

NEOMEDIEVALISMO JURÍDICO OU HIPERCOMPLEXIDADE? COMPARANDO OS PLURALISMOS MEDIEVAL E CONTEMPORÂNEO*

NEOMEDIEVALISM OR HIPERCOMPLEXITY? COMPARING MEDIEVAL AND CONTEMPORARY PLURALISMS

Mateus de Oliveira Fornasier¹

Luciano Vaz Ferreira²

Carla Froener Ferreira³

Resumo

O presente artigo discute eventuais congruências e incongruências entre o Direito plural medieval e o pluralismo jurídico contemporâneo. Conduziu-se a pesquisa a partir do seguinte questionamento: é possível afirmar, diante da verificação do atual pluralismo jurídico, a ocorrência de um processo de “neomedievalização jurídica”? Sua metodologia é histórico-evolutiva, inicialmente, e sistêmico-constitutivista em sua continuidade, a fim de possibilitar uma comparação entre os dois períodos históricos considerados (Medieval e contemporaneidade), tendo-se optado pela pesquisa monográfica e de técnica bibliográfica. Como resultados, observaram-se algumas semelhanças superficiais e aparentes entre a ordem jurídica medieval e a contemporânea – sendo o principal elemento de identidade entre as duas manifestações a presença do pluralismo jurídico. Ressalta-se, contudo, que o legado do Estado moderno é indissociável da experiência jurídica contemporânea, de modo que falar de um “neomedievalismo jurídico” se mostra temerário.

Palavras-Chave: Neomedievalismo; Pluralismo Jurídico; Complexidade.

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Brasil. Professor e Pesquisador nos Programas de Pós-Graduação stricto sensu; (Mestrado) em Direitos Humanos e da Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), Ijuí/RS e da Graduação em Direito da Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS), Porto Alegre/RS.

² Doutor em Estudos Estratégicos Internacionais (UFRGS), com período de pesquisa na American University (Washington, D.C., EUA). Mestre em Direito (UNISINOS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), nos Cursos Graduação em Relações Internacionais e Comércio Exterior. Professor Colaborador do Mestrado em Direito e Justiça Social (FURG). Atuou como Assessor na Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos (2010-2015) e na Secretaria de Segurança Pública (2009-2010) do Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Professor e pesquisador de Relações Internacionais, Comércio Exterior, Direito Internacional e Comparado, com vários artigos e livros publicados no Brasil e no exterior.

³ Mestranda em Direito e Sociedade pelo Centro Universitário La Salle (UNILASALLE). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Advogada.

*Artigo recebido em 29 de abril de 2019 e aprovado em 20 de setembro de 2016.

Abstract

This article discusses possible consistencies and inconsistencies between the medieval plural law and the contemporary legal pluralism. The research was conducted from the following question: is it possible to say, when checking the current legal pluralism, the occurrence of a process of "legal neomedievalization"? Its methodology is, initially, historical and evolutionary, and systemic constructivist in its continuity, in order to allow a comparison between the two considered historical periods (Middle Ages and contemporary), having opted for a monographic research and bibliographical technique. As its results, there were some superficial and apparent similarities between the medieval and the contemporary legal system – being the main element of identity between both manifestations the presence of legal pluralism. It is noteworthy, however, that the legacy of the modern state is inseparable from contemporary legal experience, so to speak about a "legal neomedievalism" might be foolhardy.

Keywords: Neomedievalism; Legal Pluralism; Complexity.

INTRODUÇÃO

Isaiah Berlin publicou, em 1953, o ensaio *The Hedgehog and the Fox* (“O Porco-Espinho e a Raposa”), no qual discorreu acerca de possíveis classificações do pensamento filosófico. Naquela oportunidade, cunhou e utilizou o termo “neomedievalista” com o escopo de designar pensadores modernos que defendiam, com um cariz nostálgico, o rememorar de conceitos e ideias corriqueiras durante o Medievo, os quais teriam sido esquecidos pela instituição de uma certa *tabula rasa* durante o alvorecer da Modernidade. Atualmente, a despretensiosa postulação de Berlin soa como profética, tendo-se em vista a verificação, ao longo das últimas décadas, uma constante revisitação do Medievo na cultura mundial.

Tal fenômeno, contudo, não se limita a aspectos culturais, sendo também verificável no campo da política. Hedley Bull discorreu, de modo pioneiro, em *The Anarchical Society* (“A Sociedade Anárquica”) de 1977, a possibilidade do tradicional sistema político estadocêntrico ser substituído por um modelo similar ao existente na Idade Média, o qual teria sido, em suas explanações, formado por diversos centros sobrepostos de poder.

Seguindo esta linha, a presente pesquisa procura investigar a possível existência de um “neomedievalismo jurídico”. Como não foi encontrado um conceito consolidado para

fenômeno do “neomedievalismo”, arrisca-se uma definição autoral própria, devendo ser entendido como a identificação no tempo contemporâneo de características semelhantes às experiências sociais da Idade Média. Neste contexto, o “neomedievalismo jurídico”, nada mais é que a tentativa de buscar semelhanças entre a ordem jurídica medieval e o direito contemporâneo. O estabelecimento destes contornos será o problema que norteará a pesquisa. A existência ou não da identificação entre as duas ordens jurídicas (a medieval e a contemporânea) constituem-se como hipóteses do problema apresentado.

A pesquisa divide-se em quatro seções. A primeira delas versa sobre a origem da ordem jurídica medieval na Europa, formada após a queda do Império Romano do Ocidente. Aqui, serão apresentadas as principais características do Direito Medieval – versando acerca da pluralidade de ordens sobrepostas que representavam o fenômeno jurídico, principalmente no que concerne à Europa Continental de então (cuja tradição jurídica é a transplantada para o Brasil, e da qual deriva a sua até a atualidade).

Seu segundo momento se refere à Modernidade, e às características consideradas básicas para compreender o período. Dessa forma, a racionalidade fundamentadora das teorias de então, bem como a ascensão da burguesia ao poder político são ressaltadas como fatos históricos mais significativos.

Já a sua terceira parte se refere à ordem jurídica contemporânea, objetivando-se traçar paralelos entre a experiência jurídica medieval e as práticas atuais, de modo a identificar as semelhanças e rupturas. Aqui se ressalta a alta complexificação do período, não apenas do cotidiano político, mas também das teorias jurídicas.

Por fim, a quarta parte distancia-se da análise dos fatos históricos para se concentrar na própria complexidade – tanto na medieval quanto na contemporânea, posterior à Modernidade. Para essa tarefa, escolheu-se a teoria sociológica da diferenciação social, a fim de se realizar um comparativo diacrônico entre Medieval e Pós-Modernidade.

Em relação aos aspectos metodológicos, optou-se por utilizar duas metodologias distintas, porém correlatas e complementares: de início, utiliza-se uma análise histórico-evolutiva de fatos relevantes para a compreensão das principais mudanças no Direito europeu continental (o que se faz da primeira à terceira parte do artigo). Logo após (quarto segmento

do texto), optou-se pelo método sistêmico-construtivista, analisando-se a sociedade como sistema diferenciado, em cada época aqui comparada (Medieval e contemporaneidade), com bases comunicativas diversas. Optou-se pela pesquisa monográfica, dado que o tema foi abordado de modo concentrado, sem se prender a abordagens manualísticas ou dogmáticas. Por fim, sua técnica de pesquisa é a bibliográfica, tendo sido utilizados, como fontes, livros e artigos brasileiros e estrangeiros que versam sobre teoria do direito e ciência política.

1 A ORDEM JURÍDICA MEDIEVAL NA EUROPA CONTINENTAL

A origem antiga do Direito ocidental, de acordo com Fustel de Coulanges (2006, p. 36-45), pode ser encontrada nas práticas religiosas de povos de raiz indo-europeia (os quais deram origem, posteriormente, a gregos e romanos). À medida em que as relações humanas foram se complexificando, com o aumento populacional e o desenvolvimento das primeiras cidades na Europa, o fenômeno jurídico passou a enfrentar um lento processo de laicização, identificando-se menos com tradições religiosas ancestrais e mais com uma forma de pacificação social, definida tanto de modos autocráticos quanto democráticos.

Nesse contexto, ocorreu o florescimento da civilização romana, a qual estabeleceu, com o tempo, um forte Império, com domínios sem precedentes, que se estendiam desde o que hoje é a Grã-Bretanha até o Oriente Médio, englobando quase toda a Europa Ocidental e o norte da África. Além dos aspectos culturais, que atravessaram as extensões do tempo, a civilização romana foi conhecida pela criação de um sistema jurídico altamente desenvolvido, o qual se traduzia no uso de leis escritas, na manutenção de uma estrutura judicial de cunho estatal (principalmente a partir da instituição do Império) e a profissionalização da atividade jurídica. Devido ao alcance atingido por Roma, é possível dizer que o seu sistema jurídico representou a aplicação de um Direito único em uma longa extensão territorial, correspondendo a uma grande parte do que então era conhecido como “mundo civilizado”.

O expansionismo do Império Romano carregava, contudo, a semente de sua destruição. O aumento constante das fronteiras proporcionou a diluição do poder romano, especialmente após a divisão entre dois impérios (GROSSI, 1996, p. 63). Era impossível manter uma estrutura de poder em um território tão vasto. Em meio a crises econômicas

(inflação e escassez de escravos), política (inabilidade dos governantes e inchaço da máquina pública) e de segurança (impossibilidade de manter um exército capaz de garantir a ordem pública, recorrendo a mercenários bárbaros), o Império Romano do Ocidente ruiu em 476 d.C. (GIBBON, 1995). Com o colapso da economia escravagista e a instabilidade política existente nas cidades romanas, a maioria da população migrou para o campo em busca da segurança privada dos grandes proprietários, que mantinham seus próprios exércitos para defesa (VÉRAS NETO, 2006, p. 113), originando o regime do feudalismo. As invasões bárbaras e o desmantelamento do Império não representaram apenas o fim de uma unidade política na região, mas também o fim da aplicação de um direito único, o Romano. O legado romano, de natureza cultural, política e jurídica, caiu em ostracismo nos séculos posteriores.

A Idade Média, período inaugurado após a queda do Império Romano do Ocidente, caracterizou-se principalmente pela ausência de um poder centralizado como na época áurea de Roma (GROSSI, 1996, p. 64). Naquele cenário, a Europa passou por um processo de reorganização social, emergindo uma pluralidade de forças antagônicas que disputaram o poder. De acordo com Grossi (2010, p. 01), faltava a esses novos atores a ambição totalizante de governar todos os aspectos da vida humana como havia no período de domínio do Império Romano. Sendo assim, limitaram-se a regular alguns aspectos das interações sociais – tendo sido o poder, durante a Idade Média, marcado por uma “incompletude” (GROSSI, p. 01). Essa diferença reside no contraste entre a sociedade romana, que via o poder como sagrado e capaz de moldar o mundo, e os povos bárbaros, que encaravam o poder de maneira mais pragmática, como apenas uma forma de resolver os conflitos sociais. Também pode ser observado o deslocamento do antropocentrismo da civilização romana (o homem como o centro da vida) para o reicentrismo medieval (a natureza misteriosa capaz de subjugar o ser humano) (GROSSI, 2010, p. 02).

Neste contexto, cada uma destas novas estruturas de poder possuía a prerrogativa de emitir suas próprias normas jurídicas, gerando-se uma multiplicidade de fontes conflitantes e sobrepostas (WOLKMER, 2001, p. 184). O Direito, até então concebido como pertencente ao monopólio do Império, passa a ser produzido de forma descentralizada, de maneira não hierárquica. Nas palavras de Grossi (2007, p. 17),

o universo político-jurídico medieval se apresenta a nós como um universo de relações entre entidades diferentes fechadas em uma ordem, mas que na ordem conservam as suas diversidades marcadas pelos limites relativos da autonomia.

A economia do Medievo era de subsistência e agrária (VÉRAS NETO, 2006, p. 113). Baseava-se em relações sociais mantidas entre senhores feudais, elite composta por aqueles capazes de proteger militarmente determinada região que acabou por se tornar seu domínio, e os trabalhadores rurais, a maior parte da população, que ofereciam sua força de trabalho em troca de proteção dos senhores, em um regime de servidão. Os próprios senhores feudais também mantinham relações de natureza hierárquica (suserania e vassalagem), na qual firmavam compromissos de defesa militar mútua. Dentro de seus domínios circunscritos territorialmente, os senhores feudais criavam suas próprias normas jurídicas, a serem observadas pelos seus súditos. Os pequenos reis, apesar de terem seu pouco poder inteiramente sustentado no apoio dos senhores feudais, também emitiam seus decretos reais. Compilações de leis foram elaboradas por alguns dos reis bárbaros, na França, Espanha e na Itália, e acabaram sendo difundidas durante a Idade Média (DAVID, 2002, p. 17-18).

Paralelamente às regras estabelecidas pelo sistema de servidão feudal, existiam costumes seculares dos diversos povos bárbaros, que se espalharam pela Europa após a queda do Império Romano. O homem medieval é sempre percebido dentro de uma comunidade, que mantém seus próprios costumes (GROSSI, 2010, p. 09). Tem origem, na Idade Média, o “princípio da personalidade do direito”, o indivíduo deve viver segundo as regras jurídicas de seu povo, não importando o território onde se encontre (MARTINS, 2006, p. 149). É importante salientar que os novos governantes germanos (senhores feudais e reis) não podiam sufocar o Direito de origem tribal, sob pena de perderem o apoio das antigas famílias, situação que acabou contribuindo para a subsistência de vários costumes bárbaros durante a Idade Média. Em outras palavras, apesar de governarem com tirania, os nobres eram forçados a respeitar costumes (GROSSI, 1996, p. 65; 2010, p. 10). Ou ainda, conforme saliente John M. Kelly (2015, p. 130), ao discorrer acerca da legalidade durante a Alta Idade Média:

A própria lei era entendida antes de tudo como o costume imemorial da nação, que, longe de ter sido “feito” por qualquer rei, era o cenário diante do qual o rei estava colocado, a paisagem em que se movia. Obviamente, vez por outra surgia a necessidade de mudar ou de acrescentar algo ao conjunto de leis já existentes;

porém, segundo nos consta, em todos os reinos germânicos, essa mudança só era possível com o acordo de outros além do rei: via de regra, por obra de um conselho dos homens mais importantes da nação, cuja aprovação se esperava que fosse reforçada pela aceitação popular.

Há de se salientar que um período que compreende cerca de um milênio, como foi a Idade Média, apresentou mudanças acerca de vários aspectos – inclusive daquilo que se entendia por política, direito e, por conseguinte, a lei. Não obstante, durante a chamada Baixa Idade Média (a qual se estende de, aproximadamente, 1000 d. C. até o início da Modernidade, ao final do século 1400 d. C.), em que assistiu o nascimento de uma “Ciência do Direito” totalmente nova, nos centros de conhecimento até hoje conhecidos como *Universidades*, ainda se debatia acerca da superioridade dos costumes sobre a vontade de legislar:

Como se disse, a mudança na lei humana justifica-se somente na medida em que concorre para o bem comum. Ora, o mesmo fato da mudança da lei é, em certo sentido, prejudicial ao bem público. Isso ocorre porque, na observância da lei, o costume é de grande importância; tanto que qualquer ação que se opõe ao costume geral, mesmo sendo insignificante, sempre parece mais grave. Assim, quando a lei é mudada, seu poder coercitivo diminui na mesma medida em que o costume é posto de lado. Portanto, a lei humana nunca deve ser mudada, a menos que os benefícios que resultem no interesse público sejam tais que compensem o dano causado (TOMÁS DE AQUINO, 1a 2ae 97.2 apud KELLY, 2015, p. 179).

A Igreja Católica representou uma força de grande importância no Medievo. Desde 380 d.C., tornou-se a religião oficial do Império Romano, o que contribuiu para a sua difusão. Com a queda do Império, a organização religiosa passou a ser vista entre os povos de origem romana e bárbara como herdeira de parte do seu legado, inspirando respeito entre toda a Europa. Apesar de detentora de um forte poder ideológico, a Igreja não conservou, por óbvio, toda a força militar do Império. O Direito canônico, que começa a ser desenvolvido no séc. XI d. C., com a separação da Igreja do Sacro Império Romano-Germânico, foi uma principal contribuição jurídica da organização católica. Teve como grande marco de então o chamado *Decretum* de Graciano (1140-1145), e só foi superado, no seio da Igreja, com a Codificação do Direito Canônico no século XX (ROESLER, 2004).

Porém, é logo após a formação e a consolidação do Direito Canônico que se começa a estudar, no Sacro Império (mais adequadamente, em Bolonha), o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, que fornecia aos juristas um direito unitário e comum, mas também livre das

interferências da Igreja (eis que representava a vontade apenas do Imperador) (LOSANO, 2007, p. 51-52). O Direito Romano fornecia, portanto, à sociedade mercantil que ia se delineando, instrumentos jurídicos mais adequados do que os *jura propria* dos reis bárbaros da Alta Idade Média.

Aproximadamente em 1.000 d. C. o centro da vida econômica é transferido, aos poucos, do campo para as cidades, as quais prosperam (LOSANO, 2007, p. 51). Politicamente, contudo, a Igreja Católica e o Sacro Império Romano-Germânico se sobrepunham, cada um deles, unificadamente, aos ordenamentos locais fragmentários. Portanto, hierarquicamente acima das leis de cada rei, dos estatutos das cidades, dos costumes feudais e locais, estavam os Direitos Canônico e do Sacro Império (que constituíam uma espécie de *jus commune*).

Uma pequena parte da população vivia em cidades livres (burgos), que mantinham microssistemas econômicos próprios, baseados no comércio. Nas cidades, permaneciam regras jurídicas próprias. Com frequência esses lugares eram murados e protegidos por mercenários contratados pelos habitantes. Um aspecto importante diz respeito ao desenvolvimento de um Direito do Comércio nestes locais. Longe das relações feudais de servidão existentes apenas no ambiente rural, a classe comercial fixada nos burgos criou seu próprio conjunto de normas para regular as suas práticas comerciais (*lex mercatoria*) (JUENGER, 2000, p. 1135). Os litígios eram resolvidos exclusivamente de forma privada, envolvendo arbitragem ou tribunais do comércio. Fenômeno similar pode ser observado nas corporações de ofício, entidades profissionais onde participavam negociantes, artesão e artistas, que mantinham suas próprias regras entre seus membros, denominadas de estatutos.

Embora se costume apresentar a importância desse direito costumeiro dos comerciantes durante o Medievo, é salutar mencionar que nunca essa ordem nunca foi uniforme e abrangente em relação à Europa como um todo: costumes comerciais tiveram importância, sim; porém, sua aplicabilidade sempre foi apenas local, não havendo evidência histórica de uma ordem de *lex mercatoria* costumeira pan europeia uniforme. Aliás, os costumes dos comerciantes, quando uma cidade acabava por se vincular a outra em uma liga comercial, era escrito – seja em contratos, compilações de regras ou, ainda, em decisões,

fazendo-se com que o costume oral fosse superado pela técnica de seu transplante por escrito, em outras formas de comunicação (KADENS, 2012).

Durante a Baixa Idade Média, principalmente, percebeu-se uma tendência à compilação escrita e oficializada dos costumes locais – o que, paulatinamente, passou a ser aceito pelos poderes locais, em procedimentos de homologação, praticamente como estatutos costumeiros, e usados como fontes em decisões de conflitos (CAENEGEM, 2000, p. 51-53). Paralelamente, o já então considerado Direito Erudito (ou seja, o Direito Romano justinianeu e o Direito Canônico) tinha aplicação compulsoriamente estabelecida de modo complementar – ou seja, quando o costume local necessitava de integração, o Direito Erudito era aplicável.

Pode-se observar, preliminarmente, que o Direito existente durante a Idade Média enquadra-se na noção de “pluralismo jurídico”, conceituada por Wolkmer (2001, p. 219) como sendo a “multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos e consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo a sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais ou culturais”. Grossi (1996, p. 52; 2010, p. 04), vê esta característica de maneira positiva, pois segundo o jurista italiano, apesar de caótico e composto por diversas ordens jurídicas antagônicas, o Direito Medieval pode ser visto como um “motor espontâneo, que nasce de baixo, de uma sociedade que se autotutela”, permitindo que as interações sociais continuem independentemente de quem detinha o poder. Isto significa que a experiência jurídica medieval colocou o Direito fora de estruturas estatais, inexistentes na época, aproximando-o mais de certos atores sociais. Por exemplo, as regras que regulam o comércio não são definidas por um corpo legislativo representante de uma elite política, mas pelos próprios comerciantes, os destinatários da norma. É emblemático o fato de que o protagonista do Direito Medieval não é legislador ou o estudioso, mas o notário, profissional com o mínimo de treinamento jurídico, responsável por resolver os problemas do litigante e de acordo com o costume da região (GROSSI, 2010, p. 12).

2 A ORDEM JURÍDICA MODERNA: RACIONALIDADE E AFIRMAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO ESTATAL

Por volta do século XIV d.C., o modelo econômico feudal entrou em declínio em diversas partes na Europa. Guerras constantes e doenças (como a “peste negra”) conduziram à redução drástica da população na zona rural, diminuindo sobremaneira a produtividade. Necessitando de uma produção capaz de sustentar o seu padrão de vida, os senhores feudais aumentaram a violência contra os seus servos, que viviam em um estado famélico. Como resultado, uma grande parte da população migrou para os burgos, em busca de oportunidade de trabalho e segurança (DOBB, 1950, p. 43-46). A rivalidade entre as cidades-estado do norte da Itália, pioneiras nesta experiência, permitiu o aperfeiçoamento deste novo modo de produção, baseado no comércio (ARRIGHI, 1996, p. 87). Diferente do modelo de subsistência do feudalismo, nos burgos era possível vender a força de trabalho, em troca dinheiro ou outros produtos, permitindo a acumulação. Como resultado, o meio rural também se adaptou a essa nova realidade, substituindo, de modo lento (porém, significativo) as relações de servidão pelo trabalho assalariado.

À medida que a manifestação desse fenômeno se acentuou, e que os novos detentores dos meios de produção, os burgueses, ascenderam economicamente, descobriu-se que era necessária uma nova reorganização social. Foi decrescendo o papel da religião na política, prática usual nas querelas das instituições católicas, bem como o das relações de senhorio e vassalagem, fundamentada nas relações proprietárias de hereditariedade, fato que excluía aqueles que não possuíam o sangue nobre. É possível identificar um retorno ao antropocentrismo, assim (GROSSI, 2007, p. 22).

A influência teológica ainda estava evidente na obra de todos os grandes filósofos do século XVII. *Omnia sub ratione Dei* era o seu grito de guerra, um *slogan* destinado a uma existência transitória, porém fundamental. Ela destruiu a concepção de mundo medieval, mas logo sucumbiu a suas próprias tendências humanistas, levando à morte de Deus. Descartes explicitamente uniu a nova Física e a Teologia; Hobbes e Locke organizaram seu Estado civil sob os auspícios de Deus. Todos os grandes filósofos escreveram um tipo de teologia política e acreditavam que Deus subscrevia seus esforços sistemáticos. Um deísmo laicizado substituiu Cristo por um Deus da Razão, e finalmente o Homem tornou-se Deus. Mas, em um sentido diferente, os grandes escritores do Iluminismo, Descartes, Hobbes, Locke e Rousseau, apesar de suas concepções divergentes de Direito Natural e contrato social, representaram a rebelião da razão contra a organização teocrática da autoridade (DOUZINAS, 2009, p. 77, grifos do autor).

Típica da Modernidade é a concepção jurídica (jusnaturalista) de Pufendorf (séc. XVII), segundo a qual o direito estaria livre de qualquer relação para com a revelação divina,

sendo puramente produto da razão (KELLY, 2010, p. 296). Também no século seguinte, a influência do Iluminismo no Direito faz com que escritores como Vico e Voltaire tenham afirmado que as regras humanas deveriam ser substituídas pelos padrões da “razão e do ‘direito natural’” (KELLY, 2010, p. 331).

Detentores do poder econômico, os burgueses almejavam o poder político. Para prosperar, a burguesia firmou uma aliança com a nobreza (FRANCA FILHO, 2006, p. 90) e, com o objetivo de superar a instabilidade do sistema multicêntrico do Medievo, patrocinou um processo de centralização e hierarquização política baseado em uma nova estrutura. O Estado (moderno) propõe disseminar regras claras dirigidas às sociedades, promovendo a redução dos custos de transação e facilitando o comércio, como a padronização na cunhagem de moedas, pesos e medidas, e tributação, criando o ambiente ideal para o capitalismo florescer (FARIA, 1999, p. 11; BUZAN; LITTLE, 2000, p. 246). Nas palavras de Buzan e Little (2000, p. 246), “os donos do capital providenciaram recursos para o Estado, enquanto os donos da coerção permitiram que o capital exercesse um papel significativo no governo”.

Neste contexto, desenvolveu-se a proposta de que o Direito fosse estabelecido exclusivamente pelo Estado, única autoridade reconhecida, negando-se o valor de possíveis manifestações jurídicas oriundas de outras organizações sociais. Como o Direito da Idade Média era policêntrico, não sendo adaptável a este novo contexto social, resgatou-se, no Direito Romano, um corpo jurídico coerente e ligado ao modelo de Estado centralizado (DAVID, 2002, p. 23). As universidades, que já haviam se tornado um centro de renovação da cultura greco-romana com o fim da Idade Média, tornaram-se um local de formação jurídica acadêmica baseada no estudo do Direito Romano, o que veio a inspirar a criação dos Direitos nacionais nos novos Estados europeus. O processo de positivação das normas jurídicas, acentuado principalmente após a “Era das Revoluções”, em que o princípio da legalidade adquire caráter inquestionável, demonstra a vitória do monismo jurídico, no qual o Direito, legislado e escrito, confunde-se com a figura do Estado.

O estudo do Direito na Europa, influenciado pelas ideias cartesianas, que incluíam a racionalização e universalização de qualquer fenômeno social por meio da utilização de métodos próprios das ciências exatas (CAPRA, 1986, p. 56), defendia a possibilidade de criação de normas jurídicas atemporais, capazes de sobreviver a qualquer intempérie política,

fruto da razão humana. O modelo de codificação, representado em seu ápice pela edição do Código Napoleônico (1804), acreditava na ficção de que seria possível a criação de uma lei sistematizada eterna e capaz de gerir todos os aspectos da vida civil do novo homem moderno. O referido código representou uma ruptura na gradual evolução jurídica da Europa continental, abolindo o Direito até então em vigor na França (consuetudinário e romano, particularmente), incorporou várias medidas ideológicas inspiradas na Revolução burguesa de 1789, e foi uma tentativa de tentar tornar supérfluo o tradicional papel do Direito erudito, proibindo o comentário doutrinário acerca do Código, na crença de ser uma lei suficientemente clara (CAENEGEM, 2000, p. 2).

Dois exemplos ilustram este momento de transição da tradição jurídica. Primeiro, a codificação dos usos e costumes dos comerciantes, dando a origem aos primeiros códigos comerciais (JUENGER, 2000, p. 1.135), o que representa simbolicamente a assunção do monopólio estatal na normatização de condutas antes submetidas a exclusiva autorregulação privada. Segundo, mais próximo do contexto brasileiro, as reformas pombalinas em Portugal deram origem à Lei da Boa Razão (1769), cujo principal objetivo era extirpar do ordenamento jurídico português a aplicação de diversas normas de origem medieval.

No sentido do movimento jusnaturalista, o costume em Portugal sofreu a imposição de determinados requisitos para ser reconhecido como fonte, quais sejam: 1) estar de acordo com a lei; 2) concordar com a boa razão; 3) estar em vigor a mais de cem anos (COSTA, 1996). Porém, como eram notadamente requisitos difíceis de preenchimento, na prática, inviabilizaram a eficácia dos costumes como fonte de Direito. A lei, assim, passou a disciplinar a aplicação do costume, ou seja, se passou a considerar fonte de Direito apenas o costume que a lei autorizou e determinou (MASSAÚ, 2010).

Observa-se, portanto, com a Modernidade, o advento de duas grandes revoluções no pensamento jurídico europeu continental: 1) a consideração do Estado como sendo o emissor principal de normatização jurídica, sendo limitada quase que à exaustão o uso do costume no Direito Privado, em prol de tal ente; 2) o entendimento de que a aplicação da lei estatal representava uma racionalização do Direito, o que correspondia tanto à adoção dos ideais jusnaturalistas fundadores das Revoluções burguesas quanto à simplificação do plural sistema medieval de regulação jurídica.

3 CONTEMPORANEIDADE E PLURALISMO JURÍDICO: UMA NEOMEDIEVALIZAÇÃO?

As ficções da perenidade e do monismo do fenômeno jurídico passaram a ser objetos de duras contestações por pesquisadores do século XX, que observaram um descompasso entre Direito e sociedade, situação agravada pela liquidez dos tempos pós-modernos (BAUMAN, 2001). E isso representa a tônica dos estudos jurídicos do início do século XX:

O século XX põe em discussão tais princípios: ao idealismo, substitui-se o materialismo; à razão, a vontade. No direito, contesta-se a lógica como instrumento principal da interpretação. Ao aplicar uma norma geral ao caso concreto, a vontade do juiz é privilegiada em relação à dedução lógico-formal. Visto que sistema e lógica estão estreitamente conexos, as teorias realistas do direito rejeitam a visão sistemática (LOSANO, 2010, p. 135).

Já em 1913, Ehrlich (1986, p. 376) denunciou a clara desconexão entre os códigos civis de origem estatal, produzidos nos herméticos ambientes acadêmicos, e o direito agrário e de família praticado nas zonas rurais da Europa, influenciados pela tradição local e pelo pragmatismo. O jurista austríaco considerou este como um “direito vivo”, que surge da sociedade (também chamado como um “direito societal”). Aliás, mal compreendido em seu tempo – por ter proposto a substituição da dedução lógica pela vontade do juiz na aplicação do Direito, o que frequentemente foi entendido como uma liberdade total de decisão pelo juiz, desvinculada da lei – Ehrlich, na verdade, propunha uma substituição da dogmática jurídica pela sociologia do direito: “a primeira não tem valor científico, ao passo que é científica a sociologia do direito, porque se ocupa de ‘fatos’ e não de ‘palavras’” (LOSANO, 2010, p. 172).

São também do século XX manifestações teóricas contrárias à racionalidade lógico-sistemática (e dogmática) na aplicação do Direito, mas de várias vertentes totalmente distintas. Podem ser observadas no período desde a jurisprudência dos interesses, passando-se

pela dos valores, chegando-se, até mesmo, à negação do direito nos Estados totalitários (LOSANO, 2010, p. 136).

Na contemporaneidade, a partir dos processos de globalização e (r)evolução dos meios de comunicação (ARNAUD, 1999, p. 04), com especial destaque na internet, as noções de tempo e de espaço reconfiguram-se, tornando-se duplamente fluídas. O Direito experimenta um paradoxo temporal: enquanto os juristas programam normas para durarem indefinidamente, uma herança da dogmática positivista, a sociedade muda de maneira veloz, quase instantânea, fazendo com que sejam promulgadas leis que já não mais condizem com a realidade social do momento, as “leis nascidas velhas” (ROCHA, 2003, p. 197).

Tal paralelo também pode ser encontrado na noção de espaço, agora redimensionado com fronteiras intercambiáveis. Com o “fim da geografia”, o Estado pouco alcança com seu “braço” jurídico, pois enquanto sua lógica é territorial, circunscrita no espaço soberano delimitado, os fluxos globalizantes de comércio e movimentação de pessoas, assim como os problemas atinentes a estas manifestações, são de natureza transnacional. Neste contexto, a internet, local onde uma grande parte da vida econômica e social contemporânea se desenvolve, é muitas vezes inacessível às estruturas estatais, não acostumadas com a fluidez destas operações, o que beneficia a proliferação de ilícitos (ARNAUD, 2007, p. 185).

A sociedade pós-moderna, ou contemporânea, é marcada pela complexidade de suas interações sociais (ROCHA, 2005, p. 30). Não havendo mais um ponto de referência baseado em uma verdade transcendental (divina ou racional), o que se experimenta é uma pluralidade de comunicações. Como boa parte destas comunicações não passa mais pelo Estado (muitas vezes impotentes frente ao cenário globalizante), é possível defender a existência de um “pluralismo jurídico pós-moderno”, fruto de um processo de deslocalização, da desconcentração e da descentralização (ARNAUD, 2007, p. 174).

Isto significa que o Direito da sociedade contemporânea é “fragmentado em um pluralismo em que o Estado é apenas mais uma de suas organizações” (ROCHA, 2009, p. 18), surgindo novos centros responsáveis por criar e aplicar as normas jurídicas (ARNAUD, 2007, p. 175). O Direito não é visto mais como um conjunto de normas emitidas pelo Estado e dispostas hierarquicamente, mas um mecanismo de redução de complexidade, com objetivo de diminuir a probabilidade de dano futuro (SCHWARTZ, 2005, p. 77). Coexistem, nesse

cenário hipercomplexo, normas de natureza estatal com regras inteiramente privadas e iniciativas transnacionais e internacionais (TEUBNER, 2003, p. 11-13; 2012, p. 421). As regras editadas pelo Estado deverão, com o objetivo de não se tornarem rapidamente obsoletas, incluir um número de possibilidades para que as pessoas possam determinar qual a regra necessária: o “dizer o Direito” pode-se deslocar para a esfera local ou privada (ARNAUD, 2007, p. 208).

Podem ser citados como exemplos de normas não estatais os códigos de ética e de conduta das empresas multinacionais; a nova *lex mercatoria*, conjunto de regras privadas desenvolvidas pelo empresariado com objetivo de regular o comércio internacional; as regulamentações profissionais elaboradas pelos órgãos de classe; o direito desportivo mantido por entidades privadas; o direito criado pelos povos indígenas; as regras de um núcleo familiar, o direito “paralelo” das comunidades estabelecidas em favelas brasileiras (SANTOS; 1987, p. 45-51; 2000). Sobre esse último exemplo, as associações de moradores de favelas no Rio de Janeiro desempenham o papel de vínculo entre a Administração Pública e a comunidade local, mantendo a ordem e segurança, bem como assistindo seus membros no possível (ARNAUD, 2007, p. 207). Trata-se, pois, de uma regulação social que permite dar melhor tratamento aos problemas da comunidade do que o Direito “oficial” possui condições de fazê-lo.

Frente a esse cenário, é pertinente questionar se haveria, pois, uma identificação entre o Direito Medieval e o Direito Contemporâneo, de modo a ser possível dizer a existência de um processo de “Neomedievalismo Jurídico”. De fato, a reconfiguração da sociedade contemporânea por meio da existência de diversos pontos de poder, capazes de emitir suas próprias normas jurídicas, aproxima da experiência medieval. É nesse cenário que alguns estudiosos afirmam que, “se quisermos criar um Direito para a globalização após o Estado-nação, então devemos olhar para modelos do tempo anterior ao Estado-nação – a Idade Média, em particular” (MICHAELS, 2012, p. 265).⁴

Hedley Bull foi pioneiro em apontar esta semelhança em 1977, ao dizer que a dinâmica dos Estados estaria sendo substituída pela interação de “subestruturas” e

⁴ Tradução nossa. Texto original: “If we want to create a law for globalization after the nation state, then we should look for models from the time before the nation state — the Middle Ages in particular”.

“superestruturas”, em um esquema semelhante à Idade Média. Mais recentemente, Jessica Matthews (1997, p. 64) e Samuel Huntington (1997, p. 37) retomam a discussão, ao declararem que o mundo experimenta uma espécie de “neomedievalismo”.

Não é apenas no multicentrismo que é possível encontrar esta aproximação. Durante a Idade Média, a religião fez-se presente como uma esfera de influência importante, laço que foi enfraquecido com a laicização da política, a partir do advento do Estado moderno. O século XXI é fértil em exemplos de ressurgimento da influência da religião na política. A proliferação do fundamentalismo islâmico em algumas regiões do mundo acarretou o retorno à *shari’a*, direito islâmico baseado no Alcorão, utilizada muitas vezes em uma interpretação literal e distorcida, com o objetivo de justificar graves violações de direitos humanos. No contexto brasileiro, é possível apontar a crescente participação de líderes religiosos de origem neopentecostal na política legislativa. Apesar da importância da experiência democrática, a presença de representantes deste segmento no poder legislativo brasileiro pode acarretar a produção de leis que impliquem retrocesso social, como o projeto de lei que permite o casamento apenas entre pessoas de sexo oposto (“Estatuto da Família”), em contraposição à recente decisão do Supremo Tribunal Federal em prol da igualdade.

Outro exemplo interessante é a multiplicação dos “enclaves fortificados” nos tempos atuais, “espaços privatizados, fechados e monitorados para residência consumo, lazer ou trabalho” (CALDEIRA, 1997, p. 155). Trata-se de condomínios de luxo protegidos por muros e segurança privada e que oferecem uma série de serviços em seus domínios. Neste contexto, muitos habitantes destes locais limitam suas interações sociais ao espaço do enclave. Aqui, é possível encontrar um óbvio paralelismo à condição dos feudos e burgos durante a Idade Média, que tentavam ser autossuficientes e impediam, muitas vezes, a comunicação com o mundo exterior.

Por fim, é interessante analisar a metáfora da neomedievalização político-jurídica atual, engendrada por Alain Supiot (2014, p. 94-95), de acordo com o qual a *suserania*⁵ medieval substitui a *soberania* moderna:

⁵ Deve-se considerar, aqui, como sendo de suserania a relação de poder em que o superior só possui influência direta sobre seus vassallos, e não sobre os vassallos de seus vassallos – enquanto que, na soberania, o detentor de poder o tem, de modo supremo, sobre todos os seus súditos, diretamente (LEMARIGNIER, 1970, p. 256 e ss.).

A lei é negociada entre representantes de grupos de interesse, enquanto que, ao contrário, considerações de interesse geral inundam a esfera contratual. A figura do terceiro garante não desaparece, mas se fragmenta em múltiplos polos ligados entre si no meio da mesma rede. A posição do Estado se aproxima cada vez mais à de um *suserano*, e cada vez menos àquela de um *soberano*.

Realizadas as devidas considerações, é possível dizer categoricamente que o Direito Contemporâneo assemelha-se ao Direito Medieval? Cada contexto cultural, de cada época, é composto por diversos fatores (sociais, econômicos, políticos e jurídicos), que se envolvem em um processo de emergência, desenvolvimento, crise e rupturas (WOLKMER, 2001, p. 26). Sob diversos aspectos, é possível identificar um caráter cíclico na história, ainda que se apresentem novos paradigmas, algumas experiências tendem a se repetir.

O período atual e a Idade Média compartilham as incertezas em relação ao futuro e a pluralidade de emissores de normas jurídicas, mas são extremamente diversos. O pluralismo jurídico contemporâneo, ao contrário de seu correspondente medieval, convive em um ambiente em que a figura do Estado, apesar de muitas vezes parecer enfraquecido, insiste em sobreviver. O Estado moderno coexiste com os diferentes pontos de poder, locais, internacionais ou privados, constituindo-se como um legado político-jurídico de grande importância, que não desaparece tão facilmente.

Muitas comunicações, por vezes, passam ao largo do Estado, mas um simples movimento permite que esta interação seja atraída de maneira gravitacional para a estrutura estatal, o que reforça a sua importância. Vários exemplos podem ser mencionados. A existência de normas privadas regulando o comportamento de empresas e o comércio não exclui totalmente que os possíveis litígios sejam apreciados pelo Poder Judiciário, quando envolver interesse público. Não raras vezes os prejudicados por sanções disciplinares impostas por tribunais desportivos ou órgãos de classe recorrem ao Poder Judiciário com objetivo de anularem decisões que não respeitam os princípios mais básicos da ordem constitucional. Ainda que haja sistemas jurídicos nas comunidades indígenas, nas favelas e nos núcleos familiares, tal condição não impede de ser realizada uma intervenção estatal em situações de flagrante violação da ordem jurídica “oficial”, como em caso de infanticídio em uma comunidade indígena, prática socialmente aceita, homicídios realizados em uma

comunidade carente ou violência doméstica dentro de uma família. A verdade é que a pluralização do Direito na contemporaneidade não acabou por completo com o direito estatal (incluindo a Constituição), nem com os órgãos de justiça, que continuam sendo aplicados enquanto manifestações jurídicas “oficiais”.

4 DIFERENCIAÇÃO SOCIAL, IDADE MÉDIA E (PÓS) MODERNIDADE: DESCARTANDO O NEOMEDIEVALISMO

Colabora com a análise evolutiva acima tecida, baseada em fatos históricos, uma perspectiva também evolutiva, mas baseada em fatos sociais – ou seja, uma concepção sociológica das sociedades pré-modernas e modernas. Eis o motivo pelo qual, a partir de agora, passa-se a realizar um estudo relacionado à complexidade de cada forma de sociedade, a qual permitirá observar se o pluralismo medieval é reproduzido na atualidade, ou se as configurações sociais dos dois períodos são tão diversas que seria ilógico criar analogias.

Algumas formas de diferenciação social são elencadas por Luhmann, atentando para o fato de que sua ideia de evolução é menos dependente do grau de diferenciação da sociedade do que do seu princípio de diferenciação: “definimos um tipo específico de sistema social a partir do seu modo primal de diferenciação interna. [...] Formas de diferenciação determinam o grau de complexidade que uma sociedade pode alcançar” (LUHMANN, 1990, p. 177, tradução nossa).⁶ Neste sentido, um novo tipo de diferenciação social, bastante distinto, teria sido gerado pela sociedade moderna em relação aos demais tipos de sociedade – diferenciação social esta consistente, justamente, em subsistemas que reproduziriam funções específicas que as permitiriam conter um maior grau de complexidade.

O modo pelo qual a relação dos diversos subsistemas é realizada no interior de um sistema social é estabelecido pela forma de diferenciação de uma sociedade. Ademais, este modo acaba por pré-selecionar as possibilidades de comunicação ao fixar, decorrentemente, os limites de complexidade alcançáveis por uma sociedade: a partir do momento em que a complexidade supera os limites, faz-se necessário alterar a forma de diferenciação do sistema

⁶ Texto original: “We define a specific type of societal system by its primary mode of internal differentiation. [...] Forms of differentiation determine the degree of complexity a society can attain”.

– o que resulta na conclusão de que a evolução social é impulsionada, de maneira exógena, pelo aumento de complexidade: “a sociedade é o resultado da evolução” (LUHMANN; DE GIORGI, 1996, p. 169). Nesta senda, o autor distingue quatro tipos de diferenciação, a partir da forma de diferenciação com a qual uma sociedade lida com o aumento da complexidade do entorno (e não um suposto grau de diferenciação): segmentária, centro/periferia, estratificada (hierárquica) e funcional.

A diferenciação segmentária seria própria de sociedades tribais, de pouca complexidade – apesar de ser mantida, em qualquer tipo de sociedade, como forma de diferenciação secundária (ALCOVER, 1993, p. 136-137). É entendida como a formação, dentro de uma sociedade, de subsistemas iguais (ou muito semelhantes) – igualdade esta referente aos princípios de seleção que, em sociedades arcaicas, são o parentesco, a residência ou uma conjunção de ambas. Mesmo que haja certa desigualdade entre os subsistemas, seria derivada da desigualdade fortuita do ambiente extrassocietário. Seria a forma de diferenciação desencadeada pelo mero crescimento demográfico, o qual diferencia, no âmbito interno da sociedade, diversas famílias, casas, vilarejos, etc. Sociedades da pré-história e da Antiguidade seriam caracterizadas por essa espécie de diferenciação (porém, isso não se trata de uma regra geral, já que a diversidade histórica e geográfica fez surgir, mesmo dentro da Antiguidade, formações sociais mais ou menos complexas).

A diferenciação centro/periferia, por seu turno, refere-se a uma possibilidade maior de difusão da comunicação pela sociedade, a qual é organizada a partir do centro – sendo a territorialidade o princípio-mor da diferenciação, estando o centro diretamente identificado com a cidade (LUHMANN, 2007, p. 526 e ss). Apesar de este tipo de diferenciação permitir que uma sociedade organizada sob os seus auspícios administre um grau de complexidade maior, ele apresenta problemas decorrentes, principalmente, dos escassos contatos entre centro e periferia – o que limita significativamente o exercício do poder, dado que o centro se encontra “ilhado”. Neste centro, porém, inicia-se outra forma de diferenciação, baseada na desigualdade por classe ou estrato social – a estratificação hierárquica. Exemplo clássico desta situação é a diferenciação de uma nobreza nos centros das sociedades (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 103). Os subsistemas dominantes, assim, passam a se considerar representantes de todo o sistema, tomando como ambiente a conjunção de todos os demais subsistemas inferiores periféricos (que continuam estruturados a partir da diferenciação segmentária, basicamente). Também na Antiguidade esse modo de diferenciação se encontra:

quando do surgimento das cidades, bem como da *polis* grega, onde se encontravam os dominantes de uma determinada comunidade, pode-se observar que a urbe se torna o centro a partir do qual normas são emitidas, e para onde recursos são dirigidos quando requisitados (tributação, principalmente).

A crescente hierarquização, por óbvio, leva à diferenciação estratificada, que admite maior nível de complexidade (quando comparada às anteriores) em virtude do acúmulo de capacidade de seleção no estrato superior da sociedade – o que permite sua autodescrição em tal degrau hierárquico (LUHMANN, 2007, p. 538-560). Com isso, pela estratificação é evidentemente estabelecida uma ordem para a inter-relação entre os vários subsistemas, pautada pela desigualdade hierárquica entre eles – a qual se reflete na desigualdade de possibilidades de comunicação, bem como na necessidade de imposição aos demais subsistemas autodescrições com as pretensões globais que os subsistemas dominantes realizam.

Nessa espécie de diferenciação, encontrável entre o fim da Antiguidade e todo o Medievo, há um estrato da sociedade – Nobreza e Clero – que detêm assimetricamente o poder normativo, excluindo-se outras possibilidades (LUHMANN, 1990, p. 125). Juridicamente, pode-se identificar, durante o Medievo, um conjunto de costumes derivados das práticas sociais – mas também, outros ordenamentos em interação para com estas (Canônico, pan-europeu justinianeus, locais), mas que refletem essa diferenciação – pois é mantida a supremacia de um estrato social nos julgamentos e estabelecimentos normativos.

A diferenciação hierárquica, todavia, não permite a contenção de um grau mais elevado de complexidade pelo sistema social. A autodescrição global de uma sociedade a partir de apenas um subsistema dificulta a administração de maiores níveis de complexidade porque, quando concentra os mecanismos seletivos num único estrato, faz com que estes mecanismos sejam menos capazes de reduzir a complexidade decorrente do excesso de possibilidades desencadeado pelos mecanismos de variação. Com isso, problemas concretos são originados na inter-relação dos diversos subsistemas – já que o substrato hierarquicamente superior, considerando a si mesmo superior e representante do todo social, procura impor suas autodescrições aos demais (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 104).

Cabe aqui uma explicação mais detalhada acerca do que seria esta imposição da autodescrição do estrato social superior aos níveis inferiores – e, conseqüentemente, ao todo

social – para que melhor se compreenda este conceito tão importante da teoria sobre a qual ora se versa:

A semântica do bem apontava, sobretudo, para a parte superior da estrutura de dominação social (política), residindo na “nobreza” ou em uma camada funcionalmente equivalente; a semântica do mal referia-se, especialmente, ao polo inferior da estrutura de dominação, expressando-se na “plebe” ou em funcional equivalente. Os “de baixo” só praticariam o bem enquanto atuassem de acordo com modelos comportamentais que lhes fossem determinados pelos “de cima”. Estes só cometeriam o mal se atuassem de acordo com os modelos comportamentais daqueles. As demais esferas e os seus respectivos códigos de comunicação estariam subordinados a esse arcabouço supremo, composto de moral impregnada religiosamente e de dominação política: a arte, o saber, o direito e a economia estavam semanticamente subordinados à diferença entre o bem e o mal, assim como orientados pelos critérios do poder superior ou inferior. Assim sendo, a diferença entre licitude e ilicitude (direito) não se distinguia nitidamente da diferença entre bem e mal, antes se confundia amplamente com esta; o seu lado positivo estava associado com a superioridade na dominação e o seu lado negativo, com a inferioridade (NEVES, 2009, p. 7).

Tornando-se insustentável a situação de alta complexidade frente à baixa capacidade do sistema social de suportá-la, passa a ser necessária uma nova forma de diferenciação social – a qual é denominada diferenciação funcional, característica da sociedade moderna (LUHMANN, 2007, p. 589-615). Há diversas peculiaridades desta forma de diferenciação em relação às anteriores – sendo seu principal traço distintivo a impossibilidade de uma representação global da sociedade.

A diferença histórica crucial entre a sociedade passada e a presente é que a possibilidade de uma representação incontestada da sociedade na sociedade teve de ser abandonada em direção a um modo primariamente funcional de diferenciação. [...] Em comparação histórica, uma característica peculiar da sociedade moderna é a perda da representação natural ou, para se usar um termo mais antiquado, a possibilidade de uma *representatio identitatis*. A totalidade de uma sociedade nunca é totalmente presente e não pode ser realizada como uma totalidade (LUHMANN, 1990, p. 125, tradução nossa, grifo do autor).⁷

As sociedades modernas, estruturadas a partir da diferenciação funcional, se diferenciam em subsistemas funcionais autopoieticos e autorreferenciais, em que o critério fundamental para a construção do sistema não é mais a posição de cada subsistema, mas a

⁷ Texto original: “The crucial historical difference between past and present society is that the possibility of an unchallenged representation of society in society had to be abandoned upon transition to a primarily functional mode of differentiation. [...] In historical comparison, a characteristic feature of modern society is thus the loss of natural representation or, to use an older term, the impossibility of a *representatio identitatis*. The totality of a society is never fully present and cannot be realized as a totality.”

função desempenhada por cada um na sociedade. Com isso, cada subsistema funcional (político, econômico, jurídico, educacional, científico, etc.) realiza uma função específica a partir de uma estrutura baseada num código binário próprio e exclusivo. Assim, cada um destes subsistemas só pode observar a sociedade a partir de sua própria função – fator que oblitera qualquer possibilidade de um subsistema específico intentar a postulação de prerrogativas (arrogar-se posição privilegiada) sobre quaisquer outros. Doravante, a sociedade moderna é descrita como fragmentada funcionalmente e, por isso mesmo, acêntrica – ou policontextual, eis que admite inúmeras codificações simultaneamente válidas: “la sociedad moderna [...] es un sistema policontextual que permite un sin número de descripciones acerca de su complejidad” (LUHMANN, 2007, p. 21-22).

Seria impossível, na sociedade moderna funcionalmente diferenciada, a preponderância de um subsistema sobre os demais, pois isto significaria a sobreposição do seu código aos outros subsistemas – o que resultaria no fenômeno da corrupção (LUHMANN, 2007, p. 262).

Nenhum dos sistemas funcionais pode então clamar por uma posição privilegiada; cada um desenvolve sua própria descrição de uma sociedade de acordo com a presumida prioridade de sua própria função. Mas já que as operações concretas dos sistemas particulares são muito diversas, nenhum sistema pode impor suas descrições sobre os demais (LUHMANN, 1990, p. 125, tradução nossa).⁸

A partir do acima exposto pode-se inferir que mesmo outro tipo de diferenciação, para além da funcional, encontraria problemas para aprovisionar a teoria da sociedade de uma descrição omniabarcadora e/ou representativa *in extremis* da sociedade como um todo (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 108-109). Dada a complexidade social na atualidade, torna-se impossível escolher (ou decidir racionalmente por) apenas uma instância – ou (sub)sistema social a partir do qual se pode descrever ou representar a sociedade. Assim, tem-se que o caráter acêntrico da sociedade funcionalmente diferenciada não é superável.

Autodescrições compreensivas da sociedade tornam-se mais problemáticas em razão da transição à diferenciação funcional [...]. Como resultado da perda de uma representação natural e incontestável, a sociedade tem de administrar uma contingência maior. Isto é, apesar de nenhum macroator societal ser capaz de ser seguramente identificável, as ‘decisões’ se tornam mais importantes do que em

⁸ Texto original: “None of functional systems can now claim a privileged position; each develops its own description of a society according to the presumed priority of its own function. But since the concrete operations of particular systems are too diverse, no system can impose its descriptions upon others”.

qualquer outro momento anterior da história (LUHMANN, 1990, p. 133, tradução nossa).⁹

É importante salientar, aliás, que seria pouco convincente uma perspectiva normativa, descritiva e representativa omniabarcadora da sociedade, eis que isto implicaria na pressuposição da existência de uma predisposição ao consenso – a qual se revelaria, em última instância, fictícia, já que não há nada que comprove a predisposição de qualquer (sub)sistema (social, psíquico-individual, etc.) que venha a se incorporar a uma forma de comunicação deste tipo em ceder ao melhor argumento, por exemplo (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 109).

A fragmentação da sociedade moderna em inúmeros subsistemas funcionais (cada qual com sua respectiva perspectiva sistema/ambiente) exclui a possibilidade de eleição de uma única instância social competente para a representação do sistema social com o todo do ambiente – em outras palavras, para que seja empreendida uma descrição global da sociedade. Consequentemente, identifica-se um déficit insuperável de racionalidade na sociedade moderna na teoria luhmanniana. Em razão disso, tal teoria sustenta que há, ao invés de uma única visão omniabarcadora da sociedade, vários (e teoricamente, de infindável número) sistemas funcionais mutuamente irreduzíveis. Assim, pode-se concluir previamente que o que se observa, na modernidade, é uma multiplicidade de subsistemas funcionais sobrecarregando o entorno uns dos outros. Isto acarreta a inexistência de um subsistema social que forneça uma percepção relacionada às interdependências do ambiente – pois isto implicaria na existência de uma sociedade dentro da sociedade (LUHMANN, 1998, p. 422).

Portanto, o que se pode aqui analisar é que a sociedade mundial, após a Modernidade, mesmo que experimente um retorno ao pluralismo jurídico, é muito mais complexa do que a do Medievo. As enormes distinções encontráveis entre a diferenciação social da Idade Média – estratificada – e a da Modernidade – funcionalmente diferenciada – já demonstram uma impossibilidade de retorno à simplificada ideia de sistema omniabarcador de comunicação social. A contemporaneidade (ou pós-modernidade, se se optar pelo uso de tal nomenclatura) representa um momento de complexificação ainda maior das comunicações – podendo-se falar, assim, de uma sociedade hipercomplexa e policontextual.

⁹ Texto original: “Comprehensive self-descriptions of society become more problematic because of the transition to functional differentiation [...]. As a result of the loss of a natural and unchallenged representation, society has to deal with a larger amount of contingency. That is, although no societal macroactor can safely be identified, ‘decisions’ become more important than ever before”.

O advento do século XXI trouxe consigo a sociedade globalizada, pós-moderna (enfim, cada autor contemporâneo traz sua denominação para a atual sociedade), cuja característica principal é o desmonte das tradicionais concepções lineares de tempo e de espaço. Em outros termos, “não é razoável pensar que, num sistema social de complexidade espantosamente crescente, como é o caso da ‘sociedade global’, seja possível a retomada de esquemas simplistas de organização da comunicação” (CAMPILONGO, 2011, p. 115).

A atual sociedade globalizada caracteriza uma realidade em que o Estado perpassa por uma crise irreversível, o que significa dizer que também o normativismo é ameaçado de cair por terra junto com este que é seu principal baluarte. A soberania e a função estatais são afetadas pelo estágio crítico de hipercomplexidade gerada pela globalização, que impede a racionalidade objetiva das teorias de Kelsen. “Sem um Estado forte, a validade [tão cara à teoria kelseniana] não é suficiente para a imposição da cultura dogmática na sociedade” (ROCHA, 2009, p. 31).

Enfraquecido o Estado, que é a maior expressão do poder hierarquicamente organizado da modernidade, voltam as organizações do poder às microrrelações sociais – o que implica na necessidade de revisão da distribuição do poder. Desta forma, problemas ligados à política se tornam cerne do Direito atual, pois a legitimidade é afetada pela crise do poder estatal. Na crítica à organização do poder, o sistema, que era fechado numa ideia de legitimidade fundamentada na organização estatal do poder, se abre, não sendo o ideal kelseniano de fechamento calcado na validade conferida pela organização estatal (que afasta a verdade, portanto), adequado à realidade pós-moderna. Também a cultura jurídica se fragmenta junto com o Estado, passando o Direito a ser caracterizado pela pluralidade e pela decadência da norma como protagonista do sistema.

Decai, igualmente, o método racional-dedutivo acerca da norma, tão caro à Modernidade. Se o sistema normativo estatista só é possível em virtude da relação dedutiva internormativa a partir do conceito de sanção (na estática) e de validade (na dinâmica), não é mais possível “pensar em uma verdade que, logo ali, não é uma verdade” (ROCHA, 2009, p. 32). Outro tipo de racionalidade, portanto, é necessário para se pensar o Direito (e no Direito). Dentre as possíveis alternativas surge a ideia de efetividade em substituição à validade. Dito de outra forma, “é preciso eficácia naquilo que o Direito determina como comportamento

obrigatório, como possibilidade de construção de algum tipo de realidade social” (ROCHA, 2009, p. 32).

Entretanto, para acompanhar a crise do Estado, a virada do século XX para o XXI foi marcada por uma grande mudança teórica e política no raciocínio jurídico: o advento do Pluralismo Jurídico, provocado pelo sucesso da Sociologia do Direito. Este é mais interessante do que o pós-positivismo, pois se caracteriza pela percepção do fato de o Estado não ser o único produtor central de normatividade na sociedade. Ou seja: a atualidade é marcada pela existência cada vez mais farta de espaços locais de poder, que ditam comportamentos obrigatórios, regras a serem cumpridas, que possuem critérios de controle temporal das expectativas normativas da sociedade, e que, mais importante, não são derivados do Estado (ROCHA, 2009, p. 33). Tais centros normativos são dos mais variados tipos: organizações não governamentais, movimentos sociais, sindicatos e comunidades portadoras de regramentos próprios para a tomada de decisões relacionadas às pessoas a eles associadas.

Ademais, saliente-se que outro tipo de observação, inexistente antes do contexto da globalização, é forçado na atualidade: tais fenômenos sempre existiram, mas nunca foram observados antes do advento da atualidade globalizada. Isto força o Direito a ser observado de forma diversa do normativismo. Aliás, a realidade internacional demonstra ser possível a organização de outras formas (a Organização das Nações Unidas, a União Europeia, as grandes transnacionais, por exemplo). Tal observação do mundo é plural, portanto, não sendo mais possível mundividência jurídica estatal-unitária kelseniana. A teoria dos sistemas conforme Luhmann é avessa à ideia de pluralismo jurídico (eis que defende a existência de uma sociedade global), mas admite a policontexturalidade; Gunther Teubner, porém, o admite, sendo a sua perspectiva coadunada a um pluralismo da policontexturalidade (ROCHA, 2009, p. 34) – a qual é definível como sendo “uma metáfora reutilizada [...] como critério de investigação da fragmentação do sentido na pós-modernidade, sendo uma interessante perspectiva para a análise do Pluralismo Jurídico Transnacional” (ROCHA, 2009, p. 11). Seria a observação que verifica a presença da formação de vários âmbitos de produção de Direito na sociedade mundial (Direito estatal, interestatal, superestatal e não estatal).

Assim, aponta-se, após a análise sociológica aqui apresentada, que a tentativa de inventar, teoricamente, um fenômeno chamado “neomedievalismo” para tratar da

complexidade atual, se torna desastrosa e temporalmente deslocada. A pluralidade de fontes, centros emissores de normatividade e instâncias de julgamento, na atualidade, se revela comunicativamente muito mais complexa na atualidade do que na Idade Média, dada a hipercomplexificação social hodiernamente observada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das principais características da história da humanidade é a sua ciclicidade. Elementos que parecem já superados se renovam, voltando a ser incorporados em outros momentos, produzindo uma eterna sensação de *dèja vu*. No presente artigo, que possui como objetivo investigar um suposto processo de “neomedievalismo jurídico”, foram encontradas algumas evidências que comprovam uma certa identidade entre a ordem jurídica medieval e a contemporânea.

A civilização romana caracterizou-se por uma estrutura estatal forte e um sistema jurídico único em toda a Europa. O colapso do Império Romano não representou apenas o fim de uma era, mas o início de um novo contexto social capaz de produzir uma série de experimentações jurídicas. A pluralidade de forças antagônicas que disputavam o poder acarretou um Direito multicêntrico, com normas jurídicas conflitantes e justapostas. Os senhores feudais, dentro de seus domínios emitiam seus próprios decretos para seus súditos, assim como os reis bárbaros, que chegaram a desenvolver compilações legislativas. O antigo costume dos povos bárbaros possuía uma forte influência no Direito da Idade Média. As cidades mantinham o seu conjunto de regras, permitindo, inclusive, que associações profissionais (corporações de ofício) criassem seu próprio sistema de justiça privado. A Igreja Católica se fez presente por meio da difusão do Direito Canônico.

O processo de centralização político-jurídico da modernidade, em torno da estrutura do Estado, representou uma nova reorganização social de pretensão perene. A medida em que o descompasso entre o Direito e sociedade tornou-se cada vez mais evidente, o dogma do monismo passou a ser contestado. Em um ambiente de hipercomplexidade das interações sociais, globalização e fim da geografia, o Direito contemporâneo é claramente plural e

fragmentário, similar à experiência Medieval. Neste cenário, coexistem normas estatais, não estatais, locais, nacionais, transnacionais e internacionais.

Uma análise da complexidade e da diferenciação de cada período histórico aqui comparado elucida diferenças tão grandes que não é possível se falar de um reviver do Medievo em relação ao Direito contemporâneo. A sociedade de então era diferenciada com base na estratificação, de acordo com a qual um estrato social (nobreza e clero, resumidamente falando) eram detentores do poder comunicativo inteiro da sociedade – em outras palavras, sua racionalidade e deontologia descreviam e ordenavam, de modo omniabarcador, um mundo bem menos complexo. Contudo, a sociedade hodierna, funcionalmente diferenciada em sistemas comunicativos (Direito, Política, Ciência, Economia, Religião, etc.), é tão altamente complexa que nenhuma descrição ou ordenação da sociedade como um todo é passível de endosso.

Frente a essa comparação, deve ser refutada a hipótese de ocorrência de um neomedievalismo jurídico. De fato, os dois momentos experimentam o pluralismo jurídico em seu cerne, aproximando-os. Contudo, entende-se que chamar o Direito contemporâneo de neomedieval, representa um certo exagero. Por mais que parte das comunicações atuais ocorram fora da estrutura estatal, não se pode negar a importância da figura do Estado. Tal entidade não existia na Idade Média e é o grande legado da Modernidade. Ainda que muitas vezes relativizado, o Direito estatal cumpre um papel fundamental. Dentro da lógica da circularidade histórica, é preciso encarar a realidade sob um viés otimista: a humanidade sobreviveu ao pluralismo jurídico da Idade Média, e provavelmente sobreviverá ao correspondente contemporâneo. Se o futuro do Direito reside em uma intensificação de sua fragmentação ou em um novo processo de centralização, é impossível dizer, restando ao observador a posição, naturalmente inquieta, de espera.

REFERÊNCIAS

ALCOVER, Pilar Gimenez. *El derecho en la teoria de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: José M. Bosch Editor, 1993.

ARNAUD, André-Jean. *Governar Sem Fronteiras: Entre Globalização e Pós-Globalização – Crítica da Razão Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *O Direito Entre a Modernidade e a Globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRIGHI, Giovanni. *O Longo Século XX*. São Paulo: UNESP, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

BERLIN, Isaiah. *The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*. Ivan R. Dee, 1993.

BULL, Hedley. *The Anarchical Society: a study of order in world politics*. Columbia: Columbia University Press, 1977.

_____. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. New York: Palgrave, 2002.

BUZAN, Barry; LITTLE, Richard. *International Systems in World History: Remaking the Study of International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Enclaves Fortificados: A Nova Segregação Urbana. *Novos Estudos*, n. 47, São Paulo, p. 155-176, mar. 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. São Paulo: Cultrix, p. 53, 1986.

COSTA, M. J. A. de. *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DOBB, Maurice. *Studies in the Development of Capitalism*. London: Routledge, 1950.

DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRANCA FILHO, Márcilio Toscano. Historia y Razón del Paradigma Westfaliano. *Revista*

de Estudios Políticos. v. 131, jan / mar, 2006.

FUSTEL DE COULANGES, Numa. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

GIBBON, Edward. *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*. v. 2. London: Penguin Books, 1995.

GROSSI, Paolo. *A History of European Law*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2010.

_____. Da Sociedade de Sociedades à Insularidade do Estado entre o Medieval e Idade Moderna. *Revista Sequência*, Florianópolis, p. 08-28, dez. 2007.

_____. *El Orden Jurídico Medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HUNTINGTON, Samuel. *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

JUENGER, Friedrich K. The Lex Mercatoria and Private International Law. *Lousiana Law Review*, Lousiana, v. 60, n. 4, p. 1133 - 1150, 2000.

KADENS, Emily. The Myth of the Customary Law Merchant, *Texas Law Review*, v. 90, p. 1153-1206, 2012.

LEMARIGNIER, Jean-François. *La France médiévale : institutions & société*. Paris : Armand Colin, 1970.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Sistema e Estrutura no Direito, vol. 2: o século XX*. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, Niklas. Tautology and paradox in the self-descriptions of modern society. In _____: *Essays on self reference*. New York: Columbia University Press, 1990.

_____. The world society as a social system. In: LUHMANN, Niklas: *Essays on self reference*. New York: Columbia University Press, 1990.

_____. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: Ceja, Pontificia Universidad Javieriana, 1998.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

_____. DE GIORGI, Raffaella. *Teoría della società*. 8. ed. Milano: Franco Angeli, 1996.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e Seu Ressurgimento no Final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos História do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 137-168.

MASSAU, Guilherme Camargo. A reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra: as alterações no ensino jurídico. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 169-188, jan./jun. 2010.

MATHEWS, Jessica. Power Shift. *Foreign Affairs*, New York, v. 76, n. 5, p. 03-15, 1997.

MICHAELS, Ralf. Legal Medievalism in Lex Mercatoria Scholarship. *Texas Law Review* (See Also), v. 90, p. 259-268, 2012.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. A Produção Autopoética do Sentido do Direito. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, p. 13-26, 2009.

_____. Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 09-47, 2005.

_____. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

_____. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, MICHAEL; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. Policontextualidade e Estado. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 4, p. 11-24, 2009.

ROESLER, Cláudia Rosane. A estabilização do direito canônico e o decreto de Graciano. *Revista Sequência*, nº 49, p. 9-32, dez. 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. In: SOUZA Jr., José Geraldo (Org.). *O Direito Achado na Rua*. Brasília: UNB, p. 45-51, 1987.

SCHWARTZ, Germano. A Fase Pré-Autopoética do Sistema Luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 49-85, 2005.

SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Impulso*, Piracicaba, v. 13, n. 33, p. 09-31, 2003.

_____. After Privatization? The Many Autonomies of Private Law. *Current Legal Problems*, London, v. 51, n. 1, p. 393-424, 2012.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seu Legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos História do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 83-114.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.