrar no caso de haver uma “mercantilização” do sistema normativo ou a politização ideológica das instituições judiciárias, capazes de tolher a imparcialidade).

3. ESTADO: HUMANIDADE, LIBERDADE E LIBERDADE DE CONTRATAR

3.1. o papel econômico do contrato

Preliminarmente, é necessário salientar que conceitos jurídicos tais como o termo “contrato” refletem sempre uma realidade exterior que os transcendem. Trata-se de um instituto que tem por função tutelar uma determinada seara de interesses e relações intersubjetivas e, notadamente no âmbito do direito, regulamentar relações econômico-sociais. Enfim, os contratos exercem uma função instrumental economicamente viabilizadora, sem a qual a circulação de valores seria impraticável – daí a importância de sua conceituação.

Dessa forma, para se conhecer verdadeiramente o papel e importância do instrumento contratual, é necessário verificar a realidade econômico-social que lhe subjaz. Trata-se, em realidade, de uma verdadeira tradução científico-jurídica sobre um conjunto de relações e interesses sociais que guardam íntima relação à ideia de *operação econômica*.

Então, de que forma a cultura, a economia e o contrato estão relacionados?

Corriqueiramente, no cotidiano dos indivíduos que não pertencem à área das ciências jurídicas, a terminologia “contrato” é geralmente empregada como sinônimo de “aquisição” ou

“troca” de bens e serviços – o negócio em si – entendido aqui em sua materialidade, contextualmente desconexa da ideia de formalização legal empregada por aqueles que se utilizam da linguagem técnica do direito. Não que tal ideia esteja equivocada; ela é apenas imprecisa e por demais limitada para fins de operabilidade jurídica.

Surgem, portanto, duas interpretações acerca do instituto: o contrato “conceito jurídico” e o contrato “operação econômica”, cuja análise dependerá do contexto linguístico em que seja empregado o termo. A formalização jurídica em questão não possui um propósito em si mesma; ela se realiza e se concretiza em função da operação econômica que representa (tal como um invólucro, um cártula, uma veste formal). Ou seja, o contrato “conceito jurídico” consubstancia, em verdade, o instrumento técnico do contrato “operação econômica”. Daí resulta que, em função da necessidade de uma conceituação técnica adequada, o contrato, em sentido jurídico, foi concebido pelo raciocínio segundo o qual as relações econômicas podem – e devem – ser reguladas pelo direito por meio de uma categoria científica idônea pertinente, em que se produza o adequado arranjo de regras e princípios que funcionalizem o instituto, a fim de que este atinja seus fins e interesses, seja na seara individual, seja na social.

Diante dessas breves considerações a respeito do instituto, pode-se concluir, então, ser incorreto o emprego da terminologia “contrato” para denominar relações interpessoais que não configurem alguma espécie de relação econômica. Em outras palavras: se há contrato, há relação econômica – por mais rudimentar ou abstrata que seja.

É importante, nesse diapasão, refletir acerca dos casos em que as partes celebram negócios jurídicos motivados por interesses de natureza social, moral ou cultural. Nestas ocasiões, a lógica do senso comum popular é excluí-los da esfera econômica, sob a falsa premissa de que “econômico” é apenas aquilo que está correlacionado à busca de lucro ou proveitos pessoais mensuráveis. Ocorre que, mesmo aqui, há efetivamente uma inegável transferência de riquezas, assim consideradas não apenas a moeda ou outros bens materiais, mas qualquer utilidade desejável pelo espírito humano – ainda que não sejam “coisas” em sentido estrito, mas elementos insusceptíveis de valoração econômica imediata.

Não se pode culpar o leigo por pensar dessa maneira – mesmo porque conceber a economia em termos puramente financeiros é um equívoco comum até mesmo entre os economistas, que frequentemente se esquecem do fato de que a economia também é, em grande medida, um fenômeno cultural. O sociólogo e antropólogo econômico húngaro Karl Polanyi, em sua obra *A Grande Transformação*, publicada em 1944, discorreu sobre economias motivadas não por lucro, mas por *status* social. A exemplo disso, as tribos das Ilhas Trobiand, na Papua-Nova Guiné, conduzem até hoje a sua economia por meio de comportamentos

aparentemente não-econômicos, onde a circulação de bens não é promovida por meio da barganha, mas sim através da doação de presentes: ao demonstrar generosidade, os nativos aumentam seu prestígio social perante seus pares⁷¹. Igualmente, o historiador econômico israelense Avner Offer, na obra *O Livro da Economia*⁷², documentou o papel desempenhado por elementos não quantificáveis na economia, tais como a troca de favores. O referido autor salientou que, mesmo nas sociedades modernas, comportamentos não-econômicos desempenham papéis relevantes: atividades domésticas como cuidar dos filhos, cozinhar e limpar a casa são realizadas mais por sua utilidade do que por lucro. Offer inclusive estimou que no Reino Unido, em finais do século XX, tal tipo de produção econômica tivesse chegado a 30% da renda pública.

Assim, a fim de avaliar-se a existência – ou não – de uma operação econômica, faz-se necessária uma análise da relação negocial de maneira objetiva, perquirindo-se acerca da existência de determinada utilidade (ainda que esta seja imensurável em termos monetários imediatos), independentemente do intuito e do caráter subjetivo que leva alguém a celebrar um contrato juridicamente formalizado que, para ser assim considerado, exigirá imprescindivelmente a circulação objetiva de algum tipo, espécie ou forma de riqueza (mesmo que, *a priori*, não tenha sido esta a intenção do agente).

Nesse sentido, Nelson Nery⁷³, conceitua o contrato como um “acordo de vontade entre duas ou mais partes para constituir, regular e extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial”, acentuando que “ao celebrá-lo, as partes devem fazê-lo com ampla liberdade, sempre respeitando as exigências da ordem pública”. Para o autor, em resumo, trata-se o contrato de um “negócio jurídico bilateral pelo qual as partes obrigam-se mutuamente à circulação de riquezas transferindo-as de um patrimônio para outro”. No ordenamento jurídico brasileiro, tal caráter intimamente patrimonial dos contratos pode ser extraído dos artigos 477, 538, 547, 841, 852, 1.390, todos do Código Civil de 2002, os quais versam respectivamente sobre a exceção do contrato não cumprido, doação, transação, compromisso e usufruto, atos

⁷¹ Mesmo assim, não se pode olvidar o fato de que presentes são, em sua essência, *doações*, que por sua vez não são atos unilaterais de vontade (que, segundo o Código Civil de 2002, estes são a promessa de recompensa – arts. 854 a 860 –, a gestão de negócios – arts. 861 a 875 –, o pagamento indevido – arts. 876 a 883 – e o enriquecimento sem causa – arts. 884 a 886), mas sim um tipo específico de contrato que se encontra topograficamente situado no Título VI (das várias espécies de contrato) do Livro I (do direito das obrigações) da parte especial do referido Diploma.

⁷² GLOBO. Autores diversos. **O Livro da Economia**. Tradução de: Carlos S. M. Rosa. 4ª ed. São Paulo: Globo Livros, 2014. p.167-168.

⁷³ NERY JR., Nelson. **Contratos no código civil – apontamentos gerais. O novo código Civil – estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTR. 2003. p.415.

jurídicos que exigem a verificação da nuance econômica envolvida para se aferir as implicações e soluções pertinentes nos termos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

3.2. o contrato entre os povos da antiguidade

Na medida em que as sociedades e seus sistemas econômicos se desenvolveram, igualmente intensificaram-se as relações humanas ao longo da história. Impossível identificar o exato instante do surgimento do contrato, na medida em que este instituto jurídico guarda íntima relação com o momento histórico no qual está inserido. Nessa senda, Orlando Gomes⁷⁴ diz que “tão velho como a sociedade humana e tão necessário como a própria lei, o contrato se confunde com as origens do direito”.

De fato, confunde-se com a própria história da humanidade socialmente organizada a ideia de submeter a circulação de riquezas a um sistema soberano supraindividual capaz de salvaguardar a observância das relações interpessoais, inclusive com o emprego da força por parte de órgãos instituídos para esse fim, subordinando as negociações entre particulares às leis e costumes estabelecidos por uma coletividade (fenômeno que, atualmente, nos referimos por “judicialização dos contratos”)⁷⁵.

As leis babilônicas são testemunhos históricos da importância do contrato como forma de regulamentação dos acordos encetados entre indivíduos no primórdio da civilização. Consta na 11ª edição da Enciclopédia Britânica⁷⁶, publicada em 1910~1911, que:

o hábito universal da escrita e o perpétuo recurso do contrato escrito modificaram ainda mais os costumes primitivos e os precedentes antigos. Desde que as partes concordassem, em regra o Código deixava-os livres para contratar. A escritura do acordo era redigida no templo por um notário público, e confirmada por um juramento "por Deus e pelo Rei". Era então selado publicamente e presenciado por testemunhas profissionais, bem como por terceiros interessados – tradução nossa.

⁷⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.20.

⁷⁵ apenas a título de observação, é importante ressaltar que existem outras formas de circulação de riquezas, como a sucessão *mortis causa* e a própria atividade de tributação estatal, motivo pelo qual se pode afirmar que não existem contratos sem operações econômicas, sendo o inverso, por outro lado, plenamente possível.

⁷⁶ “The universal habit of writing and perpetual recourse to written contract even more modified primitive custom and ancient precedent. Provided the parties could agree, the Code left them free to contract as a rule. Their deed of agreement was drawn up in the temple by a notary public, and confirmed by an oath "by god and the king." It was publicly sealed and witnessed by professional witnesses, as well as by collaterally interested parties”. Projeto Avalon, Universidade de Yale. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/ancient/hammpre.asp>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

O código de Hamurabi, a propósito, encontra-se preservado até os dias de hoje e exposto no Museu do Louvre, em Paris. Registro histórico igualmente interessante sobre o tema, na Grécia antiga, é o relato de Platão (427 a 348 a.C.), em sua obra *As Leis*⁷⁷, em que se demonstra o controle externo dos contratos sob a autoridade das cortes tribais (Livro XI, parágrafo 23):

Quanto aos contratos, quando alguém deixar de cumpri-los - a menos que sejam contrários às leis ou a qualquer decreto, ou tiverem sido celebrados sob coação ou de maneira injustamente compulsória, ou no caso da pessoa se ver involuntariamente impossibilitada de honrá-los devido a algum acidente imprevisto - em todos os demais casos de descumprimento contratual, poderão ser movidas ações nas cortes tribais, se as partes não forem capazes de entrar num acordo prévio junto a árbitros ou vizinhos.

Contudo, as maiores contribuições históricas, no que se refere ao instituto do contrato enquanto técnica jurídica, advieram da civilização romana, cuja herança permanece até os dias atuais. Esclarece Enzo Roppo⁷⁸, com relação ao momento em que foi delineado o cunho jurídico da palavra “contrato”, que:

Foi só na época *justinianeia*, graças à afirmação de um espírito jurídico mais evoluído, que se chegou a delinear – com o esquema do <contrato inominado> – um instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de operações econômicas, e neste sentido, um instrumento jurídico desprovido de relevo autônomo e não imediatamente identificado com esta ou aquela operação econômica.

De fato, o imperador Justiniano (482 ~ 565 d.C.), em suas *Institutas* – que, aliás, foram largamente inspiradas nas *Institutas* de Gaio (130 ~ 180 d.C.) – especificou pormenorizadamente diversas espécies de contratos nominados existentes na época e ainda consagrados nos mais diversos sistemas legais da atualidade. O mútuo (*mutuum*), a fidúcia (*fiducia*), o comodato (*commodatum*), o depósito (*depositum*) e o penhor (*pignus*) são todos institutos transmitidos ao longo de milênios nas culturas ocidentais. Mesmo com os registros ora citados, não é muito claro o momento histórico em que a referida regulamentação ganhou tais contornos, mas, em termos antropológicos, estima-se que já existiam tempos antes de

⁷⁷ PLATÃO. *As Leis*. Disponível em:

<<https://onedrive.live.com/?authkey=!AAhlH4RVzhKSECM&id=4EDE51A3D5B3B69!338&cid=04EDE51A3D5B3B69>>. Acesso em: 02 jun. 2017

⁷⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de: Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p.17.

haverem sido “positivados” nas *Institutas*. Coulanges ⁷⁹ discorreu sobre uma menção ao referido instituto, na antiga Lei das Doze Tábuas (Livro II, cap. VI, referência n. 38):

No artigo da lei das Doze Tábuas, que trata do devedor insolvente, lemos *Si volet suo vivito*: pois o devedor, quase escravizado, conserva ainda algo de próprio; sua propriedade, quando a tem, não lhe é confiscada. Os contratos conhecidos em direito romano sob os nomes de mancipação com fidúcia, e de *pignus* eram, antes da ação serviana, meios indiretos de assegurar ao credor o pagamento da dívida.

A propósito, não é por acaso que o direito contratual alçou a sua excelência em mãos romanas, ainda que existissem outros povos igualmente (ou até mais) sofisticados na antiguidade. A razão que possibilitou a expansão militar do império romano foi a mesma que promoveu o elevado grau de desenvolvimento alcançado no direito privado, e que também permitiu a sobrevivência de sua cultura nos séculos seguintes: a relação amigável com os povos dominados. Diferentemente dos gregos, dos egípcios e dos povos de origem semita, os romanos não destruíam as culturas conquistadas; ao contrário, eles absorviam destes aquilo que julgavam útil e conveniente.

Assim, da mesma forma que o legionário tornou-se o soldado mais eficiente de sua época, empunhando a lança (*pilum*) copiada das tribos samnitas, o gládio (*gladius*) absorvido dos povos ibéricos e a hasta gaulesa, que foi utilizada contra as falanges greco-macedônicas, os romanos igualmente assimilaram os costumes e institutos tribais que entendiam úteis para si, criando um amálgama de institutos sociais que, após incorporados à própria cultura, deram origem ao sistema *mos maiorum* – de cujas bases se originaram os sistemas legais consuetudinários atuais – conferindo-se a possibilidade aos povos conquistados de manterem suas leis, costumes, instituições e formas de julgamento. Igualmente, a necessidade de imposição de uma padronização legislativa a um império tão vasto deu origem às codificações escritas, de forma que as diretrizes emanadas de Roma pudessem alcançar, *ipsis litteris*, os recantos mais distantes do império, um sistema cogente literal que veio a dar origem ao atual *Civil Law*.

Pode-se observar, então, que os romanos não viam seus conquistados como seres inferiores ou meros escravos em potencial (ao menos em um segundo momento). A guerra, embora necessária para a conquista inicial de um povo e seu território, tornava-se apenas o último recurso de manutenção da *pax romana*, dando lugar, sempre que possível, à diplomacia dos *acordos*, uma forma de controle social muito mais eficiente que a imposição militar

⁷⁹ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p.292.

forçada. A filósofa política Hannah Arendt, na compilação póstuma de seus escritos *O que é política?*⁸⁰, vislumbra o espírito romano na comparação entre a *Iliada* grega e a *Eneida* de Virgílio:

Assim como é evidente que Heitor não põe a fama acima de tudo mesmo na representação homérica, mas sim que "tomba um defensor lutando por seus altares domésticos", a Enéias não pode ser arrancado o pensamento na alta fama e grandes feitos de Dido, porque "não lhe parece que o próprio louvor valha o esforço e flagelos"; mas apenas a lembrança no filho e descendentes, a preocupação com a continuidade da geração e sua fama que para os romanos continha a garantia da imortalidade terrena.

Assim, se o *acordo* era o principal veículo de troca de interesses com os povos de suas províncias, não é de se espantar que a cultura romana tenha sedimentado suas raízes tão profundamente ao ponto de todas as civilizações ocidentais adotarem o alfabeto latino como base (e não o grego ou o egípcio, por assim dizer). Tais fatos podem ser constatados por suas lendas, e muita informação pode ser obtida a partir da visão que cada povo tinha de si mesmo.

Enquanto a *Iliada* de Homero narra a destruição total e completa do povo troiano pelos gregos, que julgavam-se filhos dos aqueus (os espartanos, inclusive, viam-se como descendentes diretos de Hércules), os romanos narravam suas origens na condição de descendentes diretos dos troianos, aqueles poucos que sobreviveram à guerra e fundaram suas origens em terras distantes: “Os romanos eram o povo gêmeo dos gregos porque deduziam sua origem enquanto povo do mesmo acontecimento, a Guerra de Tróia (...); achavam-se descendentes dos troianos, assim como os gregos julgavam-se descendentes dos aqueus”⁸¹. Em função de sua situação, inclusive, demonstra a lenda que os sobreviventes tinham como principal recurso (muitas vezes, o único) a negociação com os povos que já habitavam as novas terras e de cuja hospitalidade dependiam. Arendt, discorrendo ainda sobre a aversão da ideia de destruição total entre os romanos, diz que “somente a partir dessa perspectiva determinada como romana, (...) talvez possamos compreender o que é em si, de verdade, a guerra de extermínio e por que não deve ter nenhum lugar na política, independente de todas as considerações morais”⁸².

⁸⁰ ARENDT, Hannah. **Was ist Politik?** Munique: Piper GmbH & Co., 1993. **O que é política?** Tradução de: Reinaldo Guarany. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p.42.

⁸¹ ARENDT, Hannah. **Was ist Politik?** Munique: Piper GmbH & Co., 1993. **O que é política?** Tradução de: Reinaldo Guarany. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p.42.

⁸² ARENDT, Hannah. **Was ist Politik?** Munique: Piper GmbH & Co., 1993. **O que é política?** Tradução de: Reinaldo Guarany. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p.42.

De toda sorte, é fato indiscutível que o contrato, enquanto instrumento de negociação, evoluiu em consonância ao desenvolvimento da civilização, conferindo, por meio de regulamentação jurídica, segurança às operações econômicas. Antes mesmo de ganhar seu significado legal, o contrato já era um fenômeno cultural sinônimo de estabilidade, de liberdade e, em termos atuais, de capitalismo. Enfim, trata-se de uma peça-chave que possibilitou o avanço socioeconômico, a multiplicação e a complexidade das operações financeiras em virtude da expansão das atividades de troca, produção e distribuição de bens e serviços.

3.3. o contrato no Estado liberal

O direito contratual, nos moldes que hoje o concebemos, surgiu apenas no século XVIII, mas a sistematização moderna que conhecemos apenas foi desenvolvida no século XIX, quando a Revolução Francesa deu origem ao Estado liberal, que promoveu a filosofia das liberdades individuais e consagrou a autonomia da vontade como elemento principal nas relações contratuais, com a presunção de igualdade às partes que contraíssem obrigações entre si.

A Revolução Francesa provocou o fim do Estado absolutista e o homem deixou de servir exclusivamente às vontades do rei. O Estado, outrora uma mera extensão da vontade real, tornou-se liberal no sentido moderno, sob a direção da ascendente burguesia empreendedora. As prerrogativas desse novo Estado sofreram reduções, defendendo-se a diminuição da intervenção estatal em favor de uma maior autonomia às relações privadas.

Nesse período, o individualismo começou a florescer no pensamento do povo, pois o contrato era considerado justo por sua própria natureza: todos, independentemente da riqueza ou classe social, eram livres para dispor livremente sobre as partes, conteúdo negocial, obrigações e direitos que, derradeiramente, implicariam na livre circulação de riquezas na sociedade. Em suma, todos seriam iguais perante a lei e poderiam estabelecer relações contratuais de forma livre, aberta e – teoricamente – justa.

Embora a liberdade seja o princípio essencial e sustentáculo basilar de todas as relações jurídico-econômicas modernas, ela carrega em si, por outro lado, um aspecto perverso: a perpetuação da dominação de um contratante sobre o outro, inclusive sob a proteção coercitiva do Estado. Explica-se: paulatinamente, os valores fundamentais da liberdade (aqui inclusa a *liberdade de contratar*), a igualdade e a fraternidade, ideais que compunham originariamente os ideais da Revolução Francesa, foram mitigados na prática econômica dos Estados modernos, ensejando e perpetuando grandes desigualdades sociais e gerando abusos de

toda sorte pelos detentores de capital que, graças à sua força econômica, acabavam por determinar, unilateralmente, todo o conteúdo contratual. Tratava-se de um raciocínio simples de dominação: o contratante mais fraco, em premente necessidade, não poderia fugir aos termos e disposições de um contrato já firmado, garantindo-se, assim, a sua obediência irrestrita dentro dos termos de um acordo que, logo de início, nascera com contornos indevidamente assimétricos; v.g. o proletariado frente ao detentor dos meios de produção. O contrato, inicialmente concebido para ser um instrumento de garantia à justa troca de bens, serviços, utilidades e valores entre indivíduos igualmente livres, passou a ser indevidamente utilizado como mecanismo de domínio.

Neste contexto, em decorrência do advento de avançadas formas de produção industrial e a geração de bens em larga escala, começam a surgir os primeiros esboços dos “contratos-padrão” : instrumentos de adesão típicos das sociedades de massa em que, de um lado, detentores do poder econômico e meios de produção estabeleciam de antemão os termos contratuais conforme seus próprios desígnios e, de outro, consumidores que, sujeitando-se a condições negociais unilateralmente impostas, viam a sua liberdade negocial inexoravelmente tolhida por meio de cláusulas frequentemente estabelecidas contra a sua vontade. Ao final, a suposta autonomia que deveria permear todas as relações negociais desde o momento da formação contratual passou a tornar-se uma doce ilusão, um mero simulacro que garantia a dominância da vontade de uma pessoa sobre a outra.

Dessa forma, os desequilíbrios contratuais surgidos em todas as áreas passíveis de regulação jurídica (trabalhista, cível, consumidor) acabaram por demonstrar que a liberdade individual *per si* não era suficientemente capaz de garantir justiça contratual, de modo que mudanças, em uma tendência claramente “rousseauniana”, começaram a ocorrer, em especial com o surgimento do chamado Estado Social, Estado-Providência ou Estado de Bem-Estar Social, (*Welfare State*) e cujos objetivos incluíam, entre outras medidas, a garantia do bem-estar coletivo das massas (valendo destacar que Jean Jacques Rousseau, no Livro II de sua obra *Do Contrato Social*, defendeu a tese segundo a qual o soberano, por meio do Estado, deve promover e garantir o bem-estar comum segundo a vontade do povo). Neste diapasão, o contrato começou a ser regulamentado pelo Estado, que, então, passou a determinar compulsoriamente a observância de uma série de condutas que garantiriam, ao menos em boa medida, o equilíbrio econômico-contratual outrora perdido.

Como decorrência lógica desse contexto histórico, ocorreu uma significativa redução da liberdade de contratar. Segundo Arnoldo Wald ⁸³, “no passado, o contrato permitia às partes evitar todos os riscos futuros, garantindo-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas e a sobrevivência da convenção diante de fatos imprevistos, mesmo quando alteravam substancialmente a equação contratual”. O contrato, portanto, deixou de ser imutável e ganhou significativa flexibilidade, de maneira a reduzir as vantagens desproporcionais de um contratante sobre o outro, a fim de promover o bem-estar social em função do princípio da supremacia da ordem pública e proibindo-se estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes. Sobre o tema, Cathérine Ghibierge-Guelfucci, citada por Wald ⁸⁴, comenta:

O contrato, no passado, era um espécie de bolha, ou uma ilha, sendo independente, alheio aos acontecimentos e prevalecendo sobre eventuais modificações fáticas e legislativas. Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, num vínculo ou até numa entidade.

Isso significa, em linhas gerais, que o atual Estado democrático de direito tem por foco a promoção de uma liberdade desprovida de abusos, utilizando-se para tanto a criação de incentivos financeiros, estímulos sociais, regulamentações e fiscalização da economia. Embora tais meios não sejam, na maioria das vezes, o expediente mais adequado para se alcançar tais objetivos, não se pode negar que o Estado não pode permanecer inerte na medida em que dissonâncias no sistema começar a despontar (afinal, uma das razões primordiais de sua existência, em que pese estar imbuída de um caráter de acessoriedade, é *resolver problemas*)

Assim, sob essa perspectiva, o contrato deixa então de ser tão somente um meio de satisfação dos interesses puramente individuais e passa então a representar uma ferramenta apta a promover o convívio social sob o viés da dignidade humana, adequando-se o sistema aos fundamentos constitucionalmente insculpidos na Constituição de 1988 e instaurando-se a ideia de que o Estado deve intervir, ainda que moderadamente, nas relações contratuais entre particulares – um fenômeno que, *a posteriori*, veio a ser alçado, na própria Carta Magna, à categoria de direito fundamental: o princípio da *função social do contrato*.

⁸³ WALD, Arnoldo. **A evolução da Responsabilidade Civil e dos Contratos no Direito Francês e no Brasileiro**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2004. v.7, n.26. p.110.

⁸⁴ WALD, Arnoldo. **A evolução da Responsabilidade Civil e dos Contratos no Direito Francês e no Brasileiro**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2004. v.7, n.26. p.110-111.

3.4. princípios fundamentais do contrato

Como foi visto, no século XIX surgiu um novo panorama político, social e econômico, com a consolidação do Estado Liberal fundado em uma ideologia individualista. Neste período clássico dos contratos, três eram seus princípios fundamentais norteadores: o princípio da liberdade das partes (ou *autonomia da vontade*), o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) e o princípio da relatividade de seus efeitos (*res inter alios acta nec aliis nocet nec prodest* – o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros).

No Brasil, com o surgimento de novas diretrizes orientadoras consagradas, no Código Civil de 2002, segundo os princípios da Socialidade, Operabilidade e Eticidade, os preceitos clássicos foram gradativamente alterados e reformulados, com a introdução de outros complementares aos já existentes. Essas modificações objetivavam a promoção de uma justiça social juridicamente qualificada por meio do equilíbrio, da proporcionalidade e da vedação de abusos.

Com efeito, passou o contrato a obedecer novos fundamentos: o da autonomia privada (com nova dimensão), o da justiça contratual, o da função social e o da boa-fé objetiva. Como finalidade, o novo quadro principiológico buscou promover e harmonizar a liberdade, a justiça social e a ordem jurídica vigente, sem tolher a autonomia privada, que continua sendo o fator essencial supremo para a formação, validade e vigência de todo e qualquer contrato. Por uma questão de objetividade, apenas os princípios diretamente relacionados ao fenômeno da evolução contratual foram abordados neste estudo – os que foram suavizados ante as implicações decorrentes do abuso de liberdade na civilização contemporânea – além daqueles que, com a finalidade de preservar direitos individuais, legitimam a excepcionalidade da intervenção estatal em âmbito contratual.

3.5. da força obrigatória do contrato *versus* função social

Em seu conceito clássico, o princípio da força obrigatória do contrato baseia-se na máxima de que *o contrato cria lei entre as partes*. Assim, uma vez celebrado, com a devida observância de todos os pressupostos e requisitos elencados pela legislação civil, o contrato deve ser adimplido pelas partes como se seus preceitos fossem oriundos de um comando imperativo de lei, passível pois, ocorrendo descumprimento, de execução forçada ou de sua conversão em perdas e danos – o que também pode ocorrer no distrato – salvo escusa por caso fortuito e força maior.

Conceitualmente, é didática a lição de Paulo Lôbo ⁸⁵ sobre o tema:

Radica no princípio da força obrigatória os dois principais efeitos pretendidos pelos contratantes: a estabilidade e a previsibilidade. A estabilidade é assegurada, na medida em que o que foi pactuado será cumprido, sem depender do arbítrio de qualquer parte do contrato ou das mudanças externas, inclusive legislativas. A previsibilidade decorre do fato de o contrato projetar-se para o futuro – futuro antecipado –, devendo suas cláusulas e condições regular as condutas dos contratantes, na presunção de que permaneceriam previsíveis.

Igualmente dignos de nota são os comentários de Caio Mário ⁸⁶ :

O princípio da força obrigatória do contrato contém insita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.

Trata-se, assim, de uma obrigatoriedade de ordem social, pois aquele que se obriga livremente gera, igualmente, uma expectativa no meio social merecedora de proteção pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, com o desenvolvimento histórico dos institutos jurídicos civis, a força obrigatória do contrato foi relativizada, existindo atualmente a possibilidade de intervenção judiciária nas relações contratuais a fim de se corrigir, sob circunstâncias extraordinárias, o desequilíbrio prestacional decorrente do abuso da liberdade e do poder econômico. No direito moderno, consagrou-se o entendimento de que o Estado deve interceder na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública para beneficiar a coletividade, seja pela alteração judicial no equilíbrio do contrato – modificando-o ou apenas liberando a parte lesada – com a finalidade de evitar-se que, por meio da avença, direitos individuais sejam violados.

A suavização do princípio em epígrafe não significa o seu desaparecimento. O que não se admite mais é a invocação do brocardo *pacta sunt servanda*, quando os contratantes encontram-se em patamares manifestamente distintos de direitos e obrigações, e tal disparidade provocar um injustificado proveito de um sobre a dificuldade do outro. Assim, abre-se um campo de atuação/intervenção do Estado para equilibrar o negócio jurídico assimétrico, sempre

⁸⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.63.

⁸⁶ PEREIRA, Caio M. **Instituições de Direito Civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.3. p.13-14.

em observância ao princípio da conservação dos contratos, quando o equilíbrio puder ser restabelecido apenas com a modificação ou anulação de determinadas cláusulas.

Nessa senda, leciona Nelson Nery Jr.⁸⁷, que “o princípio da conservação dos contratos, ante a nova realidade legal, deve ser interpretado no sentido da sua manutenção e continuidade de execução, observadas as regras da equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato”.

Aliás, o Enunciado nº. 22, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, sob a coordenação científica de Ruy Rosado de Aguiar, assegura que “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

3.6. compatibilidade entre a função social e o liberalismo econômico

Com tamanha ingerência estatal trazida pelo princípio da função social sobre o contrato, pode-se questionar se este não restou descaracterizado, enfraquecido ou ultrapassado frente aos princípios sobre os quais os Estados liberais se erigiram. Afinal, não é necessário ser jurista para perceber que, ao se conferir maior poder ao Estado sobre o particular, proporcionalmente os direitos individuais deste são reduzidos na mesma proporção. Tal questão foi frequentemente abordada em todo o mundo, uma matéria que tomou forma, mormente no Direito Civil Comparado, sob o brocardo “crise dos contratos”. O professor Grant Gilmore, catedrático da Universidade de Yale, publicou uma obra em 1974, intitulada *The Death of Contract*⁸⁸, em que explicava o fenômeno da padronização contratual segundo a lógica exagerada de um sistema assimétrico entre partes contratantes em uma economia de massas.

Contudo, sob qualquer viés do qual se possa observar, tal análise é equivocada. Primeiramente porque, independentemente da posição que se possa defender – mais ou menos Estado, maior ou menor autonomia de vontade – o contrato, qualquer que seja a sua forma, existirá onde quer que haja circulação de bens, serviços ou utilidades de qualquer sorte (ainda que na forma mais rudimentar). Considerá-lo “abolido” é dizer, indiretamente, que não há

⁸⁷ NERY JR., Nelson. **Contratos no código civil – apontamentos gerais. O novo código Civil – estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTR. 2003. p. 424.

⁸⁸ Conforme assinalado por Flávio Tartuce, em sua coleção *Direito Civil*. Na mesma página, o referido autor também cita Savatier, segundo quem “o contrato tende a desaparecer, surgindo outro instituto em seu lugar”. TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2012. v. 3. p. 06.

circulação econômica, um raciocínio por demais absurdo se considerarmos o estágio evolutivo em que as sociedades modernas se encontram. Afirmar uma suposta crise de existência de um instituto tão antigo quanto nossas próprias origens é assumir, em outras palavras, que podemos regredir socialmente ao período neolítico.

Mesmo nas civilizações mais antigas (como já abordamos anteriormente) assim como em economias tribais, há contrato. Até mesmo os países que tentaram extinguir as relações particulares de produção por meio da total centralização de uma economia planificada jamais conseguiram aboli-lo, mesmo porque, por mais que tenha se tentado, tais Estados nunca foram inteiramente capazes de suprir todas as necessidades de suas populações – as negociações entre particulares se operaram clandestinamente, na forma de um forte mercado negro que supria aquilo que o Estado não fornecia. Isso explica em grande medida a razão pela qual as máfias desses países se tornaram tão poderosas e floresceram em terrenos aparentemente inóspitos sob o ponto de vista liberal-econômico (tanto a máfia russa quanto outras advindas do leste europeu, assim como as tríades chinesas, foram e ainda são extremamente poderosas graças ao capital acumulado pela “livre” compra e venda de bens de consumo ao longo de todo o século XX). Robert L. Schuetinger e Eammon F. Butler ⁸⁹, em sua obra *Forty Centuries of Wage and Price Controls*, explicaram didaticamente o fenômeno:

Considerando que o sucesso de uma economia ocidental seria naturalmente julgado pela sua capacidade de satisfazer os desejos de seus consumidores, na União Soviética, como em qualquer economia central planificada, esse parâmetro seria insuficiente, uma vez que o objetivo do planejamento central não é satisfazer os desejos do consumidor. Suas metas só podem ser mensuradas nos termos de seus próprios parâmetros prescritos (ou seja, segundo os objetivos visados pelos planejadores) – *tradução nossa*.

Isso também explica a razão pela qual a União Soviética de Stalin, assim como a República Popular da China de Mao Tse Tung ou a Camboja de Pol Pot, em total desprezo pela vida humana, matou de fome milhares de seus cidadãos (se é que estes poderiam ser assim

⁸⁹ “Whereas the success of a Western economy would naturally be judged on its ability to satisfy consumer wants, in the Soviet Union, as in any centrally planned economy, low marks would be gained by this test since the purpose of central planning is not to satisfy Consumer desires. It can only fulfill itself in terms of its own prescribed parameters (that is, the goals of the planners)”. Capítulo 10, parágrafo 2º. Livro eletrônico. SCHUETINGER, Robert L.; BUTLER, Eammon F. **Forty Centuries of Wage and Price Controls: How Not To Fight Inflation**. Nova Iorque: Caroline House Inc., 1979. Disponível em: <<https://mises.org/library/forty-centuries-wage-and-price-controls-how-not-fight-inflation>> . Acesso em: 23 fev. 2017.

considerados, já que não dispunham de qualquer direito que fosse ⁹⁰), dando causa aos maiores genocídios já registrados na história, por meio da desapropriação e do confisco da propriedade e meios de produção, eis que seus sistemas políticos simplesmente desconsideravam completamente a vontade individual. Para todos os fins, existia apenas e tão somente a vontade do Estado. Enfim, esse foi o resultado da tentativa de se abolir o contrato e as negociações entre particulares que o referido instituto instrumentaliza.

Seja como for, o fato desse antigo instrumento negocial ter sobrevivido desde os primórdios da história não registrada, não significa dizer que o contrato não tenha sofrido alterações ao longo dos tempos. A realidade vivida pelos povos ditam as suas necessidades, e estas acabam por delinear as diretrizes jurídicas que o contrato deve obedecer. Em tempos de opressão Estatal (tal como na época de transição do Estado monárquico francês pré-revolucionário), movimentos populares que clamam por autonomia/independência ganham força e acabam por promover o conceito de liberdade ao patamar de “princípio máximo”, um fato que evidentemente passa a influenciar todo o sistema jurídico vigente a partir de então. A liberdade de contratar necessariamente demanda uma condição de igualdade formal entre as partes (ambas devem ter iguais direitos, e ambas devem sujeitar-se ao controle estatal em caso de descumprimento). *A liberdade negocial requer igualdade.*

Por outro lado, em tempos de abuso de um direito, seja pelo motivo que for (em termos negociais, quase sempre referentes à assimetria material entre as partes envolvidas), os clamores populares invocam maior intervenção do Estado nas relações entre particulares – daí o surgimento da segunda dimensão de direitos fundamentais, em que o Estado adota um comportamento ativo para coibir, ou para ao menos atenuar, os desequilíbrios do sistema – , clamores estes que geralmente são atendidos por meio de políticas públicas que envolvem alterações legislativas e, com frequência, ingerências no livre mercado (a exemplo da enorme regulamentação do contrato trabalhista, que se tornou um sistema autônomo e independente a partir do direito contratual civil que lhe originou, ou do microsistema consumerista, igualmente dotado de princípios próprios que lhe diferenciam).

Em um primeiro momento, talvez se possa imaginar que princípios como o da função social do contrato, o da justiça contratual ou a boa-fé objetiva possam descaracterizar a autonomia da vontade – o que, em alguma medida, não deixa de ser verdade – mas isso ocorre

⁹⁰ Muito semelhante ao conceito de Homo Sacer tecido por Giorgio Agamben, em sua obra *Homo Sacer: O Poder Soberano e Vida Nua*. Trata-se, em suma, do homem despido de todo e qualquer direito, algo próximo de um “nada” social. AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer - O poder soberano e a vida nua I**. Tradução de: Henrique Burigo. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2014. (Humanitas). p.197.

por um bom motivo: a retomada, ainda que forçada, dos patamares de igualdade entre indivíduos contratantes acaba por reconduzir o sistema econômico de livre mercado ao seu funcionamento adequado e reinstaurando um *habitat* negocial harmônico, uma condição de equilíbrio sem a qual a verdadeira liberdade de contratar jamais poderia ser alcançada. Afinal, a autonomia da vontade que caracteriza a liberdade negocial deve ser realmente *autônoma*, despida de elementos externos que possam forçar uma declaração de vontade que não corresponda ao real desejo do indivíduo.

Ora, se o próprio sistema econômico do Estado liberal baseado no capitalismo de livre mercado depende do bom funcionamento de suas instituições jurídicas, ele deve, então, primar pela manutenção do sistema sempre que, por questões socioeconômicas, a liberdade de uns seja tolhida pela força de outros. Negar isso significaria, em termos práticos, afastar a segurança jurídica e a estabilidade econômica tão necessárias ao bom funcionamento do sistema, condenando-o à anarquia da lei do mais forte, e destituir o Estado de seu propósito primordial: garantir a manutenção do Contrato Social.

3.7. o direito contratual como microssistema autônomo

Conforme já mencionado, três são os princípios clássicos no que se refere aos contratos: o princípio da liberdade das partes (ou *autonomia da vontade*), o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) e o princípio da relatividade de seus efeitos (*res inter alios acta nec aliis nocet nec prodest*). Da combinação desses três preceitos fundamentais, surge uma estrutura tridimensional normativa, um microssistema jurídico dinâmico, autônomo, autorreferenciado, interativo e autopoietico – nos moldes preconizados por Niklas Luhmann, em sua obra *Teoria dos Sistemas* –, em cujos vértices se encontram os referidos princípios.

Estes se conjugam de tal forma que acabam por originar uma estrutura peculiar própria, através do qual o fenômeno negocial ganha vida no campo econômico. Ele é jurídico, pois encontra seu fundamento e validade na Norma Suprema do Estado brasileiro, e por meio da lei civil ele se opera; é autônomo, pois trata-se de um conjunto de regramentos específicos e interligados que funcionam de forma independente ao ambiente jurídico que o cerca; é dinâmico, pois encontra-se em transformação contínua, segundo as demandas sociais existentes em um dado momento; é autorreferenciado, pois sistematiza-se a partir de princípios próprios; é interativo, pois mesmo em sua autonomia, troca influências com o meio que o cerca; e é autopoietico, pois ele se reproduz a partir de si mesmo: contratos geram outros contratos (e.g. contrato principal e contrato acessório) regulando direitos que por sua vez podem ser

transmitidos por meio de outros contratos a terceiros (e.g. transmissão de crédito, assunção de dívida).

Trata-se de um microssistema que, guardadas as devidas peculiaridades referentes ao momento histórico, *pode ser reproduzido em qualquer tempo ou cultura, onde quer que exista a circulação econômica de bens ou utilidades*. Isso explica, em grande medida, a razão pela qual o instituto tem sobrevivido sem muitas alterações ao longo dos milênios, e em todas as culturas, das tribais às civilizações do extremo-orient. Nem mesmo a língua é empecilho, na medida em que povos absolutamente distintos praticaram o comércio sem maiores problemas (tal como Marco Polo com os chineses, ou os povos nórdicos – vikings – e as tribos indígenas norte-americanas ⁹¹) Assim, seja na Roma antiga ou no mundo moderno, nos povos beduínos ou no Japão, o contrato faz lei entre as partes, o objeto não pode atingir o direito de terceiros e as partes devem ter autonomia para negociar segundo a sua vontade. Em caso de descumprimento, as partes recorrem a um poder estabelecido – seja uma corte tribal, um árbitro ou um serventário da justiça – para decidir a lide, cuja decisão obrigará os indivíduos envolvidos. Conclui-se, portanto, tratar-se de um modelo fundamental tão antigo quanto a própria humanidade: *a sua existência não é apenas jurídica ou econômica; ela também é cultural*.

Somando-se aos princípios acima elencados outras disposições cuja realidade jurídico-social determina (equilíbrio/justiça contratual, boa-fé objetiva e a função social do contrato), temos que o sistema absorve demandas externas – como o clamor popular por mais ou menos Estado, como já salientamos – e se adapta para atender as necessidades sociais: daí ser ele dinâmico e autônomo, mas, ao mesmo tempo, interativo com o ambiente que o cerca.

3.8. capitalismo: empreendedorismo vs. estatismo

Ao iniciarmos este subcapítulo, ainda que mantenhamos a abordagem científica e a forma dissertativa inerente ao trabalho científico, pretendemos promover um diálogo *consciente* com o leitor que tem, pacientemente, nos acompanhado até este momento. Dizemos isso porque o tema tem gerado as mais acaloradas discussões onde quer que o assunto tenha sido abordado, e, ao afirmarmos isso, não nos referimos apenas aos círculos acadêmicos. Promover uma discussão séria, em que ambos os lados submetem-se à autoridade

⁹¹ O islandês Leif Ericson é tido como o primeiro europeu a pisar no continente Americano, muito antes de Cristóvão Colombo. Estima-se que esteve na região onde viria a se tornar o Canadá, por volta do ano 1.000 da era cristã. Há uma estátua em sua homenagem na marina de Shilshole Bay em Seattle, EUA.

da argumentação lógica e concordam, mutuamente, em obedecer a um conjunto mínimo de regras necessárias a fim de ser empreender uma discussão saudável, tem se demonstrado, infelizmente, uma tarefa difícil de realizar. Parte disso deve-se ao motivo de o tema ter *sempre* sido abordado da forma mais leviana possível em discursos políticos, independentemente da posição defendida (fenômeno que apenas piora durante períodos pré-eleitorais). Como em geral a questão é tratada de forma amadora, sem subsídios probantes que respaldem uma ou outra posição, o debate tem sido relegado à ceara da discussão puramente emocional (à semelhança das “brigas de bar” sobre futebol) onde o “argumento” basilar é a *doxa*⁹² pessoal desprovida de fundamento.

Dito isso, iniciamos aqui a exposição dos motivos que sustentam nossos argumentos. Adotamos, para esse fim, um discurso misto (dissertativo-científico, mas com toques de informalidade, à semelhança de um “diálogo” – embora não o seja, por força da obrigatoriedade da exposição dissertativa em trabalhos científicos), na medida em que alguns recursos linguísticos somente têm o condão de alcançar o efeito desejado se expressos dessa maneira, o que não seria possível caso utilizássemos unicamente o discurso formal-acadêmico clássico. Evidentemente, a adoção desse informalismo não prejudicará o respeito aos demais quesitos necessários à comprovação de um argumento, tais como a subordinação do raciocínio à metodologia lógico-dedutiva (mais utilizada na seara filosófica) ou indutiva (empregada nas ciências experimentais). Assim, com a devida vênia de nosso leitor, vamos iniciar nossa exposição sobre o fenômeno do capitalismo.

Preliminarmente, deve-se ter em mente que, aquele que nos acompanha neste exato momento, lendo as nossas palavras, *adora* o capitalismo. Sim, é verdade. Talvez não o declare expressamente, pois há o risco de ser considerado “elitista” ou “egoísta” (dentre tantas outras simpáticas denominações possíveis), mas o fato é que tudo aquilo que compõe o seu, o meu, o *nosso* estilo de vida, deriva do sistema econômico capitalista de livre mercado (embora não tenhamos, infelizmente, um mercado tão “livre” quanto desejaríamos – uma questão cuja abordagem certamente traria um debate enriquecedor ao ponto, mas trata-se de matéria demasiadamente alheia ao escopo deste estudo).

⁹² Segundo o conceito, *doxa* é um “sistema ou conjunto de juízos que uma sociedade elabora em um determinado momento histórico supondo tratar-se de uma verdade óbvia ou evidência natural, mas que para a filosofia não passa de crença ingênua, a ser superada para a obtenção do verdadeiro conhecimento”. Sua etimologia deriva da palavra grega δόξα, ou *dóksa*, que significa “opinião, juízo”. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=doxa&rlz=1C5CHFA_enBR766BR766&oq=doxa&aqs=chrome..69i57j0l5.1295j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 04 set. 2018.

Poderíamos partir da premissa de que todos os elementos que lhe cercam neste exato momento, do papel impresso à tela do computador, da roupa que veste à comida em sua geladeira, são comodidades oferecidas pelo sistema capitalista. Mas isso o leitor já sabe. Então, vamos modernizar um pouco o nosso discurso.

Você possui um iPhone? Um Samsung ou LG, talvez? Usa o sistema operacional iOS ou Android? Está lendo este texto em papel impresso ou através da tela de um iMac? De um PC talvez, ou até mesmo pela tela do seu celular? Foi ao serviço de carro hoje, utilizando o Waze? Ou simplesmente chamou um Uber? Você assina um pacote de filmes e de internet via cabo, como aqueles disponíveis em promoções da NET, da Sky ou da Vivo? Quem sabe até já esteja utilizando fibra ótica neste momento! Gosta de assistir Netflix? Escuta músicas no Spotify ou pelo iTunes? Usa um Kindle ou iPad para ler seus livros e guardar suas coleções? Assistiu a algum vídeo no Youtube recentemente? Abriu a página da UOL para ler as notícias do dia? Buscou alguma dúvida no Google? Comprou recentemente algo *online*, talvez pelo Ebay, MercadoLivre, Amazon.com, Lojas Americanas ou Submarino? (agora também está “na moda” adquirir produtos pelos sites chineses como o Wish ou o Alibaba, que nem mesmo cobram pelo frete de envio, dependendo do preço do produto adquirido). Procurou os melhores preços no Buscapé? Vai viajar? Comprou a sua passagem aérea *online* usando apenas o seu celular, via Skyscanner, eDestinos ou Decolar.com? Se comprou, então decidiu dormir em um hotel (da rede AccorHotels, talvez?) ou deu uma olhada no Airbnb e achou um negócio melhor, por um preço inferior? Acessou hoje as suas contas bancárias pelo seu smartphone? Você tem um perfil no Facebook, no Twitter ou no Instagram? A propósito, já usou seu WhatsApp hoje?

Creio que, a essa altura, o leitor já entendeu onde queremos chegar. Todos nós utilizamos muitas, senão todas, as tecnologias listadas acima. Nos dias atuais, muito mais do que apenas representar uma alternativa eletrônica a uns poucos serviços físicos que também oferecem uma solução virtual (algo que, aliás, já era uma realidade quinze anos atrás, aproximadamente), todas essas facilidades já se tornaram *necessidades*, sem as quais sequer podemos trabalhar ou nos locomover eficientemente.

Tais tecnologias moldaram completamente o nosso estilo de vida, e todas (todas! sem exceção) surgiram a partir de ideias inovadoras que alguns corajosos empreendedores vislumbraram, ao perceberem nossas necessidades (algumas das quais sequer imaginávamos ter) e mobilizarem, por sua própria conta e risco, seus recursos pessoais a fim de concretizarem suas visões. E, pela imensa utilidade que seus produtos e serviços prestaram à comunidade, seus criadores merecidamente tornaram-se milionários em contrapartida – fato

que representa, na linguagem capitalista de livre mercado, o “agradecimento” pelos bons serviços oferecidos a um número indeterminado de consumidores que, graças à iniciativa e empreendedorismo daqueles, tiveram suas vidas facilitadas de alguma forma.

Note-se que o reconhecimento pela qualidade do produto oferecido provém da sociedade (perceptível por expressões como “comprei o produto porque ele é bom” e “ele facilita a minha vida”, ou, em sentido contrário, “não gostei muito”, “não é eficiente” e “não cumpre o que promete”), mas é por meio de seus reflexos econômicos que esse reconhecimento derradeiramente se expressa no mundo material. Assim, a quantia total percebida (a somatória dos preços recebidos) por um bem ou um serviço ofertado no mercado nada mais é do que a opinião popular “traduzida” em linguagem econômica (ou seja: *dinheiro*).

Em outras palavras: *o acúmulo de capital é a medida de sua contribuição para a sociedade*. Daí a razão pelo qual não se deve criticar, ao menos por esse único motivo em particular, a riqueza daqueles que, por seus próprios meios, obtiveram sucesso financeiro em um mercado altamente competitivo. Essa lógica muda radicalmente na existência de monopólios, oligopólios, cartéis e afins, mas este estudo (dada a limitação do tema proposto) não é o expediente adequado para se abordar essa questão de maneira aprofundada.

Seja como for, o fato é que todos os serviços que mencionamos invariavelmente nasceram a partir de ideias concebidas por pessoas comuns, que tiveram a liberdade de testá-las em um ambiente econômico de livre mercado. Isso é a *essência do livre mercado* que, juntamente com a instrumentalidade jurídica oferecida pelo contrato, sedimentaram as bases daquilo que conhecemos por *capitalismo*.

Passemos, agora, a discorrer sobre uma outra classe de serviços que todos nós utilizamos em algum momento de nossas vidas. Pergunta-se: o leitor já precisou resolver alguma questão junto ao INSS? Já teve de comparecer pessoalmente perante alguma repartição da Receita Federal a fim de obter informações que, frequentemente, não se encontram disponibilizadas em meio eletrônico? Já foi obrigado a prestar explicações junto aos órgãos da Fazenda Pública, quiçá em função de algum lançamento tributário que contivesse algum detalhe capaz de gerar dupla interpretação? Já experimentou tentar resolver qualquer assunto que seja de seu interesse, junto ao governo do seu estado, *por telefone*? Neste caso, a sua tentativa foi bem sucedida? E, em todas as situações acima, quantas horas do seu tempo foram gastas na fila (ou, no caso citado, na linha telefônica), aguardando pacientemente a sua vez de ser atendido? A propósito, o seu problema foi resolvido logo de

imediatamente, ou foi necessário retornar algumas vezes depois (duas ou três apenas, com alguma sorte)?

Desnecessário, aqui, promover quaisquer comparações no que se refere à eficiência entre essas duas classes de serviços, eis tratar-se de uma questão que a experiência social já se encarregou de cabalmente demonstrar. Honestamente, não há como se negar – por mais que se defenda o poder público, no ponto em questão – que as diferenças são deveras abissais. Nós simplesmente adoramos ir ao *shopping center*, mas odiamos ter de comparecer ante a Receita Federal.

Evidentemente, um observador poderia afirmar que as perguntas apresentadas, da maneira que foram formuladas, tenderiam a induzir as respostas em um determinado sentido desejado pelo autor, ao que responderíamos, prontamente e sem qualquer ressalva, de modo afirmativo. Contudo, esse é justamente o propósito. Obviamente, também estamos cientes do fato de não ser cientificamente adequado compararmos o sistema público ao privado baseando-nos apenas em conjecturas pessoais, por mais evidente que toda a casuística aponte a uma determinada conclusão.

Entretanto, a questão é que, se tivermos de ser metodologicamente rigorosos no ponto, fatalmente nos posicionaremos em um beco sem saída, na medida em que, *em geral* (atentem-se ao grifo), a maior parte dos serviços públicos estão comprometidos com objetos próprios, de propósitos bem específicos, distintos daqueles dos quais a iniciativa privada se ocupa: esses são os chamados serviços públicos “típicos”, ou serviços públicos “em sentido estrito”. Felizmente, para nós, existe um “região de intersecção” entre os serviços público e privado, um ponto no qual a comparação entre ambos os sistemas torna-se possível.

Então, dito isso e retomando o recurso das comparações, não apenas demonstramos uma evidente predileção pelos *shopping centers* às repartições públicas, mas igualmente preferimos também lidar com particulares do que com o poder público quando o serviço que buscamos obter é disponibilizado em ambas as esferas (particular e pública), ainda que a prestação seja fornecida gratuitamente⁹³ pela última. Assim, exemplificativamente, preferimos pagar custosas consultas médicas particulares a termos de recorrer ao sistema público de saúde, se tivermos possibilidades financeiras para tanto. Ora por mais que a questão possa ser solucionada por ambas as vias, por que razão existe tamanha predileção pelo setor privado, em comparação aos serviços prestados pelo governo?

⁹³ Lembrando apenas que o termo “gratuitamente” é empregado, aqui, em sentido retórico. Nenhum serviço humano é realmente gratuito, em uma acepção estrita do conceito. Toda prestação, seja pública ou privada, gera um custo econômico, e este necessariamente recairá sobre os ombros de alguém.

A razão é simples: as relações entre particulares, em um sistema econômico de livre mercado, são centradas no atendimento ao indivíduo, em uma típica relação de horizontalidade. Ou seja, a dinâmica social que qualifica o elo (nexo) entre os sujeitos envolvidos encontra seu fundamento-base na troca livre, útil e justa de interesses equivalentes. Por outro lado, as relações entre o particular e o poder público são centradas no último (basta recordarmo-nos do princípio da primazia do interesse público sobre o particular para percebermos, desde logo, que a correspondência entre ambos é totalmente assimétrica). Não existe horizontalidade na interação público-privada, mas sim uma relação de verticalidade. Por mais que se diga o contrário, o vínculo entre o particular e o poder público não é, enfim, caracterizado pela igualdade, mas pela hierarquia do público sobre o particular.

Do mesmo modo, o nexo que qualifica a dinâmica entre os envolvidos, longe de se sustentar no livre-arbítrio, no consentimento e na autonomia da vontade, baseia-se em uma relação caracterizada pela subordinação e obediência. Por todas as observações apresentadas, podemos extrair a seguinte conclusão: enquanto o nexo entre particulares é marcado pelo contrato, a relação entre estes com poder público é caracterizado, em sua mais profunda essência, em uma relação baseada no *status*. Assim, uma vez mais observa-se a dicotomia entre ambos, sugerindo, uma vez mais, uma evolução a partir do sistema mais rígido (público) em direção ao mais flexível (particular), seguindo a própria preferência popular.

Ao fazermos essa constatação, salientamos novamente que não estamos desprezando o sistema público ou quaisquer indivíduos que dediquem suas vidas para o bem estar da sociedade (ao menos, essa deve – ou deveria – ser a principal premissa, quando se trabalha para setor público); apenas destacamos que os serviços oferecidos à todos, pelo poder público, devem ser considerados apenas como a “última trincheira” de defesa do indivíduo na busca de seu interesse.

Segundo tal raciocínio, o SUS – Sistema Único de Saúde – é exatamente aquilo que deveria ser: um serviço que só deve ser usado em último caso, quando o indivíduo, na ausência de outros a quem possa recorrer, está miseravelmente desesperado e sem recursos – e, mesmo assim, somente se o caso for realmente sério ou justificável. Infelizmente, o que ocorre na prática é o contrário: considerando-se o imenso número de pessoas que recorrem ao sistema para o tratamento de casos corriqueiros e levianos (tais como uma simples dor de cabeça, ou frequentemente apenas buscando-se adquirir um atestado de dispensa médica, a fim de justificar uma eventual ausência no trabalho) a estrutura pública, sobrecarregada para muito além de seus limites, torna-se extremamente ineficiente. A multidão de pessoas que o utiliza de forma irresponsável acaba por prejudicar aqueles que realmente estão

dependendo do sistema para a própria sobrevivência. Estes, para quem todos os recursos deveriam estar direcionados desde o primeiro momento, acabam, ao final, dispondo de menos médicos, menos atenção e menos recursos, pois boa parte da capacidade do sistema está voltada ao atendimento maciço de casos simples. A título de exemplo, segundo um levantamento realizado em 2017 pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), em matéria veiculada no jornal *Estadão*, o SUS contava então com 904 mil pacientes na fila por cirurgia eletiva, cuja espera chegava a 12 anos em alguns casos ⁹⁴.

Em perspectiva: o Estado é responsável pela preservação da vida (da minha, da sua, de todos), mas apenas na condição de último recurso, à exemplo da analogia da "última trincheira". Se existem condições econômicas ao alcance do indivíduo (e, em uma típica economia de livre mercado *real*, ausentes as tradicionais ingerências estatais que distorcem o sistema econômico, as pessoas deveriam ser plenamente capazes de angariar recursos por esforço próprio) deve-se preliminarmente buscar o sistema particular de saúde, deixando o SUS àqueles que dele realmente dependem.

O mesmo raciocínio vale para outros setores de dupla incidência – público e privado –, tais como a educação (embora esta tenha algumas peculiaridades que não serão aqui discutidas, embora a lógica aplicável seja a mesma). A saúde, a segurança e a educação são direitos de todos porque constam na Constituição de 1988 na qualidade de direitos fundamentais – como, de fato, devem ser –, mas é bom se ter em mente que, antes de tratá-los como direitos que são, compreender tratem-se, antes de qualquer outra classificação, de *serviços* (e, portanto, a sua utilização será necessariamente sustentada por alguma fonte econômica – mais provavelmente por meio dos tributos que incidem direta ou indiretamente sobre o bolso de todos os cidadãos geradores de renda e riqueza). Assim, a utilização leviana e imponderada desses direitos oferecidos pelo setor público torna-se justamente a origem das mais diversas reclamações que se tem contra o sistema, estampado-lhe aquela típica imagem de ineficiência tão exaustivamente conhecida por todos (segundo a máxima “nada do governo funciona”).

Na medida em que formos capazes de criar um real senso coletivo de responsabilidade, determinando as nossas ações segundo preceitos morais e éticos que levem em consideração o bem estar do próximo, pagando pelos serviços que podemos adquirir por meio do setor privado e permitindo-se aos mais necessitados usufruírem do sistema público

⁹⁴ CAMBRIOLI, Fabiana. **País tem 904 mil na fila por cirurgia eletiva no SUS; espera chega a 12 anos.** O Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,país-tem-904-mil-na-fila-por-cirurgia-eletiva-no-sus-espera-chega-a-12-anos,70002106713>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

sem a nossa constante interferência, aí então alcançaremos o derradeiro estado social para o qual o capitalismo foi concebido desde os primórdios do escambo: um ambiente economicamente livre de amarras, no qual indivíduos livres, maduros e responsáveis relacionam-se umas às outras em condições de igualdade, oferecendo mutuamente aquilo que podem produzir, sejam bens ou serviços, que de alguma maneira serão úteis a outrem, recebendo em troca aquilo que, em contrapartida, lhe atenda suas necessidades.

O capitalismo é bom em essência.

CONCLUSÃO

Retomando a questão inicialmente proposta na introdução do estudo, sobre a questão da liberdade contratual ser um dos próprios objetivos do sistema jurídico ou compreendê-la apenas como um valor secundário contido em sua estrutura, ou mesmo tratar-se de um valor abstrato diluído na complexidade operativa do ordenamento normativo, conclui-se que a liberdade de contratar é, segundo a conclusão obtida, um pressuposto fundamental do sistema econômico capitalista de livre mercado. Sob o aspecto jurídico, ela ostenta a natureza de direito fundamental de 1ª dimensão, que integra a estrutura normativa do macrossistema de direitos humanos. Sob uma abordagem funcionalista, ela é, também, um elemento integrativo (ou “ponto de convergência estrutural”) entre dois sistemas sociais distintos: o sistema econômico e o sistema jurídico.

Por meio de uma análise evolutiva dos institutos sociais e jurídicos, concluímos que as culturas fundadas no *status* servem a um propósito inicial que lhes dá origem, mas possuem baixa plasticidade e tendem, no decorrer do tempo, a ser substituídas por sistemas mais flexíveis. São caracterizados por estruturas sociais hierarquizadas (“castas”), de arquitetura “piramidal” e altamente centralizadas. Daí a razão pela qual sistemas baseados em *status* tem estatutos (que podem ser não-escritos, de natureza consuetudinária, ou formalmente declarados em um documento oficial), ao passo que sistemas dinâmicos fundam-se em contratos. Um instituto social estratificado pode sobreviver por longos períodos, mas tendem a não resistir quando mudanças mais radicais ocorrem no ambiente cultural. Instituições flexíveis, por sua vez, são baseados na mobilidade constante de seus elementos (estes podem ser pessoas, bens, serviços, capital ou até mesmo elementos imateriais) e dependem de uma dinâmica de crescimento para sobreviver. Elas conduzem a mudanças positivas – em geral, no sentido desejado – mas tendem a ser mais instáveis em função da sua alta descentralização. Podem ser visualizadas segundo uma arquitetura “circular”.

Em relação ao instituto do contrato como um fenômeno isolado (leia-se: na condição de sistema independente), conclui-se, através de uma análise científica que considerou diversos fatores conjugados (fatos, teorias, evolução histórica, aspectos sociais, econômicos e jurídicos), que o contrato: 1. é um instituto cujas raízes se entrelaçam às origens da própria humanidade; 2. a sua existência transcende fronteiras, territórios, Estados, tempo e sistemas políticos; 3. floresce onde quer que exista uma necessidade humana que possa ser satisfeita por meio de uma atividade econômica, mesmo que o objeto de negociação seja imaterial ou objetivamente

imensurável; 4. o instituto sobrevive mesmo nas situações mais adversas, pois responde a uma necessidade humana; 5. o contrato promove o crescimento econômico e proporciona o incremento da qualidade de vida dos povos, por meio de uma padronização que confere segurança às transações, onde quer que estas ocorram; 6. o instituto é plenamente compatível tanto com a doutrina do liberalismo clássico quanto com o *Welfare State* intervencionista; 7. certas intervenções externas não descaracterizam a natureza e a utilidade do contrato – pelo contrário, apenas o fortalecem, pois tem o condão de apresentar-se como instrumento de harmonização em relações negociais assimétricas; 8. não existe contrato sem uma operação econômica correspondente; 9. o direito contratual firmou-se como um microssistema jurídico autônomo, dinâmico, autorreferenciado, interativo e autopoietico, razão pela qual pode ser – tal como foi – reproduzido em qualquer tempo ou cultura; 10. o contrato é, acima de tudo, um fenômeno cultural.

Finalmente, concluímos que *não há civilização sem contrato*.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer - O poder soberano e a vida nua I**. Tradução de: Henrique Burigo. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2014. (Humanitas).

ARENDT, Hannah. **Was ist politik?** Munique: Piper GmbH & Co., 1993. **O que é política?** Tradução de: Reinaldo Guarany. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARISTÓTELES. **A política**. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ASSIS, Olney; KÜMPEL, Vitor. **Manual de antropologia jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ATENEU. **O banquete dos eruditos**. Université Catholique de Louvain – Faculté de philosophie et lettres. Tradução automática online. Disponível em: <http://www.sflt.ucl.ac.be/files/AClassFTP/Textes/ATHENEE/deipnosophistes_07_fr.txt>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEARD, Mary. **SPQR – uma história da Roma antiga**. Tradução de: Luís Reyes Gil. 1ª ed. São Paulo: Planeta, 2017.

BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. 3ª ed. São Paulo: Fundamento, 2015.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do século XX**. 1ª ed. São Paulo: Fundamento, 2008.

BOÉTIE, Étienne. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/boetie.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Edameris, 1961.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2012. (L&PM Pocket).

DUNN, John. **A história da democracia – Um ensaio sobre a libertação do povo**. Tradução de: Bruno Gambarotto. São Paulo: Unifesp, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

ESTADOS UNIDOS. NIST. **Dictionary of algorithms and data structures**. Disponível em: <<https://xlinux.nist.gov/dads/>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

GLOBO. Autores diversos. **O Livro da economia**. Tradução de: Carlos S. M. Rosa. 4ª ed. São Paulo: Globo Livros, 2014.

GLOBO. Autores diversos. **O Livro das religiões**. Tradução de: Bruno Alexander. 1ª ed. São Paulo: Globo Livros, 2014.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HART, Herbert L. **O conceito de direito**. Tradução de: Antônio de oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de: Renato Janine Ribeiro. 3ª ed. São Paulo: Martins fontes, 2002. (Clássicos).

HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. 4ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Tradução de: Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LÔBO, Paulo. **Direito civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUHMANN, Nicklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Nicklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MAINE, Henry James. **Ancient law: its connection with the early history of society, and its relations to modern ideas**. 7ª ed. London: Murray, 1873. Disponível em: <<https://archive.org/stream/in.ernet.dli.2015.173476/2015.173476.Ancient-Law#page/n9>>. Acesso em: 03 set. 2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de: Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 1993. (Clássicos).

MARX, Karl. **A miséria da filosofia – resposta à miséria da filosofia de Proudhon**. Tradução de : Paulo Roberto Banhara. São Paulo: Escala, 2007. (Grandes Obras do Pensamento Universal).

MCCLELLAN, James E.; DORN, Harold. **Science and technology in world history: an introduction**. 2ª ed. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2006. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=aJgp94zNwNQC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NERY JR., Nelson. **Contratos no código civil – apontamentos gerais. O novo código Civil – estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTR. 2003.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de: Paulo Vaz de Almeida. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.3.

PLATÃO. **As leis**. Disponível em:

<<https://onedrive.live.com/?authkey=!AAhlH4RVzhKSECM&id=4EDE51A3D5B3B69!338&cid=04EDE51A3D5B3B69>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de: Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROUSSEAU, Jean J. **Do contrato social**. Tradução de: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ROUSSEAU, Jean J. **A origem da desigualdade entre os homens**. Tradução de: Ciro Mioranza. 2ª ed. São Paulo: Escala, 2007. (Grandes Obras do Pensamento Universal).

SCHUETINGER, Robert L.; BUTLER, Eammon F. **Forty centuries of wage and price controls: how not to fight inflation**. Nova Iorque: Caroline House Inc., 1979. Disponível em: <<https://mises.org/library/forty-centuries-wage-and-price-controls-how-not-to-fight-inflation>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

SPENCER, Herbert. **The Principles of Ethics**. Indianapolis: Liberty Fund, 1978. v.1. Disponível em: <<https://oll.libertyfund.org/titles/spencer-the-principles-of-ethics-vol-1-1f-ed>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

SPENCER, Herbert. **Social Statics: or, The Conditions essential to Happiness specified, and the First of them Developed**. Londres: John Chapman, 1851. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/0331_eBk.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

STANFORD. **Stanford encyclopedia of philosophy**.

Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/ricoeur/>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2012. v.3. (Direito Civil).

WALD, Arnaldo. **A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e no brasileiro**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2004. v.7, n. 26. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_94.pdf>. acesso em: 24 nov. 2018.

WEBER, Max. **Ciência e política – duas vocações**. Tradução de: Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 22ª ed. São Paulo: Cultrix, 2016.

YALE University. **Avalon Project**. 2008. Disponível em:

<<http://avalon.law.yale.edu/ancient/hammpre.asp>>. Acesso em: 02 jun. 2017.