



AS RELAÇÕES JURÍDICAS NA MODERNIDADE: UM ESTUDO SOBRE A INFLUÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DO PARADIGMA MODERNO NA DINÂMICA PROCESSUAL CONTEMPORÂNEA

Francisco Pizzette Nunes*¹

Resumo:

O estudo em análise é fruto das pesquisas do autor junto ao Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, cuja tese versou sobre as relações jurídicas na Pós-Modernidade, e que teve como um de seus fundamentos a discussão a respeito da historicidade e dinâmica das relações jurídicas na Modernidade. A problemática e objetivo do estudo consiste em identificar como se desenvolveram as relações jurídicas na Modernidade. Consiste numa pesquisa de natureza explicativa, com método de abordagem dedutivo, e valendo-se do tipo de abordagem qualitativo. As técnicas de pesquisa empregadas foram do tipo bibliográfico e documental. Por sua vez, o método de procedimento é estruturalista, com um viés paradigmático que se propõe a analisar um conjunto de fatos, valores, crenças e costumes que fundamentaram a comunidade jurídica moderna. A hipótese levantada indica que o espírito racionalista que embalou o pensamento moderno transplantou para a ótica das relações jurídicas atributos de certeza que fazem com que sua dinâmica seja atribuída de um status de legitimidade que faz uso do Direito como uma ferramenta para legitimar os interesses dominantes em atenção a uma *lex mercatória*.

Palavras-chave:

Direito; Estado; Liberalismo; Modernidade; Processo.

LEGAL RELATIONS IN MODERNITY: A STUDY ON THE INFLUENCE OF THE FUNDAMENTALS OF THE MODERN PARADIGM ON CONTEMPORARY PROCEDURE DYNAMICS

Abstract:

The study under analysis is the result of the author's research at the Doctoral Course of the Postgraduate Program in Law at the Federal University of Santa Catarina, whose thesis was about legal relations in Post-Modernity, and which had as one of its foundations the discussion about the historicity and dynamics of legal relations in Modernity. The problem and objective of the study is to identify how legal relations have developed in Modernity. It consists of a research of an explanatory nature, with a deductive method of approach, and making use of the qualitative type of approach. The research techniques employed were of the bibliographic and documentary type. In turn, the procedural method is structuralist, with a paradigmatic bias that proposes to analyze a set of facts, values, beliefs and customs that underlie the modern legal community. The hypothesis raised indicates that the rationalist spirit that cradled modern thought transplanted attributes of certainty to the perspective of legal relations that make their dynamics be attributed a status of legitimacy that makes use of Law as a tool to legitimize the dominant interests in attention to a *lex mercatoria*.

Keywords:

Law; State; Liberalism; Modernity; Process.

¹* Doutor em Direito, Política e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina PPGD/UFSC. Professor e Coordenador do Curso de Bacharelado em Direito da Escola Superior de Criciúma- ESUCRI. francisco.pizzette@gmail.com



1. Introdução

O estudo em análise é fruto das pesquisas do autor junto ao Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, cuja tese versou sobre as relações jurídicas na Pós-Modernidade, e que teve como um de seus fundamentos a discussão a respeito da historicidade e dinâmica das relações jurídicas na Modernidade.

Nesse sentido, a problemática e objetivo do estudo busca identificar como se desenvolveram as relações jurídicas na Modernidade, razão pela qual consiste numa pesquisa de natureza explicativa, pois busca correlacionar os fundamentos do Direito e do Estado moderno com a dinâmicas de suas relações processuais. O método de abordagem é dedutivo, partindo das premissas de racionalidade, certeza, progresso e legalidade que fundamentaram a filosofia moderna e se concentrando no impacto e nas transformações destes pressupostos dentro do arcabouço jurídico e processual moderno. O tipo de abordagem é qualitativo, fazendo uso de informações cuja interpretação possui um teor subjetivo. As técnicas de pesquisa empregadas foram do tipo bibliográfico e documental, se valendo de fontes primárias e secundárias de estudo para alcançar seu objetivo. Por sua vez, o método de procedimento é monográfico, com um viés paradigmático que se propõe a analisar um conjunto de fatos, valores, crenças e costumes que fundamentaram a comunidade jurídica moderna.

A hipótese preliminarmente levantada como resposta a problemática levantada leva a crer que o espírito racionalista que embalou o pensamento moderno em suas origens transplantou para a ótica das relações jurídicas atributos de certeza que fazem com que sua dinâmica seja atribuída de um status de legitimidade inquestionável o qual se identifica com o progresso e faz uso do Direito como uma ferramenta para legitimar os interesses dominantes de uma classe burguesa dentro de uma perspectiva temporal propositalmente estática, sofrendo variações em sua dinâmica que visam corrigir suas externalidades e maximizar os resultados decorrentes de sua práxis mercadológica.

Para que se possa confirmar a hipótese, inicialmente o estudo discute como o ideal de racionalidade afetou a perspectiva moderna a respeito do progresso e da legalidade, as associando em prol de um novo regime de governo. Em seguida se passa a se analisar o impacto dos fundamentos jurídicos da Modernidade, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e das Codificações promovidas por Napoleão Bonaparte na consolidação de um establishment jurídico. Por fim, passa-se a análise das transformações experimentadas pelo Estado Moderno e transplantadas para suas relações processuais, partindo do Estado Liberal e passando pelo Estado Social e por um neoliberalismo que prima por uma lógica instrumental das relações jurídicas.



2. Racionalidade, Tempo, Progresso e Legalidade

O racionalismo promovido pela Modernidade levou à secularização do pensamento cristão e ao desenvolvimento de uma perspectiva humanista na qual o indivíduo passou a identificar-se como um ator social dotado de uma consciência moral própria (TOURAINÉ, 2009). Porém, conforme observado, uma vez tendo conquistado a hegemonia, a elite burguesa constatou nos ideais democráticos e participativos reformistas uma ameaça aos seus intentos, razão pela qual a despersonalização do poder, promovida pela formalização dos pressupostos de legitimação da soberania, encontrou na lei uma estratégia apta a concatenar o discurso ideológico moderno com os objetivos políticos e econômicos da burguesia.

A lei se tornaria o canal de comunicação entre o século das luzes e a era do progresso, tendo servido de plataforma para que os ideais iluministas – agora convertidos em objetivos e políticas sociais – conquistassem a segurança e autoridade necessárias para que se firmassem e irradiassem no âmbito das relações jurídicas. A lei tornou-se a via mais segura para a união entre idealismo e materialismo, o que atribuiu à premissa de modernização o caráter impositivo necessário para que o ideal de progresso não se limitasse mais ao mundo das ideias, mas se estendesse, também, aos modos de produção, à industrialização, à urbanização, à administração pública, e, sobretudo, à configuração das relações jurídicas.

Dessa forma, o ideal de progresso produziria reflexos imediatos na vida em Sociedade, passando a observar os problemas sociais como um conflito entre um passado a ser superado e um futuro a ser conquistado, o que, mais do que natural, mostrar-se-ia uma exigência da racionalidade. Conforme Alain Touraine (2009, p. 72) destaca:

A ideia de progresso ocupa um lugar intermediário, central, entre a ideia de racionalização e a de desenvolvimento. Este dá primazia à política, aquela ao conhecimento; a ideia de progresso afirma a identidade entre políticas de desenvolvimento e triunfo da razão; ela anuncia a aplicação da ciência à política e por isso identifica uma vontade política com uma necessidade histórica.

É por esta mesma razão que, apesar do universalismo promovido pelos ideais da Revolução Francesa e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão alcançarem apenas algumas elites, o sentimento de necessidade promovido pelo ideal de progresso alimentou uma visão historicista dominada por um conceito de totalidade que uniu as massas, em nome da nação e da história, contra as minorias que resistiam à modernização das instituições, transformando o processo revolucionário



em algo natural e necessário (TOURAINÉ, 2009).

A ideia de aceleração do tempo, até então temida por anteceder o Juízo Final, passou a ser observada no contexto pós-revolucionário como um conceito histórico relacionado à esperança do progresso, embora tenha se tratado de uma antecipação subjetiva do futuro desejado por aqueles que detinham o poder, motivo pelo qual os levantes sociais contrários ao ideal de progresso promovido pelos revolucionários, foram considerados rebeliões, e não revoluções, sendo então reprimidos (KOSELLECK, 2006).

A aceleração temporal contida no ideal de progresso aproxima o presente do futuro, a fim de possibilitar que mudanças ocorram num curto espaço de tempo, de modo que a Modernidade também nasce de um processo de disciplinarização do tempo pelo homem. Nesse sentido, a disciplina do tempo e a ordem proveniente desta se devem, em muito, à secularização promovida pela Modernidade, a qual rompeu com os preceitos medievais cristãos de uma temporalidade vinculada a um ser eterno. Em seu lugar surge um processo de humanização do tempo histórico, o qual, sob a influência de um capitalismo emergente, criou o sentimento de uma necessidade de economia de tempo, essencial ao progresso econômico, porém prejudicial a algumas instituições tradicionais, como a família e a religião (SPENGLER, 2010).

A Modernidade promoveu um distanciamento entre as noções de tempo e espaço muito maior que o observado nas mais desenvolvidas civilizações pré-modernas. É a separação entre tempo e espaço, e a conseqüente aceleração do primeiro, que dá a tônica da Modernidade, conforme destaca Anthony Giddens (1991, p. 26):

O dinamismo da modernidade deriva da separação do tempo e do espaço e de sua recombinação em formas que permitem o “zoneamento” tempoespacial preciso da vida social; do desencaixe dos sistemas sociais (um fenômeno intimamente vinculado aos fatores envolvidos na separação do tempo-espaço); e da ordenação e reordenação reflexiva das relações sociais à luz das contínuas entradas (inputs) de conhecimento afetando as ações de indivíduos e grupos.

Antes de um fenômeno físico ou decorrente da subjetividade da psique humana, o paradigma moderno favoreceu o desenvolvimento do tempo enquanto uma instituição social. E, se a premissa básica do direito é contribuir para a instituição do mundo social, há de se reconhecer a interação existente entre esses dois conceitos, de modo que o direito pode ser identificado enquanto uma instituição temporal. Dentro do âmbito jurídico, a Constituição é o principal instrumento de ligação com o futuro, nela se encontrando todos os principais objetivos de uma nação – embora as promessas constitucionais sejam comumente acompanhadas de uma sensação de incerteza e insegurança avessas aos desígnios imediatistas da temporalidade moderna (SPENGLER, 2010).



Porém, se por um lado o ideal de aceleração do tempo promovido pelo desejo de progresso resultou em avanços tecnológicos e sociais, por outro, quando aplicado ao direito positivado pelo Estado, esta mesma premissa pode resultar na criação de um instrumento de dominação política apto a garantir – através de regras e princípios racionais dotados de um padrão de legitimidade meramente formal – o futuro desejado pela classe hegemônica. Em realidade, mais do que antecipar o futuro, o direito se propôs a garantir que este se tornasse estático no que tange às normas de conduta social, de modo que o padrão almejado pelos detentores do poder se tornasse pouco suscetível a variações em seu alcance e conteúdo que não coincidisse com o desejado por estes.

Mesmo que o primado da razão e o ideal de progresso incorporado à percepção temporal – convertido pela racionalidade moderna em uma necessidade histórica – fossem compartilhados pelos intelectuais e líderes modernos, em algumas ocasiões, o contexto pós-revolucionário desconsiderou o discurso racional que lhe deu sustentação, em prol dos interesses políticos. Bertrand Russell (2017, p. 306) cita como exemplo dessa inversão de premissas o caso de Lavoisier, um dos principais precursores da ciência moderna:

O que todos esses pensadores igualmente enfatizavam era o primado da razão. Depois da Revolução Francesa, que destronou a religião reinante, foi inventado um ser supremo e a ele foi dedicada uma festividade especial. Essencialmente, isso foi uma deificação da razão. Ao mesmo tempo, a revolução mostrou escasso respeito pela razão em outras questões. Lavoisier, o fundador da química moderna, foi acusado perante um tribunal revolucionário da época do Terror. Ele fora coletor de rendas públicas e de fato sugerira algumas valiosas reformas fiscais. No entanto, como funcionário do ancien régime, foi acusado de crimes contra o povo. Quando se alegou que se tratava de um dos maiores cientistas, o tribunal replicou que a república não precisava de cientistas. E assim Lavoisier foi guilhotinado.

O destino de Lavoisier revela algo que até então não estava explícito: a burguesia, enquanto classe hegemônica, fez uso do discurso racional promovido pela ciência moderna para secularizar o poder e tomar as rédeas deste. Tão logo firmou seu poder político num contexto pós-revolucionário, a burguesia flexibilizou os pressupostos de racionalidade provenientes da ciência ao favor de seus interesses políticos e econômicos. Assim, as relações jurídicas modernas passaram a gozar de um nível de legitimidade formal antes inédito, pois a Modernidade atribuiu às normas estatais um caráter de racionalidade e certeza incontestável perante o novo paradigma hegemônico, que não conseguia mais conceber um padrão de normatividade alheio àquele proveniente do Estado, não obstante por vezes o discurso racional viesse a ser superado por interesses socioeconômicos e políticos.

3. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão



Antonio Padoa Schioppa (2014) afirma que a Revolução Francesa foi dotada de um certo teor antijudicial, uma vez a diversidade de fontes de outrora foi substituída pela exaltação da lei do Estado, a qual, além de se consolidar no principal instrumento da política, também foi considerada a responsável por restaurar a certeza do direito, reduzindo a função jurisdicional à aplicação direta e automática da lei. As inovações introduzidas pela Assembleia Nacional Constituinte, entre 1789 e 1791, influenciaram não apenas a história constitucional francesa, mas todo o paradigma jurídico europeu durante o decurso do século XIX, sendo que muitas das reformas introduzidas pela Constituinte tiveram suas raízes nas propostas iluministas.

Produto da Constituinte, e com possível inspiração nas constituições das colônias americanas – embora com um fundamento político e jurídico diferente destas –, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi elaborada com o intuito de expressar alguns princípios norteadores da nova ordem que os revolucionários pretendiam instituir, tendo como fundamento algumas das principais premissas iluministas, agora transformadas em fórmulas jurídicas (SCHIOPPA, 2014). Nesse viés, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o grande texto normativo responsável por arrematar a Modernidade enquanto paradigma, pondo um fim a debates que já se estendiam por mais de dois séculos a respeito dos direitos e dos deveres do homem e do Estado. É essa Declaração a responsável por unir e dar coerência a dois conceitos aparentemente opostos: o dos direitos individuais inalienáveis, defendido por John Locke, e o da existência de uma vontade geral soberana, defendido por Jean-Jacques Rousseau. Trata-se de um documento que, apesar de burguês, também é jusnaturalista, de modo que o seu individualismo inato se mostra ao mesmo tempo um triunfo do capitalismo e um instrumento de resistência ao poder estatal, fato que por si só já demonstra uma contradição interna que se tornaria evidente na Sociedade industrial e que exigiria um redimensionamento de suas relações jurídicas (TOURAINÉ, 2009).

O individualismo proveniente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afetou profundamente as relações jurídicas na medida em que transformou as liberdades em um direito exclusivo do indivíduo enquanto tal, não as identificando mais como um direito concedido a determinadas corporações ou classes sociais (SCHIOPPA, 2014). O indivíduo tornou-se o ponto de partida das relações jurídicas na Modernidade, no entanto, este foi definido à margem da sociabilidade, de modo que o social passou a ter uma atenção secundária do ponto de vista normativo, passando a ser observado como uma mera função acidental da individualidade (CAPELLA, 2002).

Em realidade, conforme Juan Ramón Capella (2002) afirma, a irrelevância da sociabilidade



humana tratou-se de uma exigência do capitalismo moderno para o desenvolvimento de uma nova concepção do ser humano, entendidos não mais como membros de um coletivo, mas como autômatos programados de acordo com princípios egoístas que os levam a agir em busca de seu prazer e segurança individuais.

A exaltação de uma concepção extra social do indivíduo acentuou o processo de simplificação das relações jurídicas, tendo estas se dividido em duas esferas distintas e que não se mostram intercálaveis. A esfera privada diz respeito somente às relações jurídicas provenientes do âmbito individual, possuindo um teor considerado politicamente irrelevante, sem interferência direta sobre a coletividade. Por outro lado, a esfera pública importa no interesse de toda a coletividade, possuindo, portanto, um caráter político, não podendo interferir no plano privado – exceto para estabelecer seu marco regulatório –, uma vez que se trata de matéria comum a todos, não havendo homens na esfera pública, senão cidadãos (CAPELLA, 2002).

Como pode se observar, o paradigma moderno dissociou o interesse público em relação ao privado, mas não fez distinção quanto ao interesse coletivo, o qual foi diluído entre as duas esferas de interesse já mencionadas, sendo comumente confundido com o âmbito público estatal. Consequentemente, a Modernidade não reconheceu a Sociedade como sujeito de direito, legando a tutela dos bens jurídicos coletivos ao Estado, resultando num padrão bipartite de relações jurídicas disciplinadas de forma atomizada e desintegrada (NUNES; PILATI, 2014). As relações jurídicas modernas não consagraram o coletivo como bem jurídico autônomo, nem lhe destinaram disciplina jurídica própria e integrada com as dimensões privada individual e público estatal, como bem salienta José Isaac Pilati (2012, p. 32):

O jurídico na Modernidade, pois, não consagra o coletivo como bem autônomo, mas o dilui nos meandros do ordenamento. Em benefício do privado, desclassifica o coletivo na substância. Proclama-o como direito, mas lhe dá a forma jurídica de dever. Negando-lhe autonomia jurídica como bem, despersonaliza-o na esfera do sujeito, suprimindo a participação efetiva da Sociedade; sonega-lhe a tutela específica de processo coletivo – para relegá-lo ao faz-de-conta de uma segurança jurídica praticamente nula por ineficaz e inoperante. É um paradigma, enfim, que se caracteriza por eliminar a dimensão de direito subjetivo dos bens fundamentais coletivos.

Ao desconsiderar a dimensão coletiva, a pluralidade de fontes normativas, e o aspecto participativo da jurisdição, as relações jurídicas modernas se firmaram num modelo individualista, monista e autocrático, que buscou assegurar prioritariamente os interesses do capitalismo e da burguesia, deixando a Sociedade, enquanto sujeito coletivo de direito, à margem dos processos de deliberação, não apenas jurídica, como política (NUNES; PILATI, 2014).



4. As Codificações Modernas

Após a morte de Robespierre, o governo revolucionário passou a ser controlado por políticos oriundos da alta burguesia, os quais firmaram seu controle sobre os espaços de representação política através de um regime denominado como “Diretório”, que marcou o fim da participação popular no processo revolucionário. O Diretório persistiu até que em 18 de Brumário do ano VIII (09 de novembro de 1799) o golpe de Estado protagonizado pelo general Napoleão Bonaparte dissolveu a Assembleia do Diretório e instituiu o Consulado, cabendo a Bonaparte as funções de primeiro cônsul. Dentre os feitos de Bonaparte, destacam-se uma série de reformas legislativas que afetariam diretamente o espectro das relações jurídicas da França e da Europa como um todo, em especial as codificações realizadas no âmbito do direito privado, penal e processual (SCHIOPPA, 2014).

Os esforços para a incorporação do direito em instrumentos normativos planejados e estáveis tiveram origem na Áustria e na Prússia, ainda no século XVIII, quando da edição dos primeiros códigos nacionais a entrarem em vigor. Tais códigos tinham como premissa básica a uniformização dos sistemas jurídicos espalhados pelo território de tais nações, e podem ser considerados “uma expressão da convicção da época sobre o poder organizador da razão pura, a principal certeza da era do Iluminismo” (KELLY, 2010, p. 411).

Diferente das codificações pré-modernas, os códigos modernos não se resumiram à recompilação de um arcabouço legislativo prévio, mas se dedicaram a sistematizar, organizar e simplificar a legislação, a fim de tornar o direito calculável e de lhe atribuir a segurança jurídica necessária às exigências do mercado. O princípio de calculabilidade compartilhado pelas codificações modernas fomentou uma juridicidade omnívora que buscou qualificar juridicamente todos os aspectos imagináveis da vida social. E, ao erigir uma regulamentação tão ampla e minuciosa, as codificações se propuseram a criar uma norma permanente – dado o seu caráter geral e estruturante –, a qual se mantivesse à margem das mudanças políticas, e perpetuasse no tempo a visão e os desígnios de seus elaboradores (CAPELLA, 2002).

Por outro lado, as codificações regulamentaram de maneira exclusiva as principais áreas disciplinadas pelo direito comum e pelos direitos locais, extinguindo definitivamente a pluralidade das fontes de direito e das formas de jurisdição (OLIVEIRA, 2011). Foram elas as responsáveis por excluir do ordenamento jurídico as fontes normativas subsidiárias anteriormente em vigor, rompendo com um imenso patrimônio de normas acumulado no decorrer dos séculos, o que importou no fim da



vigência das leis, dos costumes, do Direito Romano, da jurisprudência dos tribunais, do direito comum, e de qualquer outra fonte de direito que regrassse as matérias disciplinadas pelos códigos. Estes últimos se tornaram uma fonte exclusiva, o que impedia inclusive a atividade jurisdicional de realizar qualquer tarefa de heterointegração com outras fontes normativas (SCHIOPPA, 2014).

No que diz respeito às codificações francesas, estas tiveram o objetivo precípua de excluir da atividade jurisdicional toda incerteza e arbitrariedade, minimizando o máximo possível a função interpretativa e criativa dos juizes, reduzindo-os a um papel semelhante ao de máquinas munidas de uma rede completa de soluções e programadas para aplicá-las automaticamente a qualquer problema que lhes fosse apresentado (KELLY, 2010). A razão seria o mestre de obras desta construção legislativa, e que foi sua realização suprema no âmbito jurídico, sendo que, nas palavras de John Maurice Kelly (2010, p. 412), “o produto destilado da longa serpentina dessa história foi um código que se bastava a si mesmo como orientação para o juiz e cuja mera promulgação era a garantia suficiente de sua validade; fora dele, nem o juiz, nem o cidadão podiam recorrer a outros valores”.

A transição do direito comum ao das codificações configurou um momento de ruptura na história do direito ocidental, transformando todo o paradigma das relações jurídicas modernas e dando origem ao moderno positivismo legislativo, ratificando uma tendência monista e autocrática no que diz respeito à tutela dos bens jurídicos (SCHIOPPA, 2014). Consequentemente, no plano acadêmico, a reflexão histórica e teórica perdeu espaço para uma análise estritamente formal do direito – uma vez que a primeira poderia comprometer a estabilidade imposta pelas codificações –, tendo a escola da exegese (*école de l'exégèse*) ganhado destaque por dedicar-se exclusivamente à apreciação do conteúdo de cada artigo dos códigos, colocando a vontade do legislador à frente de valores fundamentais. Houve uma verdadeira progressão paradoxal, pois “O que foi originalmente projetado como uma declaração estável do direito natural acabou eclipsando o direito natural” (KELLY, 2010, p. 412), ou seja, a forma se sobrepôs à substância do direito.

Dentre as codificações promovidas por Napoleão Bonaparte, destaca-se o Código Civil, composto por 2.281 artigos, dotados de uma força normativa semelhante à Constituição. O próprio Bonaparte considerou o Código Civil o produto mais importante e duradouro de seu governo, o que se deve ao fato deste ter conjugado a tradição romanista com a consuetudinária e por representar uma primeira disciplina coerente de toda a cultura civilista, o que possibilitou ao Código Civil substituir qualquer outra fonte de direito em descontinuidade com o paradigma moderno (SCHIOPPA, 2014).

5. O Constitucionalismo Liberal e o Liberalismo Processual



Aliado às codificações, a configuração de um sistema de tribunais estável, funcional e hierarquizado também foi uma exigência do primado de segurança jurídica da Modernidade (CAPELLA, 2002). E, no que diz respeito à interpretação e integração dos Códigos Napoleônicos, com o tempo, o Supremo Tribunal de Justiça acabou se consolidando em sua principal fonte, fato que consolidou um processo já iniciado pela Assembleia Constituinte ao instituir o Tribunal Superior de Justiça, que tinha como função dar uniformidade à interpretação da lei em todo o Estado, garantindo, assim, a projeção de uma nova ordem judiciária.

José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 410) afirma que “A história do processo pode ser traçada também em termos de quem o domina, ou seja, de quem são os atores relevantes no seu desenvolvimento”. E foi a Modernidade que consolidou o direito da autoridade pública de julgar em última instância as contendas existentes entre os indivíduos, tendo a Revolução Francesa também promovido uma grande ruptura com o sistema judicial e processual, na medida em que o Estado se apropriou de todas as funções judiciais. O moderno Estado liberal conquistou o monopólio da função jurisdicional mediante a universalização da cidadania através de um primado de igualdade formal que submetia todos, sem distinção, à mesma lei. E assim o fazendo, todos os conflitos passaram a ser universalmente administrados por um único sistema de tribunais, com base em um mesmo sistema de regras procedimentais (LOPES, 2008).

A respeito do processo judicial no paradigma moderno, inicialmente incumbe destacar que o intento de disciplinarização do tempo se estende à seara processual, uma vez que a concepção de tempo aplicada ao processo se dissocia daquela observada no cotidiano. Trata-se de uma resposta à incerteza proveniente do mundo social, um estratagema de controle utilizado para evitar o imprevisível e assim racionalizar e impor ordem à jurisdição. O processo moderno não corre em tempo real, mas num tempo recriado que faz com que a tutela judicial muitas vezes aconteça a “destempo” dos litígios, o que permite afirmar que há uma preeminência da forma sobre a substância dos julgados, a fim de possibilitar o controle sobre a máquina judiciária (SPENGLER, 2010).

As reformas decorrentes da Revolução Francesa e do Código de Processo Civil de 1806 aboliram os privilégios e as jurisdições particulares do período pré-liberal, consolidando um único sistema de tribunais que fez do procedimento instituído pelo Estado a única via racional para o exercício dos poderes públicos. Dessa forma, a Modernidade inaugurou aquele que seria conhecido como “liberalismo processual”, caracterizado por uma sobrevalorização dos princípios do dispositivo e da escritura, tendo em vista a suposição de uma cidadania paritária – decorrente do reconhecimento



de um princípio de igualdade formal –, onde cidadãos autossuficientes não necessitavam do auxílio estatal na tutela de seus interesses (NUNES, 2012).

A igualdade formal, por pressupor a inexistência de disparidades entre os indivíduos, gerou, também no processo, uma impossibilidade de compensação de desigualdades sociais e econômicas. Por outro lado, o princípio do dispositivo viabilizou um protagonismo processual das partes no qual o juiz exercia um papel muito mais passivo e imparcial durante a instrução probatória, atuando mais incisivamente apenas no momento decisório. Tal dinâmica processual possibilitou um sistema que facilitava a manipulação do processo pela parte mais hábil, atribuindo a este o aspecto de um mero jogo semântico procedimental, em prejuízo da justiça, o que fez com que o modelo liberal mostrasse seu esgotamento ainda no século XIX (NUNES, 2012).

De modo geral, as relações jurídicas decorrentes do Estado liberal se firmaram em torno da dinâmica existente entre Estado e indivíduo proprietário, cada um deles com sua própria ordem potestativa – conforme já observado –, porém, em perfeita simbiose. O jurídico na Modernidade estabelece lugares prévios para pessoas, fatos, coisas e ações, com base numa lógica antropocêntrica de apropriação e sob o abrigo de uma normatividade monista e paleopositivista caracterizado por uma reduzidíssima simplicidade, avessa a uma realidade mutável, e que faz de seu arcabouço conceitual o próprio cânone de sua juridicidade. Sob sua égide, não há complexidade que não seja aquela desenvolvida na forma e no âmbito do direito estatal, reforçando o papel do Estado como sujeito de direito, no entanto, sem romper com um individualismo voltado à acumulação de capital (PILATI, 2012).

Como consequência, o padrão de racionalidade oriundo das relações jurídicas modernas abriu um fosso quase intransponível entre; de um lado; os bens coletivos, e; do outro lado; os bens públicos e privados (PILATI, 2012). A Modernidade não reconheceu a autonomia dos bens jurídicos coletivos, assim como não distinguiu a Sociedade enquanto titular destes direitos, relegando os mesmos a um voluntarismo estatal fundado numa filosofia individualista que se faz valer através de instâncias representativas, ignorando o âmbito participativo que lhes seria natural (PILATI, 2012).

Contudo, o Estado liberal e o liberalismo processual que animaram as relações jurídicas no contexto pós-revolucionário passaram a ser questionados na medida em que o capitalismo industrial do final do século XIX revelou algumas de suas intempéries, não apenas no plano social, como no econômico, o que levaria a uma reconfiguração das relações jurídicas modernas, que clamariam por uma postura mais ativa do Estado diante destas.



6. O Constitucionalismo Social e o Liberalismo Processual

Crawford Brough Macpherson (1991) utilizou o conceito de “troca compensatória” (trade off) para ilustrar a postura das sociedades liberais diante do dilema existente entre a preservação dos direitos fundamentais e o avanço do capitalismo. Tal conceito se aplica a situações em que, quando diante de duas coisas desejáveis, mas consideradas incompatíveis entre si, cede-se uma determinada quantidade de uma delas para obter mais da outra. É o que aconteceu no contexto pós-revolucionário e industrial, quando o Estado liberal subordinou o exercício de direitos ao livre curso da economia capitalista, operacionalizando, assim, uma troca compensatória dos direitos fundamentais pelo crescimento econômico (MACPHERSON, 1991).

As inovações tecnológicas que possibilitaram melhorias no processo de produção, contribuíram para a concentração de riquezas nas mãos de poucos industriais. Concomitantemente, a elevação do pressuposto de livre concorrência a níveis destrutivos resultou no monopólio do poder econômico por parte de um número reduzido de empresas, obrigando outras menores a se associarem para preservar sua sobrevivência no mercado (HUNT; SHERMAN, 2000). Assim, a prerrogativa liberal de uma Sociedade autorregulada pelo mercado acabou perdendo sua validade, tendo em vista não ser mais possível uma relação igualitária entre compradores e vendedores, e, conseqüentemente, uma transação comercial que fosse seguramente justa (MACPHERSON, 1991).

Da mesma forma, também não era possível assegurar que as relações jurídicas velassem pela paridade entre as partes, uma vez que os mais ricos acabavam sendo privilegiados dentro de um sistema processual onde o juiz, no papel de representante do Estado, assumia uma postura de passividade na tutela dos interesses em juízo, manifestando-se apenas no momento decisório, o que não equivalia a uma garantia de equidade na prestação jurisdicional (NUNES, 2012).

Tais problemas fizeram com que a burguesia – antes avessa à intervenção do Estado no domínio socioeconômico –, passasse a exigir uma atitude mais proativa por parte do governo, a fim de garantir sua própria subsistência no mercado nacional e internacional, favorecendo a expansão e consolidação de um Estado politicamente poderoso (BERCOVICI, 2003). Adeptos das teorias liberal e socialista chegaram a uma espécie de consenso segundo o qual a formação de um Estado de Bem-Estar seria a alternativa mais acertada diante das condições socioeconômicas das nações ocidentais do início do século XX, uma nova ordem social que combinasse de maneira mais harmoniosa os já conhecidos pressupostos do mercado e do Estado, ou seja, os interesses públicos e os privados (BUEN L., 1997).



Assim, no final do século XIX e início do século XX, ocorreu uma reversão na troca compensatória realizada pelo Estado liberal, tendo o livre mercado cedido espaço ao advento de um Estado intervencionista e ao reconhecimento de direitos sociais. O Estado liberal se transformou em um Estado de Bem-Estar Social (MACPHERSON, 1991).

Em Função desta mudança de paradigma no que diz respeito a atividade estatal, as relações jurídicas passaram por um redimensionamento de seu conteúdo e forma. Constituições do início do século XX – como a do México, de 1917, e a de Weimar, de 1919 – inauguraram aquele que seria conhecido como “constitucionalismo social”, o qual tinha como premissa básica o reconhecimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais, direitos sociais que tinham como fundamento o princípio da igualdade em seu viés material, exigindo ações concretas do Estado a fim de tornar possível uma democracia social, como bem discorre Gilberto Bercovici (2003, p. 11):

As Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, como a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação: direitos ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas Constituições consistem em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade. As concepções sociais ou socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico, são, assim, consideradas fundamentos do novo “constitucionalismo social” que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e alguns americanos.

As inovações jurídicas promovidas pelo constitucionalismo social não se limitaram ao plano do direito material, mas também implicaram na reestruturação de institutos jurídicos processuais. O “socialismo processual” promoveu uma ruptura com os sistemas liberais até então vigentes, primando por uma simplificação procedimental que permitisse maior acessibilidade à Justiça por parte das pessoas em situação de hipossuficiência. Como resultado deste processo de simplificação, houve uma inversão no que diz respeito a proatividade dos sujeitos processuais: as partes e os advogados passaram a assumir uma postura muito mais passiva quando em comparação aos sistemas liberais, ao passo que os magistrados passaram a ocupar o papel de protagonistas da relação processual. Em suma, o foco das relações processuais passou da autonomia privada para a autonomia pública (NUNES, 2012).

O Estado Social de Direito se mostrou avesso à inercia de um juiz que assume o papel de mero espectador nas relações jurídicas, conformado com a condução do litígio pelas partes, um juiz boca da lei. O socialismo processual exige dos magistrados a consciência de seu papel enquanto



agentes estatais e corresponsáveis pelo bem comum da nação (DINAMARCO, 2008). Contudo, em que pese ser inegável a existência de uma função política do Judiciário, esta não deve consistir em decidir sobre questões de mérito político, mas garantir efetividade ao sistema de direito do qual depende a integridade do Estado. Ou seja, embora o Judiciário apresente uma função política, seu conteúdo deve permanecer jurídico, em que pese algumas decisões judiciais possuam efeitos políticos secundários (LEITE, 2014). O papel político do juiz consiste, portanto, em dar efetividade aos direitos, dentre eles o direito fundamental do cidadão participar das decisões políticas, o que corresponde ao que Roberto Basilone Leite (2014) denomina como “ativismo judicial jurisdicional”.

Mas o que se observa comumente no socialismo processual em realidade trata-se daquilo que o autor supracitado identifica como “ativismo judicial político”, postura que leva o juiz a ampliar o campo de abrangência de suas decisões a ponto de alcançar questões de mérito exclusivamente político (LEITE, 2014). E, em que pese um juiz politicamente passivo – que não invade a esfera área de competência afeta à administração pública – ser preferível a um juiz politicamente ativo, os primeiros são comumente considerados como ineficazes, algo que parte de uma confusão conceitual entre os conceitos de ativismo judicial e eficácia judicial. Um juiz politicamente ativo não importa em um magistrado judicialmente eficaz, quando em muito pode contribuir para um desequilíbrio entre as instituições (LEITE, 2014).

O jurista francês, Antoine Garapon (1996, p. 54) questiona os perigos que o ativismo jurisdicional pode trazer à democracia:

Governo de juízes, activismo jurisdicional, protagonismo judicial, tentação da justiça redentora... São muitas palavras que permitem designar os novos perigos que a justiça pode criar à democracia. Como avançar neste debate passional, frequentemente excessivo, entre a justiça e a democracia? O termo inglês *judicial discretion* – literalmente “aquilo que é deixado ao critério do juiz” – parece ser mais apropriado para designar o poder deste último que, se nunca é inexistente, também nunca é total. O actual presidente do Supremo Tribunal israelita, Aharon Barak, observou, oportunamente, que não é possível falar de activismo do juiz quando este último tem a possibilidade de escolha entre uma solução juridicamente correcta e uma outra que não o é. Não se trata já de activismo, mas de incompetência. O activismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.

Antoine Garapon (1996) afirma que o protagonismo judicial se manifesta de duas formas: a) através de um vulgo “clericalismo” dos juízes, quando estes consistirem numa corporação forte; ou b) pela atuação de alguns magistrados sustentados pela mídia. Além de um risco para o equilíbrio das instituições, um ativismo judicial político também pode resultar na desagregação da Justiça, pois o Judiciário deixa de se identificar enquanto um poder instituído e passa a consistir na soma de individualidades. O protagonismo decorrente do socialismo processual sujeita os magistrados ao que



o autor supracitado chama de “tentação populista”, o que leva alguns juízes a se libertarem dos vínculos hierárquicos mediante o apelo à mídia, e, conseqüentemente, à opinião pública. E, ao se alimentarem do descrédito da política, alguns destes magistrados se lançam como o último recurso da sociedade, despertando uma mentalidade de cruzado que faz com que estes cultivem uma verdade autossuficiente que dispensa a mediação do processo, em que pese, diferente do gestor público, usufruem de uma total irresponsabilidade política que lhes resguarda da crítica popular (GARAPON, 1996).

O juiz torna-se o novo anjo da democracia, que reclama um estatuto privilegiado do qual já expulsou os homens políticos. Sente-se investido de uma missão redentora em relação à democracia, coloca-se numa posição de destaque, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção em relação ao político. A justiça concluiria, assim, o processo de despolitização da democracia (GARAPON, 1996, p. 74-75).

De modo geral, o constitucionalismo social buscou instituir não um Estado burguês de direito, mas um Estado Social de Direito dentro do qual os cidadãos – agora identificados como proletariado – poderiam se emancipar em relação à burguesia, da mesma forma que, com o Estado de Direito, os burgueses conseguiram se emancipar em relação às monarquias absolutas. O Estado Social de Direito buscou subordinar a economia capitalista de mercado a comandos jurídico-políticos, fazendo da economia um meio de ação para o Estado, e não o contrário. No entanto, premissas emancipatórias como a firmada pelo Estado Social de Direito levariam a uma reação imediata da burguesia, que manifestou apoio a soluções ditatoriais a fim de restabelecer e assegurar sua hegemonia política e social, o que desencadeou, mais adiante, a formação de Estados totalitários. Assim o fazendo, a burguesia renegou sua própria história, marcada pela resistência aos privilégios jurídicos e políticos dos estamentos medievais (BERCOVICI, 2003).

Não obstante o reconhecimento de direitos sociais e a implementação de um sistema processual de cunho social, esta segunda etapa da juridicidade moderna não se afastou das premissas básicas que deram forma ao paradigma moderno em sua essência. Pelo contrário, ao dar maior enfoque para o Estado na disciplina e configuração das relações jurídicas, o constitucionalismo social e as reformas processuais que lhe sucederam acentuaram ainda mais os ideais de redução e abstração modernos, refugiando-se na racionalidade proveniente do Estado, e consolidando uma atitude monista, representativa e autocrática no âmbito da jurisdição moderna.

Mesmo tendo adotado a denominação “social”, tais reformas jurídicas não importaram no reconhecimento da Sociedade enquanto sujeito de direito, nem dissociaram a tutela dos bens coletivos daquela destinada aos bens públicos. As relações jurídicas desta segunda Modernidade continuaram



sendo administradas exclusivamente dentro do binômio Estado-indivíduo. Em realidade, ao ampliar o poder político do Estado e estender sua esfera de atuação, o constitucionalismo social e o socialismo processual acentuaram ainda mais a identificação da Sociedade com o Estado, negligenciando a coexistência dos interesses coletivos com os públicos e os individuais, tendo a esfera pública absorvido em definitivo esta primeira categoria de bens jurídicos.

Em uma análise mais crítica, é possível afirmar que a etapa “social” da Modernidade jurídica, antes de uma conquista no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, foi um simulacro utilizado para preservar e perpetuar o sistema econômico capitalista em um momento de sua fragilidade, quando suas intempéries estavam expostas. Em realidade, o que a burguesia desejava não era uma democracia social, mas um Estado forte que não interferisse demasiadamente no domínio econômico, e que amenizasse as externalidades dos efeitos não desejados do sistema capitalista, assim assegurando a continuidade do sistema e legitimando o mesmo perante as massas (BUEN L., 1997).

Mas, já na década de 60, o Estado de Bem-Estar demonstrou um desgaste decorrente de crises fiscais e de governabilidade, em especial com a crise do petróleo, em 1973, momento em que as maiores economias do mundo sentiram o impacto do crescimento de seu principal insumo. Tal crise resultou na elevação dos custos sociais do Estado e em uma grande onda de desemprego, o que exigiu uma solução para além do legalismo e do intervencionismo habituais. Líderes de algumas das maiores potências do planeta, como a Inglaterra e os Estados Unidos da América, amparados pelos argumentos acadêmicos da Escola de Chicago, iniciaram uma campanha contra os efeitos “nefastos” do Estado de Bem-Estar, apresentando uma alternativa denominada como “neoliberal” (BUEN L., 1997).

7. O Neoliberalismo Processual

A agenda neoliberal propôs políticas de ajuste estrutural que resultaram, por um lado, nas privatizações, no livre-comércio e na abertura comercial ao capital estrangeiro. Por outro lado, o neoliberalismo promoveu o corte e flexibilização de programas e garantias sociais firmadas pelo Estado de Bem-Estar, a fim de liberar os investidores dos custos excessivos que dificultavam a acumulação de capital e o crescimento da economia. Soma-se a estas premissas a eleição do pagamento da dívida externa como nova prioridade dos governos, tendo como objetivo reforçar a confiança dos credores externos, assim assegurando o fluxo de capitais necessário à recuperação econômica das nações capitalistas (PETRAS, 1999).



O ideal de justiça social promovido pelo Estado de Bem-Estar foi substituído pelos princípios de competitividade, produtividade e qualidade, motores da globalização econômica (BUEN L., 1997). Mas o que se observou em realidade não foi o crescimento econômico decorrente de uma livre concorrência, senão, o monopólio do mercado por um número reduzido de empresas, o que justifica o argumento de James Petras (1999) de que o neoliberalismo foi mais um estratagema utilizado para reconfigurar as relações socioeconômicas e concentrar o poder político e a riqueza nas mãos de uma pequena oligarquia.

Ou seja, o neoliberalismo realizou uma nova inversão no modelo de troca compensatória, tendo o Estado Social de Direito sido substituído por uma economia capitalista predatória que flexibilizou direitos sociais a fim de potencializar o ganho econômico (MACPHERSON, 1991). E, a fim de promover as premissas neoliberais em uma escala antes não observada, a globalização fomentou um processo de ocidentalização e aculturação que internacionalizou os princípios de livre mercado e eficiência financeira que servem de motor ao sistema capitalista. A globalização possibilitou uma verdadeira homogeneização e dominação universalista, instrumentalizando ao seu favor os direitos individuais e rechaçando qualquer categoria de direito que atentasse contra sua lógica de mercado, ainda, neutralizando quaisquer diferenças que ameaçassem o capitalismo neoliberal (DULCE, 1997).

José Isaac Pilati (2017b, p. 02) discorre a respeito do esgotamento da Sociedade estatal e do paradoxo antropológico contido nesta nova ordem, neoliberal e globalizada:

A sociedade estatal, costurada com fronteiras – mas de centro e periferia; baseada numa democracia representativa formal – mas de abissais diferenças sociais; voltada à acumulação a qualquer custo – mas às custas do planeta e da sobrevivência da espécie – essa sociedade diabética, que tudo adoça com dinheiro e minimiza com insulinas estatais paliativas – está chegando ao seu próprio limite de esgotamento. É um modelo que está sendo atropelado por aquilo que se conhece por globalização: uma nova *lex mercatória*, que não conhece limites jurídicos, desconhece fronteiras, promete liberdade e desenvolvimento, mas acelera o processo de concentração de renda, com empobrecimento e desigualdade. Qual é o rumo? Qual é a resposta de quem se preocupa com cidadania ativa e democratização das políticas públicas na nova ordem? O paradigma que professamos – sob a civilização – é, realmente, de extrema arrogância e brutalidade com a natureza e quaisquer outros modelos que não seja esse, de apropriação, de lucro e de acumulação. Sua base é um antropocentrismo intolerante que desqualifica a priori todos os demais seres – reputados simples meios ou coisas – objetos inferiores, à disposição do rei da criação. O paradoxo desse fundamentalismo econômico, é que a desqualificação é do próprio homem, que se avilta na pobreza, em mazelas sociais e risco de extinção como espécie, pelo esgotamento acelerado do planeta.

Como consequência de um descompasso entre os primados do Estado e do mercado, foram implementadas reformas que buscaram um modelo processual que não oferecesse riscos ao mercado, prejudicando até mesmo o exercício de um ativismo jurídico de teor estritamente jurisdicional. O



vulgo “neoliberalismo processual” promoveu um ideal de celeridade que não atendeu aos demais princípios processuais constitucionais, adotando uma perspectiva meramente funcional da celeridade, que prima pelo término da prestação jurisdicional o mais rápido possível, uma visão com enfoque apenas na produtividade e em números (NUNES, 2012).

Mais do que isso, se num primeiro momento o neoliberalismo processual se apropriou do discurso do socialismo processual, numa segunda oportunidade este o desnaturalizou e passou a usá-lo contra si mesmo a fim de promover seus próprios imperativos funcionais. Assim, a visão de celeridade como mera rapidez, que domina o discurso processual hodierno, tem gerado reformas que inviabilizam qualquer proposta de socialização dos litígios e que resultam no esvaziamento do papel do processo como instrumento de promoção e garantia dos direitos fundamentais (NUNES, 2012).

É o que ocorre na dogmática processual brasileira, em que a ânsia pelo aumento da produtividade a qualquer custo leva muitos juízes a uma postura de não interferência, em prol de um discurso burocratizante onde a celeridade é interpretada como mera rapidez. O processualismo brasileiro foi dominado por concepções funcionais e de eficácia que não correspondem ao viés garantista preconizado pela Constituição Federal (NUNES, 2012). Pelo contrário, o discurso da eficácia expressa a lei do mais forte no sentido econômico-social, visando garantir o lucro dos grandes poderes – não mais pessoas ou nações, mas grupos de interesses organizados, como os grandes conglomerados econômicos – mesmo que ao custo de projetos sociais (CAPELLA, 2002).

Juan Ramón Capella (2002) utiliza a denominação “soberano privado supra estatal difuso” para se referir aos titulares do poder supra estatal que rege a *lex mercatória* e produz efeitos de natureza jurídica e política que, embora tratem-se de interesses privados, também repercutem no âmbito público, inclusive na exigência de celeridade de um ramo do direito público, como a seara processual. E a imposição de rapidez faz com que os magistrados evitem processos que lhes demandem decisões mais complexas, inovadoras ou controversas, ou cuja legitimidade dos julgados exija uma participação dos demais sujeitos processuais. Assim, apesar de o panorama brasileiro tender a um aumento da atividade estatal no processo, pode se afirmar que o neoliberalismo processual rege as dinâmicas processuais no Brasil, conforme explana Dierle José Coelho Nunes (2012, p. 166):

Poder-se-ia argumentar que seria contraditório intitular esse momento processual no Brasil de neoliberal, uma vez que ele se embasa no aumento do papel judicial – ou seja, do Estado no processo. No entanto, ocorre que a) não se busca (e nem mesmo se assegura) uma infraestrutura institucional para o exercício socializador da prática decisória, mas somente a produtividade; b) se esvazia o papel formador das decisões, técnico e institucional, do processo, relegando sua estrutura problematizante a segundo plano; c) se busca uma aplicação massificante e em larga escala de provimentos; d) se busca a máxima sumarização



da cognição e e) o papel do juiz é fortalecido para o atendimento dos imperativos do mercado. Isso significa dizer que o aumento do papel judicial não busca nenhum objetivo socializante.

No neoliberalismo processual o cidadão não só possui um papel de espectador nas relações jurídicas, como é reduzido à condição de mero consumidor de um Judiciário reduzido à função de simples prestador de serviços. Em realidade, o neoliberalismo processual não se preocupa em arquitetar soluções técnicas coletivas adequadas, que levem em consideração as necessidades e a dimensão de cada um dos sujeitos afetados pela causa em análise, e que não inviabilizem a discussão de todos os argumentos cabíveis em uma dimensão de ágora, se limitando a medidas típicas de uma perspectiva jurídica individualista (NUNES, 2012).

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco (2008) alerta para o fato de que o processo é um instrumento que só se legitima em função dos fins a que se destina. O autor supracitado utiliza o termo “instrumentalidade” para se referir a uma perspectiva teleológica de processo na qual este consiste em um “instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos” (DINAMARCO, 2008, p. 178). Compete ao Estado impor os objetivos do processo, os quais são legitimados na Sociedade por uma série e escopos de natureza social, jurídica, e política, de modo que “a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação” (DINAMARCO, 2008, p. 179). Assim, a jurisdição é canalizada para a realização dos fins do próprio Estado, e, enquanto expressão do poder estatal, esta possui implicações políticas que a inserem num contexto de poder que exige uma compreensão orgânica do processo não apenas sob o prisma jurídico – como algumas visões paleopositivistas o fazem –, mas integrando este com o viés social, político e econômico (DINAMARCO, 2018).

Assim, ao coadunar os padrões da ciência e legitimar o pensamento neoliberal como o único provido de racionalidade, as relações jurídicas modernas acabaram criando um paradoxo dentro do qual a liberdade só pode ser desfrutada se em conformidade com aquilo que o neoliberalismo advoga e permite, conforme explana Ovídio Araújo Baptista da Silva (2006, p. 297):

[...] o direito na dinamicidade de sua experiência judicial, amoldou-se aos padrões da “ciência” moderna, ao pressupor a univocidade de sentido da lei, premissa legitimadora da extraordinária cadeia recursal que nos sufoca e da qual – como a ideologia do “pensamento único” neoliberal – não temos condições de nos libertar. Este é um dos tantos paradoxos do mundo contemporâneo. O homem conquistou a plena liberdade, mas não tem como usá-la; melhor, somente desfrutará da sensação de liberdade se permanecer fiel ao sistema [...] Ora, liberdade “para concordar” tinham-na também os alemães, sob o nazismo!

A ausência de liberdade para pensar e exercer o direito fora dos moldes neoliberais resultou em um dogmatismo que suprimiu qualquer vestígio de pensamento crítico, gerando juristas que



perderam a capacidade de questionar as causas por trás das relações jurídicas, e que se preocupam apenas com a forma como elas se desenrolam dentro do arcabouço jurídico, reforçando o próprio dogma. O dogmatismo também apresenta uma tendência para conceber categorias processuais como se fossem eternas, prendendo-se a aspectos conceituais e negligenciando a realidade social, valendo-se de uma lógica a-histórica e sem compromissos culturais que se assemelha ao observado nas grandezas matemáticas, tratando o direito como um fato natural aplicável a qualquer Sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades (DA SILVA, 2006).

Porém, Antonio Carlos Wolkmer (2001) aponta que o período que tem início com a crise do Estado de Bem-Estar, a partir dos anos 60, e se estende até o advento do neoliberalismo e consolidação de um mundo globalizado, seria o último ciclo do monismo jurídico. Esta etapa equivale ao esgotamento da legalidade enquanto estatuto epistemológico do paradigma jurídico moderno, tendo em vista que esta já não consegue mais corresponder a complexidade e às contradições culturais e materiais evidenciadas no século XXI. Consequentemente, a dogmática processual moderna já não se mostra suficiente para disciplinar sociedades altamente complexas, como a contemporânea, onde o avanço das tecnologias digitais expandiu a comunicação social em uma dimensão antes não experimentada, impulsionando um pluralismo de ideias que foge as exigências de certeza e univocidade do paradigma moderno, sem com isso poderem ser taxadas de irracionais (DA SILVA, 2006).

Se as relações jurídicas hodiernas são o produto de um paradigma moderno de teor neoliberal e fundamentado numa racionalidade dogmática, sua transposição exige o desenvolvimento de um aparato processual que se desenvolva em harmonia com a complexidade e pluralidade contemporâneas. Nesse sentido, o desenvolvimento de instâncias coletivas de resolução de conflitos pode contribuir para a superação da concepção do processo como expressão de um conflito individual firmado no liame entre Estado e indivíduo, permitindo uma visão comunitária do direito que possibilite o exercício político da fraternidade (DA SILVA, 2006).

Contudo, os juristas da Modernidade tardia são juristas de mercado situados em uma Sociedade em que a vida social exige mais trâmites jurídicos do que nunca, o que intensifica as negociações na esfera privada e a produção de normas de *lex mercatória* (CAPELLA, 2002).

No entanto, o projeto de Modernidade jurídica; idealizado pelos teóricos da Ilustração e apropriado pelos burgueses para promover seus interesses econômicos –valendo-se do direito e do Estado para tanto –; já não encontra mais respaldo diante da complexidade da Sociedade hodierna. Sob tal prisma, José Isaac Pilati (2017a, p. 15) afirma que a crise do paradigma jurídico moderno



“decorre de se empregarem formas jurídicas superadas para enfrentar conflitos novos, de outra magnitude e natureza, numa Sociedade muito mais complexa do que aquela das codificações, do individualismo, do sistema representativo puro”. O direito moderno foi construído no Estado e para o Estado, foi separado da Sociedade e reduzido a normas, sanções e formas, fechando-se em si mesmo e perpetuando modelos formais irreais que reduzem e sacrificam a complexidade da paisagem jurídica em prol de uma dimensão simples centrada na autoridade estatal (GROSSI, 2007).

8. Conclusão

É possível afirmar que uma Sociedade global, capitalista e neoliberal seja o último estágio daquele que pode ser designado como paradigma moderno, momento no qual o indivíduo, enquanto sujeito de direito, encolhe-se perante a *lex mercatória* e os primados de racionalização, simplificação e idealismo que lhe deram sustentação e se estenderam ao mundo jurídico como premissas universais. As operações de matematização, abstração, disjunção e redução, que viabilizaram o paradigma moderno das ciências naturais e que encontraram espaço na dogmática jurídica, resultaram numa sobreposição da forma sobre a substância do direito, e na flexibilização de seu conteúdo e alcance em prol de uma lógica de progresso fundamentada no desenvolvimento econômico, ou seja, no mercado. E, ao positivar no ordenamento jurídico programas e objetivos de governo voltados para o desenvolvimento econômico, o direito se consolidou como uma das principais vias de aceleração do tempo a fim de garantir a primazia dos ideais neoliberais. Tudo isso sob o abrigo da racionalidade proveniente do Estado, projetando, assim, o neoliberalismo como a única alternativa viável e racional em uma perspectiva socioeconômica.

Quando transposto para o plano das relações jurídicas, além da flexibilização de direitos sociais em prol de um dito desenvolvimento econômico – revertendo a balança do modelo de troca compensatória já mencionado nos parágrafos anteriores –, o neoliberalismo também produziu reflexos na dogmática processual. Por um lado, as reformas neoliberais reforçaram o papel da jurisdição e impulsionaram um ativismo judicial político que fez do Judiciário um refúgio para cidadãos abandonados por um Estado cujos serviços público-estatais foram igualmente afetados por estes mesmos pressupostos neoliberais. Por outro lado, o agigantamento da máquina pública – consequência do constitucionalismo social – não entrou em harmonia com o modelo político-econômico neoliberal adotado pelas principais potências ocidentais a partir da década de 60.

Entretanto, em vez de um processo constitucional democrático – que visa assegurar a



conformação dos institutos de Direito Processual com os princípios decorrentes da ordem constitucional, enquanto objetivos do Estado –, o que se observa é um modelo neoliberal de processo que privilegia a rapidez na resolução das lides individuais e defesa da propriedade privada e do livre mercado. Assim, se há uma instrumentalidade a ser identificada na dogmática processual contemporânea, essa diz respeito ao alinhamento das dinâmicas processuais com as premissas neoliberais, e não ao desenvolvimento das potencialidades humanas, como exigido no artigo terceiro da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/8868, quando em muito reduzindo o ideal de desenvolvimento nacional ao progresso exclusivamente econômico da nação.

Consequentemente, toda uma lógica de mercado que reduz os direitos subjetivos ao status de mercadorias a serem consumidas pelos indivíduos e providas pelo Estado foi transposta para as relações jurídicas contemporâneas. Tais relações já não operam mais em tempo real, mas num tempo próprio e disciplinado pelas normas processuais previstas expressamente nos códigos, a fim de garantir que a prestação jurisdicional se realize com rapidez, independentemente de sua complexidade. São relações jurídicas firmadas entre indivíduos, ou entre estes e o Estado, cabendo ao último a guarda dos interesses de cunho coletivo, o que o faz através de instâncias exclusivamente ou parcialmente representativas. E, no último caso, a participação do cidadão fica sujeita ao voluntarismo estatal e não possui natureza deliberativa, tratando-se de mera consulta em que a decisão final compete aos magistrados. Estes assumem um protagonismo na condução das lides, embora muitas vezes o façam em função do dever de produtividade que o modelo processual neoliberal lhes impõe, ao passo que, em outras circunstâncias, se valem de um ativismo político que prejudica o equilíbrio entre as instituições. Enfim, são relações jurídicas fundadas num princípio de legalidade que se faz valer como projeto de Modernidade, numa perspectiva de aceleração do tempo quase soteriológica, embora secularizada, dotada de uma práxis monista que identifica o direito sancionado pelo Estado como o único dotado de racionalidade e legitimidade – nesse caso, eminentemente formal – para regulamentar o mundo da vida.

Ante o exposto, é possível corroborar da hipótese preliminarmente levantada, dando a entender que as relações jurídicas modernas sofreram constantes transformações ao longo de sua história, todas com o intento de corrigir os vícios do modo de produção capitalista, se valendo dos primados da filosofia moderna e disseminados pelas revoluções burguesas como um escudo a fim de defender suas premissas com um status de racionalidade inquestionável. Dessa forma, pode se afirmar, igualmente, que se faz necessária uma discussão pós-moderna acerca das relações jurídicas, a qual contemple a complexidade dos agentes e interesses envolvidos na idade contemporânea,



abrangendo uma nova classificação de bens, sujeitos e processos que não atenda apenas a uma *lex mercatória*, mas correspondas aos anseios e desafios vivenciados por uma sociedade que se encontra o liminar de um novo devir. Ademais, é importe ressaltar que tal debate não deve se limitar apenas a leitura eurocêntrica até então protagonizada pelo discurso jurídico, mas deve se estender a outras perspectivas que correspondam a multiplicidade de culturas que performam uma nova sociedade integrada pelas tecnologias de informação e comunicação.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social**: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. Tese de Livre-Docência em Direito. São Paulo: USP, 2003.

BUEN L., Néstor de. **El Estado de Malestar**. México: Porrúa, 1997.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido**: uma aproximação historicoteórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DULCE, Maria José Fariñas. **Los Derechos Humanos**: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna. Madri: Dykinson, 1997.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2.ed. Florianópolis: Boiteux, 2007.

HUNT, Angela Elwell; SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Petrópolis: Vozes, 2000.

KELLY, John Maurice. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. Revisão técnica e da tradução por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução de Wilma Pereira Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2006.

LEITE, Roberto Basilone. **O Papel do Juiz na Democracia**: ativismo judicial político X ativismo



judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma Introdução à História Social e Política do Processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MACPHERSON, C. B. **Ascensão e Queda da Justiça Econômica e Outros Ensaios**: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Francisco Pizzette. PILATI, José Isaac. A Fraternidade como Princípio Ético Necessário para uma Nova Práxis Coletiva e Emancipatória em Direitos Humanos. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 9, n. 2/2014 p. 381-401.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. O Princípio da Fraternidade no Âmbito das Revoluções Moderna e Contemporânea. In: OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Direitos na Pós-Modernidade**: a fraternidade em questão. Florianópolis: Boiteux, 2011.

PETRAS, James. **Neoliberalismo**: América Latina, Estados Unidos e Europa. Blumenau: FURB, 1999.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PILATI, José Isaac. **Audiência Pública na Justiça do Trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017a.

PILATI, José Isaac. Por uma Nova Ágora Perante o Desafio da Globalização. In: **Revista Jurídica – CCJ/FURB**. Blumenau. v.12, n. 24, p. 14-29, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1329/935> Acesso em: 07 de dezembro de 2017b.

RUSSELL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental**: as aventuras dos présocráticos a Wittgenstein. 21.ed. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. Tradução de Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite. Revisão da Tradução por Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação:** por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da Modernidade.** Tradução de Elia Ferreira Edel. 9.ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001.