





TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

**TERCIO SAMPAIO
FERRAZ JR.** é professor
da Faculdade de Direito
da USP.

O futuro do direito

O DIREITO HERDADO DA MODERNIDADE: A LIBERDADE COMO NÚCLEO ORGANIZADOR

N

o século XVI, começa um movimento de interpretação do *corpus juris* em que se busca distinguir entre o entendimento sistemático das fontes romanas e o seu entendimento histórico-cultural. Explica-se, assim, a proposta de Donellus (*Commentatorium Juris Civilis Libri*) que constrói todo o direito privado como um sistema de direitos materiais¹. Partindo da famosa formulação de Celsus (*jus* como *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*), propõe ele uma definição de direito em termos de *ea quae sunt cuiusque privatim jure tamen illi tributa e, especificamente, como facultas et potestas jure tributa*, expressões que denotam qualidades subjetivas. Com isso, Donellus reinterpreta a dicotomia direito público/direito privado em consonância com a idéia de *suum cuique tribuere*, entendendo o *jus privatum* em termos de *jus quod privatis et singulis quod suum est, tribuit*. Por conta disso, o direito privado passa a ser teoria dos direitos privados individuais.

A classificação de Donellus e sua concepção de direito subjetivo como faculdade e poder atribuído pelo direito ao indivíduo sobre aquilo que lhe pertence não só incorpora a noção de livre arbítrio como essência humana, como também exige uma clara distinção entre a personalidade comunitária e a personalidade individual. A homogeneidade da personalidade comunitária é garantida pela organização e, como tal, se destaca de seus membros, as pessoas morais. Essa distinção cria condições para uma outra, entre a vinculação do comportamento derivada do estatuto social e a derivada do compromisso contraído, base para uma concepção racionalizada da diferença entre direito objetivo e subjetivo.

O desenvolvimento de relações juridicamente ordenadas para uma sociedade do tipo contratual e para o próprio direito como liberdade e, em especial, para configurações jurídicas da idéia de autonomia autorizada por regulamentos de um poder central resulta do enfraquecimento da noção de um estatuto difuso e sagrado, donde o crescimento da liberdade individual.

Essa liberdade, como um dado típico da espontaneidade humana, opõe-se à natureza, enquanto um mundo regido por leis determinadas.

De um lado, como a idéia de bem se torna relativa à perspectiva dos indivíduos, o subjetivismo da vontade se separa e se contrapõe ao objetivismo da razão e da ciência: é a separação entre consciência ética e verdade. De outro, a vinculação das normas da moral e da religião restringe-se à esfera das decisões privadas da consciência, separando-se da vinculação objetiva das normas jurídicas: é a separação entre consciência moral e direito. Segue daí uma terceira separação: a consciência ética deixa de ser vista como um problema de *scientia* e passa a um problema de conduta e valoração, donde a separação entre liberdade e natureza como universos distintos.

O resultado dessa liberdade é, então, a abertura de oportunidades para aproveitar-se o indivíduo do emprego inteligente da posse de bens no mercado sem limitações juridicamente externas para conseguir poder sobre outros indivíduos. Esse poder assume a forma jurídica de uma autorização pré-constituída, fundada na própria liberdade, formalmente acessível a qualquer um, de fato à disposição daqueles que detêm bens. Em consequência, temos uma organização política caracterizada por uma descentralização do poder para efeitos de produção de normas jurídicas que obrigam quem se compromete, mas que exigem uma estrutura global abstrata de coordenação: o Estado.

Contudo, o crescimento dessa liberdade formal não impede, mas fortalece a exigência de um poder central com força coativa superior. Max Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft Tübingen*, 1976, II. Halbband, VII, Par. 2^o) assinala que é com o monopólio da

¹ Cf. Helmut Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt, 1969, p. 43.

produção jurídica pelo Estado no seu aspecto formal, que aparece a idéia de um direito concreto como uma garantia de ação do indivíduo em face daquele monopólio. Essa garantia, num primeiro momento, tem um contorno meramente negativo, uma espécie de âmbito de não-interferência, a chamada liberdade negativa ou de não-impedimento, à qual, aos poucos, se acresce o sentido de capacidade de produzir direitos por meio de compromisso nas relações interindividuais. O não-impedimento assume, simultaneamente, a idéia de autonomia, como função típica da expansão e da generalização do mercado.

Quanto mais o aparelho de dominação dos príncipes exige a constituição de uma atividade mediadora, a burocracia funcional, tanto mais racionalmente processualizada se torna a produção e a imposição formal do direito. A exigência de garantia cria uma forma aberta a qualquer conteúdo: o direito de ação. Isso esclarece o aparecimento do aparelho judicial como uma máquina tecnicamente racional a serviço do cálculo sobre as chances de busca e concretização da ação econômica no mercado. A jurisdição toma a forma de uma administração da Justiça, garantia de direitos subjetivos, cujo núcleo é a liberdade, que adquire, assim, um sentido operacional.

Na seqüência desse desenvolvimento, a dogmática jurídica do século XIX vai entender o direito subjetivo, em oposição ao objetivo, como campo de ação livre do indivíduo, correlacionado ao reconhecimento intersubjetivo dos demais membros da sociedade, e, nesse sentido, como o “poder (*Macht*) à disposição de cada pessoa singularmente: um campo em que a sua vontade domina – e com a nossa concordância domina”². Nesses termos, como algo *per se* legítimo, porque parte da inviolabilidade da pessoa, da livre afirmação da vontade individual, portanto como um campo garantido (pelo direito objetivo) de domínio independente.

Essa pretensão de uma vontade individual livre em face dos demais indivíduos é reafirmada por outros autores, independentemente das diversas correntes que se formam para explicar a noção de direito

subjetivo. Assim Puchta (*Cursus der Institutionen*, 1865, par. 4º) vai falar do direito (em geral) como o reconhecimento da liberdade que se atribui, genérica e igualmente, aos homens como sujeitos do poder de vontade. Tecnicamente, o direito subjetivo é visto, então, como direito de *negar* a interferência externa em um campo próprio de ação (a própria vida, a própria propriedade, a própria disponibilidade), ou seja, como direito de *pretender* a omissão de interferência indevida.

A liberdade como *querer*/poder é um *poder-querer* como possibilidade de agir (disponibilidade) sobre um objeto (*res/persona*). A doutrina distingue, então, na estrutura normativa do direito subjetivo, dois aspectos, a saber, (i) *positivo*: o *poder* sobre algo (*res, persona*), isto é, *de atuar sobre algo*; (ii) *negativo*: *capacidade* de excluir outros.

O *aspecto positivo* é o cerne da liberdade e a “visibilidade” do livre arbítrio como substância está nesse poder dispor sobre *algo*, o que é muito mais concreto nos direitos *reais*, e mais abstrato nos direitos *pessoais*. Dessa *substantivação* segue que a liberdade como *poder dispor se revele na coisa sobre a qual se dispõe*: o ser livre se mostra no âmbito da *res*, isto é, “*ser livre*” e “*ter algo*” se identificam.

Essa identificação é reforçada pelo *aspecto negativo*, que, no entanto, tem apenas uma função instrumental: a função positiva é que funda a função negativa. Ou seja, a possibilidade de excluir terceiros repousa na relação poder/querer com o algo: *res, persona*, donde a negatividade ser consequência e não causa da liberdade.

Jellinek³ trouxe para a relação entre direito subjetivo e liberdade a teoria do *status*, isto é, da posição do ser humano em face do Estado: o cidadão não apenas como alguém submetido à sua soberania mas, por força de reconhecimento, sujeito dotado de personalidade, donde dotado de deveres e direitos em face do Estado. Essa posição, derivada de sua qualidade de membro do Estado (*Staatsglied*), é o seu *status*.

A liberdade é, assim, base pressuposta do direito. Se o próprio Estado está submetido

2 Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts*, 1840, vol. I, par. 4º.

3 *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, ed. 1963.

O SENTIDO PANTÉCNICO DO MUNDO ATUAL

à ordem jurídica, então a subordinação do indivíduo ao Estado deve estar limitada àquilo que a ordem prescreve. Ora, aquilo que resta ao indivíduo, subtraídas todas as limitações jurídicas estabelecidas para a ação individual, isto constitui sua esfera de liberdade.

A liberdade, conquanto núcleo da ordem jurídica, em si mesma, é uma situação caracterizada pelo fato de que ela não é juridicamente normatizada pelo Estado, razão pela qual Jellinek vai chamá-la de “liberdade natural”⁴. Com isso, *liberdade* passa a se identificar com as ações irrelevantes dos sujeitos para o Estado.

Contudo, a liberdade, definida como “possibilidade de atividade individual”, mas no sentido de “não importa que atividade” (*Beliebigkeit* – indiferença), não fornece nenhum padrão/medida para aquilo que o indivíduo está legitimado a opor em face do Estado. A posição de Jellinek acaba afirmando uma tautologia: “O indivíduo não deve ser levado pelo Estado a nenhuma prática ilícita e tem por isso uma pretensão, que repousa sobre o reconhecimento de sua liberdade, à omissão e à eliminação de comando obrigatórios que excedam essa norma. *Toda liberdade é, simplesmente, liberdade de coação ilícita*”⁵.

A influência de Jellinek no direito público foi muito grande. Por exemplo, os direitos subjetivos fundamentais, a liberdade da pessoa, a igualdade, a liberdade de pensamento, a liberdade de expressão, a liberdade de associação e de reunião, a garantia da propriedade e do direito de herança – todos os direitos fundamentais clássicos – aparecem como *delimitações*, isto é, formas de erigirem-se áreas, diante das quais o poder estatal deve parar.

Nesse sentido, Carl Schmitt vai falar, na sua teoria do Estado de direito burguês, do caráter *ilimitado* (*Unbegrenztheit*) da liberdade e do caráter *limitado* (*Begrenztheit*), em princípio, do exercício estatal do poder⁶. À diferença de Jellinek, Schmitt afirma, porém, existir um limite absoluto à possibilidade de conformação jurídica do legislador, que o impede de eliminar o “direito de liberdade como tal”.

Essa concepção do direito, centrada na liberdade, parece alterar-se no mundo contemporâneo.

Nosso tempo está dominado, de modo imperceptível para o homem comum, o homem do *sensu comum*, por um “sentido pantécnico” sem par (a expressão é de Martin Buber). Só conhece sujeitos dominantes, de um lado, e objetos a dominar, de outro. Não estabelece grandes diferenças sobre tratar-se ora de material natural, ora do chamado material humano. Nesse mundo, no qual todo objeto e qualquer sujeito é um *dado*, tudo é meio para alcançar um fim. Inclusive o próprio sujeito, degradado à mera força de trabalho, renovável e substituível.

A tecnologia hodierna – *voltada para a alteração da natureza* – apaga as diferenças entre normal e normativo, gerando um *ethos* de indiferença, em que a responsabilidade, na moral e no direito, nem se funda em convicções nem em resultados, mas nessa vaga e angustiosa percepção de que *algo precisa ser feito*.

A natureza não é mais a *phýsis* na imutabilidade de sua ordem e o fundamento de um *nómos* objetivo ao qual deve referir-se a *práxis* humana. Nem se oferece mais como um horizonte de universalidade permanentemente aberto à contemplação do filósofo ou à sabedoria do legislador.

O advento da sociedade tecnológica, como lugar da realização da razão técnica, está na origem da cisão contemporânea entre *ethos* e *nómos*. Liberdade e vigência da lei e do direito, que se exprime nas diversas formas de positivismo jurídico, exprime-se também na separação entre Ética e Política, que faz a política pesar sobre o homem hodierno como um destino trágico.

Uma nova homologia passa a vigorar entre o modelo da sociedade e a nova idéia da natureza.

Assim, a crise das concepções do homem, na trilha do espaço de questionamento aberto pelo advento das ciências humanas e

4 Idem, *ibidem*, p. 95.

5 Idem *ibidem*, p. 103.

6 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 1957, p. 126.



pelo predomínio da ideologia individualista, torna difícil para nossa sociedade, altamente politizada, no sentido organizacional e técnico, a capacidade de reconhecer-se num perfil antropológico fundamental ou de referir-se a uma imagem coerente do homem. Ora, essa fragmentação da imagem do homem na pluralidade dos universos culturais nos quais ele se socializa e se politiza efetivamente – o universo da família, do trabalho, do bem-estar, da realização profissional, da política, da fruição cultural e do lazer – torna problemática e difícil a adequação das convicções do indivíduo e de sua liberdade a idéias e valores universalmente reconhecidos e legitimados num sistema de normas e fins aceito pela sociedade.

Reside aí a raiz provável do paradoxo de uma sociedade, de um lado, obsessivamente preocupada em definir e proclamar uma lista crescente de direitos humanos, mas impotente, de outro, para fazer descer esses direitos do plano de um formalismo abstrato e inoperante, e levá-los a uma efetivação concreta nas instituições e práticas sociais. Na verdade, entre a universalidade do direito e as liberdades singulares a relação permanece abstrata e, no espaço dessa abstração, desencadeiam-se formas muito reais de violência que acabam por consumir a cisão entre Ética e Direito no mundo contemporâneo: aquela degradada em moral do interesse e do prazer, esse exilado na abstração da lei ou confiscado pela violência ideológica⁷.

Numa sociedade na qual a fabricação e troca de produtos era a principal atividade, até mesmo os operários cotejados com os proprietários da riqueza e das mercadorias produzidas ainda eram proprietários da sua “força de trabalho”. Mas isso termina com o advento da sociedade de consumo.

Numa sociedade de consumo, os homens passam a ser avaliados segundo as funções que exercem no processo de trabalhar e de produção social. Assim, se antes a “força de trabalho” era ainda apenas um meio de produzir objetos de uso ou de troca, na sociedade de consumo, confere-se à “força de trabalho” o mesmo valor que se atribui às máquinas, aos instrumentos de produção.

7 Cf. Henrique Vaz, *Ética e Direito*, São Paulo, 2002, especialmente pp. 205 e segs.

Com isso se instaura uma nova mentalidade: a mentalidade da *máquina eficaz*, que primeiro uniformiza coisa e seres humanos, para depois *desvalorizar* tudo, transformando a natureza e os homens em bens de consumo, isto é, bens não destinados a permanecer, mas a serem consumidos e confundidos como coisas, a serviço da própria sobrevivência, numa escalada em velocidade que bem se vê na rapidez com que tudo se supera na chamada civilização da técnica. O que está em jogo aqui não é o conceito de instrumento, o emprego de meios para atingir fins, mas a generalização da experiência da produção, na qual a utilidade e a serventia são estabelecidas como critérios últimos para a vida natural e para o mundo dos homens.

Ora, essa instrumentalização de tudo (por exemplo, a criança que de manhã escova os dentes *usa* a escova e a pasta e a água e, com isso, contribui para o produto interno bruto) conduz à idéia de que tudo, afinal, é meio, todo produto é meio para um novo produto. De tal modo que a sociedade econômica – como um todo – se concentra em produzir objetos de consumo, cujo consumo é, de novo, meio para o aumento da produção e assim por diante.

Com isso, as linhas distintivas entre política e economia se tornam confusas. Não se trata mais, por exemplo, do exercício político pelo detentor do poder econômico, na medida em que esse passa de uma esfera de atuação (atividade econômica) para outra (atividade política), mas de atividades com lógicas estruturalmente indiferenciadas, donde a estreita aproximação entre tecnocracia pública e privada.

Isso não faz com que o poder político-jurídico, o Estado soberano, deixe de desempenhar um papel decisivo.

O poder político-jurídico não é eliminado, mas repensado. Aparece numa forma nova. Antes ele se colocava como uma relação de império entre o governante e o governado, e como não havia ainda a premissa da questão econômica, essa relação era exterior, isto é, o território e sua administração eram os *objetos* do governante, que era externo a eles. Agora, surge uma

situação em que o governo não se destaca, como um outro, da própria territorialidade administrada, da qual faz parte. E, assim, o poder político-jurídico (soberania) se torna um problema de exercício interno dos atos de gestão governamental: política como economia, soberania como política econômica, tudo conforme uma lógica tecnocrática, a lógica da “governamentalidade”, em cujo cerne acaba por se estabelecer um triângulo estrutural: *império, disciplina e gestão econômica*.

Vale dizer, aquele conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises, reflexões que permitem exercer essa nova forma de poder político-jurídico (soberania) que tem por alvo a população, por forma principal de saber, a economia política, e por instrumentos técnicos, os dispositivos jurídicos de segurança e organização, passa a dominar a concepção de direito como instrumento de exercício do poder.

E esse é, afinal, o desafio do direito que se esboça para o futuro.

O CURTO-CIRCUITO INFORMÁTICO DA LIBERDADE

Esse problema tem a ver com um problema inerente à concepção de liberdade trazida pela própria era moderna, o chamado “paradoxo da consciência livre” (Max Scheler): a liberdade de consciência, afirmada radicalmente como prevalência absoluta das decisões íntimas sobre qualquer norma heterônoma, conduziria a uma espécie de “anarquia cívica”.

No mundo pantécnico, dominado sobretudo pela tecnologia informática, esse paradoxo, situado no terreno da simultaneidade e da rapidez das trocas de informações, provoca uma espécie de *curto-circuito* na noção de liberdade: toda decisão de informar torna-se, ao mesmo tempo, anárquica e conformada. Com isso, o conteúdo da noção de liberdade torna-se vazio.

Por exemplo, de um lado, ninguém pode ser coagido a não informar, cabendo a

cada qual definir o que deseja informar. Por outro, ninguém pode ser coagido a revelar sua própria intimidade, cabendo a cada um definir o que objetiva com sua intimidade. Se a liberdade repousa no confronto dos dois espaços (o que informar *versus* o que resguardar), o vazio aparece: informar até o limite da intimidade, resguardar até o limite do interesse em informar. Entre os dois espaços há apenas uma linha. A ausência de padrão ou medida revela o vazio estrutural da liberdade.

Segue daí um importante reflexo no modo como se enfrentam, no direito, os problemas da liberdade/responsabilidade, privacidade/publicidade.

Há alguns anos, a Universidade Gutenberg de Mainz, Alemanha, anunciava a invenção de um helicóptero *sui generis*. Capaz de transportar uma câmara, gravar sons e imagens, tinha o tamanho de uma mosca. Com isso, a possibilidade de adentrar em recintos fechados, flagrando situações íntimas, sem ser percebido, tornava-se uma realidade de conseqüências imprevisíveis.

No mundo contemporâneo, vamo-nos acostumando com formas engenhosas de acesso à privacidade, sem dar-nos conta da sua repercussão. Quantas vezes não nos deparamos com anúncios do tipo: *sorria, você está sendo filmado*. E é o que faz o ladrão, “sorrindo” e emitindo a ordem: *isto é um assalto*. Ou quando, de volta para casa, recebemos uma multa de trânsito, flagrados que fomos por uma câmara conhecida como “pardal”.

Essa nova situação está na raiz da tensão entre direito de informação e direito à privacidade, entre o exercício da liberdade individual e a responsabilidade por seus atos.

Salta aos olhos que o mundo contemporâneo vem marcado pela economia da informação. A distinção entre fabricação e serviço se torna difusa, quer porque os processos de fabricação constituem, hoje, uma conjugação de produção informatizada, isto é, de tarefas analíticas, computadorizadas, com criação de bens materiais, quer porque o planejamento da produção se comunica imediatamente com o mercado, ou seja, as

decisões de produção são, simultaneamente, decisões de mercado.

Daí decorre, também, uma desterritorialização da produção, pois o *lugar* da produção se torna apenas uma variável dentre outras, podendo ser virtualizado (coordenação de múltiplas atividades em redes de comunicação), em que a esteira de produção se acomoda a trabalhos em qualquer lugar (em casa, terceirizados, por tarefa, em tempo parcial, etc.). Com isso, os bens produzidos trazem a marca do descartável, signo expressivo do consumo, objetos despersonalizados e substituíveis.

Do ponto de vista econômico, percebe-se, por exemplo, a progressiva substituição do *fordismo* (a estrutura de produção simbolizada pela *esteira*), em que o processo produtivo é seqüencial e integrado num movimento temporal cronológico (cada peça é produzida para que se criem condições de produção da peça subsequente), por um movimento produtivo simultâneo chamado *just in time* (as peças são produzidas simultaneamente, às vezes em países diferentes, e montadas conforme um projeto único), o que transforma a produção num processo globalizado, cujo controle escapa ao Estado, tornando obsoletas velhas formas de política econômica, como, por exemplo, a da substituição de importações ou a aspiração de uma base própria, sólida e independente.

No plano financeiro, a simultaneidade de informações torna o nascente e o poente do Sol um único dado temporal, que obriga, por exemplo, o investidor, já à noite, a ter contato com o investimento que ocorre em outra parte do mundo, de dia. Com isso, a volatilidade das relações torna a moeda um objeto fora do controle compacto do respectivo banco central emissor. O surgimento do *e-money* é, disto, um exemplo significativo.

A simultaneidade restringe as capacidades de atuação do Estado, retirando-lhe importantes funções. Uma delas é a regulação do trabalho, pois a territorialidade dos controles é substituída pela virtualidade dos serviços. Não que desapareçam os controles territoriais (como na velha CLT brasileira),



mas sim no sentido de que a sociedade de serviços passa a preponderar, o que torna a chamada economia informal um dado complexo, para além da economia da pobreza. O que, no Brasil, é discutido como “flexibilização da CLT” é, assim, bastante representativo do fenômeno. Ocorre, por assim dizer, uma substituição do trabalho como atividade pessoal do trabalhador por um trabalho-máquina, cujo protótipo integrador é o computador. Vai daí, os riscos do trabalho, objeto de ação reguladora do Estado, entram para um mundo de virtualidades em que a relação homem/objeto ganha o perfil abstrato da integração em redes simultâneas de atividades complexas.

Nesse mundo, a individualidade do sujeito em oposição à coletividade, do privado em oposição ao público, sofre uma considerável transformação.

A noção do que é *público* se altera: ao invés de ser aquilo que é comum e transparente (cujo paradigma sempre foi a *praça*, o *ágora*), passa a ser o espetáculo, o *show*, “lugar” meramente simbólico, um aparato integrado e difuso de imagens e mensagens que regula o discurso e a opinião, e cujo paradigma é a TV. Se na praça os homens saem de suas casas e se confrontam, na TV a praça e a casa se confundem. Por exemplo, o discurso político, por mais que se exija dele a discussão das idéias, a apresentação de projetos e plataformas, torna-se uma jogada de venda articulada, tornando-se a participação política uma escolha entre diferentes imagens consumíveis.

Com isso, ao invés da coletividade dos indivíduos na praça temos o indivíduo coletivizado da TV, na qual estamos todos *separados* (cada um na sua TV, no seu computador) e, ao mesmo tempo, *juntos*, em termos de uma imensa uniformidade (consumidores das mesmas notícias, das mesmas novelas, dos mesmos filmes, do mesmo espetáculo). Ou seja, indivíduos isolados e difusos e, simultaneamente, integrados e uniformes.

Ocorre, assim, na verdade, um *curto-circuito nas relações humanas*, pela transformação da informação numa espécie de *commodity*.

Esse *curto-circuito*, pensado nos quadros da antiga oposição *indivíduo/sociedade*, conduz, à primeira vista, ao velho problema do papel do Estado como assegurador da liberdade. É o caso, por exemplo, da proteção do indivíduo quanto a dados privados (privacidade) e a questão da investigação da lavagem de dinheiro (ordem pública). Assim, de um lado, tornar-se-ia importante sublinhar o risco representado pela construção independente (de controle estatal) de redes de comunicação *privadas* e das regras *por elas* produzidas (exemplo típico: Internet) – se George Orwell escrevesse, hoje, o seu *1984* pensaria, certamente, *nesse* risco – e na assimetria do poder privado que elas engendrariam em face do poder público. De outro, as dificuldades de implantação de políticas públicas de proteção (com a exigência de acesso legal a dados privados por parte de funcionários estatais), dentro desse espaço privado, levantariam a questão dos limites de intervenção do Estado até porque seus atores privados (indivíduos) tenderiam a reclamar, nos quadros constitucionais e jurisprudenciais da atualidade, seus direitos a privacidade e à intimidade.

LIBERDADE E RESPONSABILIDADE JURÍDICA

Num mundo do *status* a obrigação surgia, quase sempre, *ex-delicto*. A obrigação, nas relações estamentais, estava intimamente ligada a noções mágicas. Na nossa cultura, uma das formas mais antigas de contrato que conhecemos é o empréstimo. Os povos germânicos, por exemplo, faziam empréstimos, mas esses só eram efetuados entre irmãos. Ainda eram de fundamento estamental. O empréstimo só podia ser feito entre os ocupantes de uma posição parental e, em virtude disso, o empréstimo ser submetido a certas proibições preliminares. Não se podia fazer empréstimos a juros porque era uma figura proibida. E mesmo a ação para cobrar um empréstimo não existia.

Havia procedimentos, mágicos, em que o credor tentava fazer com que o devedor fosse sugestionado a pagar. Na China, por exemplo, Max Weber nos dá conta de que o credor, diante do devedor que não lhe pagava o empréstimo, ameaçava o devedor com o suicídio.

Foi a racionalização e secularização da idéia de culpa, que se vê, aos poucos, separada da idéia mágica de pecado. Enquanto a noção de culpa esteve ligada ao pecado, como fundamento para a obrigação, o contrato não surgiu e o seu aparecimento está ligado ao desaparecimento desse tipo de ligação. No direito penal ela perdurou durante muito tempo (e ainda perdura na dificuldade de se apurar a culpa criminal de pessoas jurídicas), mas no direito civil e principalmente no direito comercial, seu desaparecimento foi mais rápido.

Nas sociedades modernas o contrato era uma instituição tipicamente capitalista e que exercia as seguintes funções básicas: em primeiro lugar, modalidade das relações de troca; em segundo, uma figura que institucionaliza a liberdade da vontade; em terceiro, a segurança contra riscos econômicos; e em quarto lugar o contrato permite a equalização dos contratantes, das partes sociais que entram em relação de troca.

Hoje, dá-se o aparecimento do que a doutrina jurídica começa a chamar de *direito responsivo*, não controlado, operacionalmente, por velhos paradigmas como o da liberdade/responsabilidade contratual, o contrato como inter-relação individual, substituído, por exemplo, no direito do consumidor e no da concorrência, por concepções pluriintegradas.

Por exemplo, um contrato envolve, hoje, para além dos contratantes, a consideração de uma série de situações simultâneas de economia de escala, de complexidades trabalhistas nacionais e internacionais, de regulação pluriestatal de finanças públicas e privadas, sujeitas a avaliações de entidades privadas (como as que estabelecem índices de confiabilidade econômica). Obriga-se, assim, o jurista a ter os olhos abertos para uma complexidade muito superior à mera complexidade normativa estatal. Nessa



medida é possível dizer que as partes contratuais se obrigam ao pactuado entre elas, mas também ao que não pactuaram (é o caso, por exemplo, dos contratos de assistência médica mediante seguro ou mediante entidades assistenciais privadas).

Altera-se, com isso, também a noção de privacidade, regulada pelo princípio da exclusividade. O privativo como uma esfera própria, do íntimo, da minha casa, do meu trabalho, daquilo de que se dispõe *com exclusividade, torna-se uma exceção*: no mundo do espetáculo, tudo é comum no sentido de consumível; ato, ao mesmo tempo, individual e coletivo. A privacidade do sujeito, no mundo universalizado e não personalizado do *prêt-à-porter*, aparece como luxo e supérfluo.

Com isso, a intersubjetividade, elemento crucial da responsabilidade, priva o outro de sua condição idiossincrática como “tu”, convertendo-o em mero “isso”. A relação “ego/tu” é ocupada pela relação “ego/isso”. E, como “isso” é, indiferentemente, “ele” (outro sujeito humano qualquer) ou “aquilo” (outra matéria não-humana qualquer), o próprio ego se vê afetado: ou é dominante ou dominado. Sendo que “domínio” significa redução de tudo a algo servível (e utilizável) ou a algo inservível (e descartável).

Nessa perda da intersubjetividade altera-se a responsabilidade jurídica, tipicamente *instancial*, isto é, a responsabilidade que se mede por parâmetros (normas, quadros, valores, etc.), a responsabilidade *perante* ou ante algo/alguém, em virtude do que se fez e do que se faz.

Em seu lugar entra uma “responsabilidade” *situacional*, caracterizada por ausência de instâncias e, não obstante, pela angústia da exigência de justificar-se sem justificação. Entre a petulância, a arrogância e a resposta inconscientemente irresponsável, o homem de nossos dias perde a dimensão temporal da responsabilidade: não distingue a responsabilidade pelo que fez/aconteceu, pelo que faz/acontece e pelo que poderá fazer/acontecerá. A responsabilidade situacional é atemporal: ela é instável, insegura e, também, necessária e indispensável. Onde o “politicamente correto”, o senso “ecológi-

co”, a “organização”, marca estrutural tanto da violência como da paz, como “justificativa” para respostas irresponsáveis: tudo se explica, tudo se compreende, por mais desarrazoado que possa ser.

De uma sociedade, até bem pouco, fundada na lógica da inclusão/exclusão (em que cada indivíduo pertence a um grupo estamental – *status* social), o mundo ocidental passou para a sociedade funcional, em que cada indivíduo é um “operário” que exerce uma função (lógica do útil/inútil). E chegou a uma sociedade de descentralizações coordenadas/descoordenadas. Nessa, o centro está em toda parte, de parâmetro sujeito a imposições e submissões que não possuem uma identidade visível.

Pode-se dizer, assim, que o curto-circuito da liberdade altera a concepção, sobretudo, do próprio direito, visto agora como um fenômeno de integração simultânea de vários centros normativos, não redutíveis a sistemas legais, cujo protótipo foi a ordem escalonada à moda de Kelsen.

DIREITO EM REDE

Obviamente, o tipo de enfoque tradicional esposado pelo direito não é inteiramente adequado à liberdade em rede informatizada, isto é, à liberdade que se manifesta sempre em reciprocidade, pois a informação posta individualmente em rede é, simultaneamente, para os outros.

A doutrina jurídica aplicada consiste até agora no controle de encontros cruzados e colisões. Mas hoje ela tem de se abrir também para a garantia dos pressupostos reais do exercício da liberdade em relações conectadas. Isso conduz ao problema da assimetria na proteção da liberdade em face de perigos, de um lado, no seu exercício por meio do Estado (Estado “protetor” das liberdades) e, de outro, por meio dos indivíduos privados (afirmação anárquica da liberdade).

A questão prática do controle de dados e da simultaneidade de informações põe-se em um novo contexto filosófico da

responsabilidade, no eixo da liberdade. O novo eixo pode ser uma pista para o direito no futuro.

Na obra coletiva *Der neue Datenschutz*⁸, John Borking (“2.008 Ende der Privatheit”, p. 284) assinala:

“A tecnologia ‘scan’ da câmara de registro permite reconhecer que, no limiar do século XXI, fica visível uma tirania das modernas tecnologias de informação e comunicação. As possibilidades de juntar informações sobre pessoas – imediatamente ou por meio de indícios – a fim de exercitar poder sobre os seres humanos e de manipulá-los, são enormes”.

Na crise contemporânea do curto-circuito da informação existe a crise do intermediário, isto é, *daquilo que está entre*. Nessa crise, a liberdade só é percebida negativamente. Ou seja, pode-se dizer que *liberdade, todos sentem quando a perdem, mas ninguém sabe dizer o que é*.

A liberdade sentida apenas na perda é, com efeito, pura negação: *não ser impedido de*.

Desmoronam, assim, os fundamentos jurídicos da responsabilidade na liberdade: “ninguém está obrigado para além de sua vontade” e “todo engajamento voluntário é legítimo”. Em seu lugar entra uma atitude calculista: a capacidade de fazer apostas com riscos mínimos.

A responsabilidade passa, então, a fundar-se num jogo de representações, modelado conforme estereótipos tecnicamente construídos, até elaborados mediante formulários, que se adquirem numa papelaria ou que são “baixados” no computador. Uniformizados por esses estereótipos, os sujeitos são responsáveis enquanto os reproduzem.

Mas como a liberdade não tem conteúdo próprio, afirmando-se sempre circunstancialmente, isso faz da responsabilidade, antes fundada em instâncias legitimadoras, o mero resultado de uma “vontade” reconstruída com base nos modelos. Ou seja, com base num cálculo, em que futuro e passado são invertidos. O futuro, contingente, pre-

visto no cálculo, torna-se passado: aquilo que ocorrerá provavelmente. Com isso, a responsabilidade de alguém por seus atos passa a medir-se pelo que acontecerá, isto é, pelo porvir sutilmente anteposto ao presente. Mas como o futuro é contingente, a responsabilidade toma o sentido de uma promessa condicionada.

Isso explica, de um lado, a queixa dos que, sofrendo e lamentando a desordem, exigem *dos outros* (qualquer um e todos, difusamente) uma responsabilidade por tudo que possa acontecer, sem conseguir um caminho para evitar o niilismo e a desesperança. Pior, a indiferença. De outro, as angústias de uma geração, culpada pelo que poderá acontecer perante o que poderia ter acontecido. É, por exemplo, o drama da responsabilidade ecológica.

Pode-se dizer, em face disso, que o direito que conhecemos lida mal com os problemas da relação entre liberdade e responsabilidade que surgem na sociedade pantécnica.

Com efeito, nos estudos jurídicos sobre responsabilidade tradicional, em termos de *responsabilidade instancial*, esta foi tradicionalmente conceituada como uma relação de um sujeito *S* com uma proposição *p* satisfazendo três condições: crença numa instância (*S* acredita em *p*); verdade (*p* é verdadeiro); e justificação (*S* está justificado por acreditar em *p*). Mas a definição de responsabilidade nesses termos acaba por sujeitar-se, hoje, a situações paradoxais, por meio das quais as três condições são satisfeitas, mas que não são situações em que há relação de responsabilidade. Por exemplo, (i) *acredito nas razões ecológicas* (crença); (ii) *as preocupações ecológicas são verdadeiras* (verdade); (iii) *as razões ecológicas justificam meu comportamento* (justificação). Portanto, (iv) *se eu não me abstenho do uso de meu carro, sou responsável pelo desastre ecológico*.

O paradoxo aparece na inconsistência da conclusão: das premissas, corretas, segue uma imputação de responsabilidade que o sujeito livre não tem como assumir. O que mostra que a definição de responsabilidade, nos termos da tradição jurídica, como

8 Helmut Bäumler (org.), *Neuwied/Kriftel*, Luchterhand, 1998.



crença instancial, verdadeira e justificada, é insatisfatória, pois não permite estabelecer qualquer relação entre os *elementos que tornam a proposição verdadeira e as razões pelas quais efetivamente o sujeito acredita na proposição e age em função dela*.

Em suma, a solução o problema da responsabilidade instancial não é suficiente para se afirmar que um sujeito *S*, que usa o seu automóvel, adquire um conhecimento (acreditável, verdadeiro) e por isso (justificável) é responsável.

O DIREITO NO FUTURO

Pode-se dizer que, no âmbito da sociedade tecnológica de informação, a noção clássica de responsabilidade com base na liberdade como espaço de ação, restrito pela liberdade dos outros, a liberdade que se manifesta sobre bens cujo uso exclui o uso dos outros, sofre limitações significativas, que anunciam um outro cenário para o direito no futuro.

A sensação é mais de angústia do que de conforto.

Para começar, a impressão é que viveremos, cada vez mais, em um mundo sem sujeitos. O *direito* de que se fala ainda hoje sempre foi visto como *subjetivo* (direito subjetivo), um *poder* dispor, usufruir, gozar alguma coisa. A propriedade contemporânea vira quota, ação, participação, administração, gerência. A figura do “dono” (proprietário) se esvanece. Não há *sujeito (persona)* do direito de propriedade, apenas uma organização, dirigida por profissionais, que distribui dividendos para acionistas, que não se definem como sujeitos livres, mas que são, muitas vezes, outras organizações do mesmo tipo.

Se isso vier a recrudescer no futuro, à propriedade sem sujeito começará crescer-se a liberdade sem sujeito: “sujeito livre” será apenas um ponto geométrico de confluência de imposições normativas. E à liberdade sem sujeito, a responsabilidade sem sujeito: “sujeito responsável”, não como quem se obriga, mas como quem é

“indicado” para satisfazer uma exigência.

O fato a ser reconhecido é que, fora da rede (rede normativa, do Estado, das organizações privadas, de informações comerciais, de cadastramentos, de registros civis, de registros bancários, de empregados na empresa, de informações em geral, etc.), qualquer um, se pensado isoladamente, é um nulo.

Será, então, que o sujeito não passa de um ponto que ganha significância a partir do analista de mercado, do planejamento difuso de interesses, o sujeito como invenção tecnológica, que existe apenas virtualmente? E, por consequência, o sujeito responsável não se tornaria um culpado sem responsabilidade ou um responsável sem culpa?

O FUTURO DO DIREITO

Em um dos capítulos da mencionada obra coletiva *Der neue Datenschutz* (pp. 283 e segs.), John Borking utiliza-se de um método por ele denominado “técnica dos cenários” para propor instigantes prognósticos sobre o futuro das sociedades informatizadas, a partir de duas hipóteses chamadas em seu texto de *big brother* (Estado policial forte) e *little sister* (Estado enfraquecido), tendo em vista o mundo contemporâneo da comunicação de dados.

No cenário *big brother*, a partir do problema de combate à criminalidade digital (por exemplo, a lavagem de dinheiro), pode-se imaginar, no futuro, um Estado altamente controlador das comunicações por meios eletrônicos, por meio de instrumentos como a redução do homem a um número único, capaz de identificá-lo em todos os seus documentos civis e criminais. Nesse cenário, contra a ineficiência de uma organização fundada na tripartição dos poderes, cresceria o poder de gestão administrativa, possibilitando a instantaneidade da imposição de multas, de tributos, de medidas preventivas. Em consequência, teríamos um clima social de grande conformismo, com redução da esfera privada e uma certa dissolução do indivíduo em seu papel de cidadão, em troca



de uma versão abstrata de cidadania. Nesse cenário, o direito adquirirá eminentemente um caráter de norma de organização, mero instrumento do Estado.

No cenário *little sister*, haveria uma espécie de privatização das funções estatais de controle, pela progressiva comercialização dos serviços públicos, inclusive e especialmente no que se refere a bancos de dados, tendo por consequência um enfraquecimento do poder constituído no combate à criminalidade digital, cuja prevenção se tornaria uma questão de interesse de grupos sociais e não da coletividade. Com isso teríamos certo clima social de apatia, com formação de verdadeiras “seitas” eletrônicas, para não dizer “máfias” e, em decorrência, o aparecimento de uma nova divisão de classes: os (eletronicamente) informados contra os desinformados. Nesse cenário, o direito aparece mais como norma dispositiva, apropriável pelos grupos dominantes, na forma de regras técnicas de acomodação dos interesses locais.

Nesses cenários, que muito têm de um “admirável mundo novo”, coloca-se o foco de luz, vindo do futuro para o presente, sobre a necessidade de pensar (ou repensar) o tema da liberdade como núcleo do direito. Na medida em que a proteção da espontaneidade individual (livre iniciativa, privacidade, sigilo) vem a contrapor-se de forma imprecisa ao interesse público (transparência, direito à informação, repressão ao abuso de poder) a liberdade torna-se vazia de conteúdo. Ora pende para o fechamento do círculo protecionista em torno do indivíduo (sigilo bancário, sigilo de dados, como garantias radicais do indivíduo), ora para o devassamento por meio da autoridade burocrática (legitimação de investigações administrativas sem acompanhamento ou mesmo sem autorização judicial).

Admirável ou inexorável mundo novo?

O FUTURO DIREITO

No campo informático, tratamos de bens (informação e conhecimento) cujo uso

por um, dada a inexistência de limitação física, não exclui o uso por outro. Ou seja, em princípio, aquele espaço de ação pode continuar livre independentemente da ação dos outros. Mais do que isso, nessa esfera, o espaço de ação para o sujeito é relevante na medida em que lhe permite se *comunicar* com os outros. O ciberespaço somente se constrói na medida em que cada espaço de ação de cada sujeito é voltado para a comunicação com os outros, sem a qual o próprio ambiente perde sentido.

Assim, uma hipótese possível para a discussão da responsabilidade num mundo pantécnico poderá estar em exigir uma conexão entre os seus elementos (crença numa instância; verdade; e justificação) em termos de confiabilidade do processo de justificação. Ou seja, que o sujeito responsável tenha controle sobre o procedimento que justifica a proposição e que esse procedimento seja, ele mesmo, confiável, isto é, conduza à verdade.

Abandonar-se-á, para tanto, a concepção de “crença” como um determinado estado mental em acordo ou desacordo com uma determinada realidade externa, isto é, com uma *instância*.

Dentro de um contexto pragmático, é possível que venha a enfatizar-se a incidência dessa crença no complexo de nossas atitudes práticas, ou seja, em nossa habilidade de compreender o mundo e atuar sobre ele. Assim, a crença passará a ser entendida como uma disposição para agir a partir de um conteúdo de informação, que pode ser bem ou malsucedida.

Uma crença justificada tornar-se-á aquela disposição para agir a partir de um conteúdo de informação que provoca ações conducentes a resultados bem-sucedidos, conforme as exigências que se apresentem. Nessa linha, uma tomada de posição, em face de uma situação sem padrões instanciais, irá constituir um agir responsável *na medida em que englobe soluções adequadas ou interessantes para o problema que é destinado a resolver*.

A relação cognoscitiva entre um sujeito e um objeto exigirá, pois, uma conexão do sujeito com os elementos que causam

o sucesso para a resolução do problema. Dessa forma, exigir-se-á do sujeito responsável que controle, por meio de algum procedimento, as razões que tornam as soluções corretas, adequadas ou interessantes para o problema. Essa exigência tornará a acessibilidade à informação um pressuposto da responsabilidade, de modo que, *para ser um saber razoável* (justificável), *uma informação deverá ser representada em uma estrutura comum, ela própria livre ao acesso de todos*.

Por conseqüência, o indivíduo *juridicamente responsável* poderá deixar de ser visto como um ente isolado (agente) que se relaciona com outros (paciente) e vice-versa numa relação de confronto, para passar a ser considerado como um *ente comunicativo*, uma *unidade agente/paciente*, numa rede de conexões. Ou seja, ninguém será agente responsável perante um paciente nas suas relações, mas sempre *agente/paciente responsável* num *complexo comunicativo*.

Se isso vier a acontecer, o futuro direito pode ser antevisto na discussão do conjunto liberdade/responsabilidade, conforme uma orientação que se torna menos semântica e substantiva, mais pragmática e comunicacional.

Altera-se, assim, a noção típica de direito subjetivo, exposta no início, que atendeu a uma determinada concepção de liberdade, que obviamente sofreu e continua a sofrer mutações. Com essas mutações, vai se modificando a ordem jurídica ou a interpretação da ordem jurídica, o que passa a permitir uma reinterpretação da própria noção de direito subjetivo tendo a concepção de liberdade subjacente como um lugar-comum (*topos*) que orienta essa interpretação.

Na sociedade pantécnica, não há propriamente, é verdade, uma unidade substancial do sujeito do direito subjetivo, mas situações jurídicas para as quais o conjunto de regras aplicáveis permite falar em direitos subjetivos sem sujeito, como é o caso das imensas e poderosas organizações (sociedades anônimas), em que o direito de propriedade parece perder sua construção estrutural: “*ser livre*” e “*ter algo*” se identificam, o que ressalta o papel de sua função de proteção

das pretensões, ou seja, da possibilidade de excluir terceiros, a qual repousa na relação poder/querer com o algo: *res, persona*.

Ora, a partir dessa percepção altera-se aquela concepção da liberdade, cujo exercício se dava numa relação de confronto. Ou seja, altera-se o antigo princípio segundo o qual a dignidade humana está centrada na liberdade individual e a liberdade de um *termina* onde *começa* a liberdade de outro.

Com isso é possível imaginar um novo cenário.

Com base nessa liberdade, o *sujeito de direito* passará a ser pensado não como um agente que domina os recursos de acesso à informação, mas como um agente que se comunica por meio deles: a *comunicação* mesma como um bem em comum e não como um bem apropriável.

Assim, no ambiente onde a comunicação e a reciprocidade são meios para a realização individual, a dignidade da pessoa poderá vir a centrar-se no viver em livre comunicação com o outro. Assim, a liberdade no direito da sociedade da tecnologia da informação poderá ser mais bem definida pela fórmula: a liberdade de um *começa* onde *começa* a liberdade do outro. Nesse cenário, a liberdade não é vontade nem escolha que sempre limita a escolha dos outros. E o direito deixa de ser um regulador do que cada um tem, mas um regulador de *como* cada qual informa junto aquilo que informa o outro, sem que a rede seja propriedade de um ou de outro.

Para elucidar a idéia, veja-se um debate ocorrido, nos Estados Unidos, a propósito do Communications Decency Act (CDA), legislação de 1996 que estabelecia punições criminais pela distribuição de material “indecente” pela Internet, de tal modo que a elas tivessem acesso menores de idade. A questão era saber se o provedor deveria ser visto como mero instrumento de circulação de informações ou se deveria ser responsabilizado como editor. O problema estava na oposição entre a proteção de menores e o direito à livre informação e opinião.

A batalha judicial que se seguiu terminou em 1997, com uma decisão da Suprema Corte, que rejeitou o CDA, com base nos argumentos do juiz Dalzell, que havia dito que

“[...] a Internet pode ser vista justamente como uma conversação mundial sem fim. Como a forma mais participativa de discurso de massa até agora desenvolvida, a Internet merece a maior proteção contra a interferência governamental. Na exata medida em que a força da Internet é o caos, assim também a força de nossa liberdade depende desse caos e da cacofonia do discurso sem peias que a Primeira Emenda protege”⁹.

E dessa cacofonia depende também o sentido da responsabilidade humana para a ética e para o direito que se esboça para o futuro. Utopia ou um futuro para o direito?

9 Cf. David Brin, *The Transparent Society*, 1998, p. 129.