

A hipertrofia do presente no direito da era da globalização

Mário Reis Marques
Docente da Faculdade de Direito de Coimbra

Resumo

Este estudo procura refletir sobre o novo quadro que se abriu ao direito com a desestruturação do projeto da modernidade societária. Tendo atingido o seu ponto mais elevado entre a Segunda guerra mundial e a queda do muro de Berlim, este projeto, realizado no quadro do Estado-nação, vinculou o indivíduo (societário) a uma rede de instituições e procurou determiná-lo, juridicamente, a partir de uma elaborada pirâmide normativa amiga da previsibilidade, da segurança e do futuro. O mundo das autonomias, da profusão estatutária, dos particularismos, de um complexo mosaico de fontes em concorrência, aquele mundo medieval ligado a um passado imemorial, a um tempo fechado sobre si próprio, é agora superado por um modelo social e jurídico de pendur monolítico, em que o presente, já liberto da *vis* atrativa do passado, vinculado aos valores da calculabilidade e da utilidade, se projeta no futuro.

Pois bem, o fenómeno da globalização e a progressiva construção de uma sociedade e de um mercado globais não deixam de pôr em causa aquele projeto da edificação de uma sociedade integral dentro do território de cada Estado-nação. Hoje, as fronteiras, as estruturas fixas e a própria tradição, tudo é sacrificado no altar da instantaneidade, tudo se reduz ao “êxtase do presente”. Ora, como é cada vez mais evidente, esta “presença hipertrófica do presente” não é amiga da lei. Outras fontes do direito como os direitos do homem, a jurisprudência, a *lex mercatória* e o contrato parecem ser mais adequadas. Daí que se fale já de uma legalidade branda, de direito «flexível», de direito «líquido», de direito «solúvel», etc.

Abstract

This essay tries to give some thought to the new scene that was opened to Law by the destruction of the project of societarian modernity. Having reached its peak between World War Two and the Fall of the Berlin Wall, this project, achieved within the framework of the nation-state, has bound the individual (societarian) to a network of institutions seeking to determine him or her, juridically, on the basis of an elaborate normative pyramid, friendly to predictability, safety and future. The world of autonomies, of statutory profusion, of particularisms, of a complex medley of competing sources, that medieval world linked to a immemorial past and a self enclosed time, is now overcome by a social and juridical model prone to monolithism, in which the present, already

liberated from the attracting force of the past, attached to values of calculability and usefulness, throws itself into the future.

Well now, the globalization phenomenon and the ongoing construction of a global society and market can't help challenging that plan of building up an all-embracing society within the territory of each nation-state. Nowadays, boundaries, fixed frameworks, or even tradition, are all sacrificed on the altar of instantaneity: everything is restricted to the "rapture of the present". However, as it becomes, more and more evident, this "hypertrophic affirmation of the present" is not friendly to law.

Other sources of Law, such as human rights, jurisprudence, the *lex mercatoria*, and the contract seem to be more suitable. According to this, concepts like soft legality, «flexible Law», «liquid Law», «soluble Law», and others, are already being ventilated.

1. A experiência jurídica medieval: um mundo de autonomias ligado ao passado

A queda do muro de Berlim gerou a desestruturação do projeto da modernidade societária. Este projeto, que terá atingido o seu ponto de realização mais elevado entre a segunda guerra mundial e 1989, estende as suas raízes até àquele momento em que a ordem tradicional é posta em crise pela afirmação do indivíduo, pela passagem da *universitas* à *societas*, da ideia de comunidade à de associação de indivíduos.

Naquela ordem tradicional o direito não se move no plano fluido do político¹. Salvo em áreas diretamente interligadas à prática da governação, tais como as que hoje poderíamos denominar de direitos constitucional, administrativo e penal, o direito tem as suas raízes no ordenamento social, arranca da semente sepultada pela interação humana no húmus social. Não quer isto significar a ausência de um centro de referência. Todo o direito humano colhe do direito divino a sua fundamentação última². Tenha-se presente a noção de *ordo*³. Ela aponta para a ideia absolutamente central de que toda a factualidade natural e

social prende as suas raízes na sabedoria divina. Ela reconduz todo o tecido das relações comunitárias a uma unidade de sentido. À imperfeição do singular, ao aleatório do *individuum*, ao tumulto do quotidiano, opõe-se o ideal de perfeição pressuposto por uma teologia da ordem. O caos existencial e o pluralismo factual, assumidos como sortilégios de uma existência indomável, são reabsorvidos por um pré-estabelecido ideal de harmonia de pendor ultramundano. Tal como já se afirmou, «quanto mais a existência era caótica, irreduzível a esquemas mentais de ordem e de racionalidade, tanto mais essa re-enviava aos valores primários do ideal (...)»⁴.

É nesta realidade meta-humana que se encontram os verdadeiros fundamentos e as verdadeiras estruturas do Universo. Os teólogos e os juristas falam de *universitas mundi*. A natureza da sociedade pertence a esta ordem essencial e o direito que nela se gera é *ordo*, não deixa de ser um componente primário daquela *ordem* em que o momento agregativo do tecido reticulado das relações comunitárias se sobrepõe à pequena narrativa da individualidade singular⁵.

Como verdadeira ossatura da sociedade, o direito medieval não é um *quid* unitário. Não existe uma única fonte. A sociedade agrega-se num tecido de autonomias⁶ e estas geram um direito plural assente num sistema de princípios correspondentes àquela harmonia espiritual que sempre norteou a Idade Média. Trata-se de um direito arraigado à vida social constituído não por uma sobreposição desordenada de fontes, mas por uma coexistência assegurada pelas ideias de elasticidade, de relatividade e de concorrência. Os direitos romano, canónico, feudal e mercantil coexistem, reprimindo-se e expandindo-se numa dialética de harmonia dinâmica, com o frágil direito central dos monarcas, num quadro em que o direito consuetudinário (*consuetudo loci, terrae, feudi, provinciae, civitatis*, etc.) usufrui de uma real importância⁷. A este complexo mosaico de fontes acrescenta-se o dinâmico

¹ Cfr. Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 1996, 50 ss.

² Sobre a relevância da acção dos canonistas na racionalização desta conceção e na consequente extração de consequências para a disciplina das fontes coevas do direito, cfr. Harold J. Berman, *Diritto e rivoluzione*. Le origini della tradizione giuridica occidentale, Bologna, 1988, 158 ss.

³ Cfr. Mário Montorzi, *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del diritto comune*, Napoli, 1984, 193.

⁴ Cfr. Raffaele Ajello, *Origini e condizioni dell'attualità giuridica*, Napoli, 1998, 32.

⁵ "Ordo" refere-se igualmente a hierarquia. Na Idade Média não se pensa em termos de igualdade, mas de diversidade e de papéis. Exemplos desta conceção do mundo são a hierarquia eclesíastica e a hierarquia feudal. Cfr. Pietro Costa, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969, 375 ss.

⁶ Nesta sociedade pluralista, caracterizada pela coexistência de diversos níveis de institucionalização, por força destas autonomias, ao lado da noção de legalidade, desenvolve-se a noção de legitimidade. Vai neste sentido Bártolo (*In Primam Digesti Veteris Partem, in Opera Omnia*, Venetis, MDXC, I, D. VI, 1, 1 § *Per banc autem actionem*): «Ego dico, quod Imperator est dominus totius mundi vere. Nec obstat quod alii sunt domini particulariter, quia mundus est universitas quaedam».

⁷ Cfr. António Manuel Hespanha, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, 89 ss.

direito particular das corporações e, obviamente, a jurisprudência e a doutrina.

A uma sociedade em que o poder está distribuído de forma complexa e nem sempre linear, em que existe uma notável capacidade de organização local e em que os comportamentos individuais obedecem à *vis* da tradição, corresponde uma ordem jurídica plural, constituída por diversos direitos de distinta origem histórica e de desigual valor. Na ausência de um centro único de poder que se pudesse assumir como o único criador do direito, este, sonhando-se à mutação convulsiva das diversas conjunturas, é fiel ao «objeto-sociedade», vivendo sob a custódia dos operadores práticos. No mundo medieval, o direito prescreve uma «totalidade de envolvimento» que precede, em termos históricos e ontológicos, o poder dos sujeitos políticos. Vem daí a sua autonomia face ao político. O direito não é a expressão da vontade do príncipe⁸.

De resto, o direito medieval está em grande parte ligado a um passado imemorial. O próprio direito romano, aquele que por ser o mais amplo e o mais rico em *regulae* e princípios e neste sentido aquele que pode ser adaptado às infinitas mutações da sociedade, é um direito que resiste, como direito consuetudinário à desagregação da civilização romana e continua a viver apenas sustentado na sua própria força e prestígio. Ora, o tempo imemorial é um tempo fechado sobre si próprio. O direito medieval move-se na camada lenta da história. O seu título de legitimação vem-lhe do passado. É neste que radicam os seus princípios fundadores. Neste direito cada caso novo é remetido a um direito que não é novo⁹. A referência analógica a algo que já foi decidido, a uma prática reiterada, a um texto antigo, prende este direito a um mundo de formações sociais, às raízes da sociedade civil. O direito medieval corresponde a «uma ordem do mundo», a algo tão indiscutível como a sucessão dos dias e das noites. Desprovido de confins políticos e da mediação do poder, este direito espelha uma ordem objetiva, é um direito inscrito na camada mais profunda da realidade.

Em suma, tal como é hoje apreendido, ao invés de dilaceração de uma ordem unitária, o particularismo jurídico medieval é um exemplo de uma ordem complexa, um *corpus* ordenado a partir de um mundo de autonomias. É sobre este mundo que se edifica um direito comum de caráter universal. Toda a Europa, independentemente desta fragmentação,

forma uma unidade cultural. O *ius romanum*, o *ius canonicum*, e o *ius mercatorum* exprimem esta unidade de sentido. Destes direitos, o *ius romanum* é elevado à posição do «mais alto modelo de *aequitas constituta*» e os juristas assumem a posição de árbitros da equidade e de agentes de um superior princípio de justiça¹⁰.

2. A libertação de uma temporalidade imóvel: a descoberta do futuro

Entretanto, a ordem tradicional começa a ser posta em causa pela aventura da razão. Aquelas estruturas institucionais que na Idade Média garantem uma hierarquia de valores sofrem a erosão do tempo. Os valores que sedimentam os antigos costumes não deixam de ser tocados pelo ceticismo religioso. Relativizando a sua *similitudo* com a divindade, o homem parece cada vez mais disposto a aceitar o peso de uma solidão que se anuncia.

Referimo-nos ao irromper do indivíduo face às realidades corporativas e medievais, à sua libertação do regime de liberdade vigiada limitadora do seu projecto de autorealização. Referimo-nos à passagem da *universitas* à *societas*, da ideia de comunidade herdada das culturas grega e cristã à ideia de uma sociedade constituída por indivíduos. Referimo-nos àquele princípio de edificação do mundo histórico-social que parte do indivíduo como entidade fundadora. De simples parte de um todo (*universitates*), o indivíduo assume-se na *societas* como microcosmos operativo, como célula da humanidade. À ideia de comunidade por natureza sucede a ideia de sociedade edificada sobre as vontades individuais. A construção moderna “estado de natureza – contrato social – Estado edificado a partir do contrato”¹¹ projeta uma organização social artificial cujo objetivo essencial é o da garantia das liberdades individuais compagináveis com o Estado-nação. Este é edificado em redor de três pontos conotativos: a partilha de uma consciência histórico-cultural por parte de um agrupamento humano (nação), o domínio de um espaço definido por fronteiras (território) e o monopólio do uso da força (poder de constrangimento)¹². Nesta construção, o político regressa à boca de cena. O príncipe age como estratégia num lance de múltiplos riscos. O projeto implica «conjugação território e soberania, segundo uma equação em

⁸ Cfr. Paolo Grossi, *Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale, in Quaderni Fiorentini, 25 (1996), 278 ss.*

⁹ Cfr. O nosso *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, 2003, 172 ss, e 206 ss.

¹⁰ Cfr. Mário Caravale, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, 2005, 30.

¹¹ Cfr. O nosso *Codificação e paradigmas da modernidade* cit., 456 ss.

¹² Cfr. A. Guiddens, *The Nation-State and violence*, Cambridge, 1985, 121.

grande medida inédita e incerta; dominar as redes de trocas até ao ponto de as submeter a uma nova ordem espacial; diminuir as autonomias comunitárias até, praticamente, as dissolver; estabelecer fronteiras sobre os espólios de organizações imperiais e feudais que cultivam o mesmo desleixo em matéria de limites exteriores; substituir uma ordem da territorialidade única por uma ordem da territorialidade plural¹³.

Ora, tal como já se apontou, «o Estado nacional-territorial está encerrado na figura geométrica da esfera»¹⁴. Para além de não reconhecer qualquer ente superior, o Estado possui a competência da competência. Unidade, estanqueidade, impenetrabilidade, enclaustramento, são expressões que marcam o sentido político do território. Para além de um espaço de jurisdição, de instrumentos de domínio e de controlo dos indivíduos, e de meios constitutivos de ordem¹⁵, ele é igualmente uma fonte de proteção, de segurança e de defesa.

No centro desta construção moderna está a ideia de soberania concebida como «poder absoluto e perpétuo de uma República»¹⁶ (Bodin). Para além de não reconhecer qualquer ente superior nem externamente (independência), nem internamente (supremacia), o Estado invoca o bem público como critério de ação política. Estamos perante uma realidade autónoma, indivisível e inalienável, perante uma macroentidade centralizadora que se assume como única fonte do direito e como ordenamento jurídico exclusivo.

O Estado-nação moderno, como expressão da vontade e do interesse geral, como encarnação de um poder político completo e de uma vontade impositiva, procura estruturar racionalmente a sociabilidade dos seus cidadãos através da lei. Afivelando uma face de neutralidade, substituindo a mente divina na manutenção da ordem, fazendo tábuas rasas do passado, o Estado-nação procura impor o princípio da unidade/uniformidade à sociedade civil quer pela imposição de uma regulamentação disciplinadora da convivência social (Leviatã), quer pelo reconhecimento de um conjunto de direitos limitadores dos abusos do poder (Direitos do Homem).

As instituições do universo jurídico medieval são definitivamente superadas¹⁷. O complexo sistema de fontes que o caracterizava e a proliferação de estatutos justapostos, de

prerrogativas e de privilégios consuetudinários que o sustentavam, cedem definitivamente aos novos quadros da modernidade. A crença na razão irá animar um processo de racionalização técnica, económica, política e jurídica. Como resultado irá surgir uma nova arquitetura jurídica de pendur monolítico. Ao arquipélago das autonomias e jurisdições que caracterizavam aquela ordem tradicional irá suceder uma pirâmide jurídica de expressão legislativa. Sob o signo da razão, o direito moderno apresenta-se como uma ordem unitária projetada pelo Estado. Este, superando o mundo dos particularismos, oferece apenas um quadro jurídico a toda a coletividade, um *corpus* jurídico global. Esta ordem jurídica constituída a partir de um centro adquire um rigor formal e uma racionalização de processos desconhecidos nos períodos anteriores. No processo da sua formação há algumas expressões a reter: laicização, individualismo subjetivista, racionalismo jusnaturalista e lógica axiomática.

Da mesma forma não se deve olvidar a defesa iluminista da subordinação da esfera jurisdicional ao poder do soberano. É este um legado das luzes. O racionalismo e o voluntarismo confluem na superação das múltiplas fontes sedimentadas no tempo por uma normatividade unitária. O instrumento de eleição é a lei exaltada pela Revolução francesa¹⁸. A ideia de uma natureza humana estável e sempre idêntica, projetada por Rousseau, por Mably, e pelos enciclopedistas acaba por projetar-se na imagem forte e esperançosa de uma lei sólida, certa, e durável. Legislar deixa de ser, tal como sucedeu no absolutismo, mandar. Se o despotismo ilustrado, ao conceber inicialmente a lei como um ato de vontade, é ainda compatível com a tradicional linha hierárquica soberano-súbditos, num segundo momento deixa de considerar que mandar seja sinónimo de legislar. A partir de Rousseau aquela linha hierárquica é superada pela coincidência entre soberano e destinatários das leis. Nas suas palavras a lei «reúne em si toda a universalidade da vontade»¹⁹. O povo que obedece à lei é também o seu autor. O povo estatui «sobre todo o povo»²⁰. A relação que se estabelece não é hierárquica, mas de um «objeto inteiro, considerado de um ponto de vista, para o mesmo objeto inteiro, considerado de um outro ponto de vista, sem qualquer divisão do todo»²¹. Legislar é agora promulgar leis gerais e abstratas, leis que garantam valores capitais tais como os da certeza, da igualdade e da liberdade. Proveniente do binómio natureza-razão, esta lei é coerente

¹³ Cfr. Bertrand Badie, *O fim dos territórios. Ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito*, Lisboa, 1996, 46.

¹⁴ Cfr. Natalino Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma, 2001, 8.

¹⁵ Cfr. Danilo Zolo, *Cosmopolitis: la prospettiva del governo mondiale*, Milano, 1995, 9 e 10.

¹⁶ Cfr. Juan Bodino, *Los seis libros de la Republica*, Madrid, 1992, 267.

¹⁷ Sobre «o fim da Res Publica Christiana», cfr. José Adelino Maltez, *Ensaio sobre o problema do Estado*, Lisboa, 1991, Tomo II, 82 ss.

¹⁸ Cfr. Maurizio Lupoi, *La legge nel divenire delle fonti del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, Anno XVIII-2, Giugno 2000, 269 ss.

¹⁹ Cfr. Rousseau, *Contrato social*, Mem Martins, 1974, 42.

²⁰ Cfr. Rousseau, *Contrato social*, 41.

²¹ Cfr. Rousseau, *Contrato social*, 41.

com a teoria dos direitos subjetivos, a verdadeira plataforma em que assenta a proclamação dos direitos humanos. De facto, a ideia de que os indivíduos, e em termos gerais a nação, possuem direitos oponíveis ao poder é uma marca de contraste da modernidade jurídica. O direito liberta, protege, igualiza é fonte de progresso, é o verdadeiro instrumento da realização da justiça.

O programa ilustrado da codificação do direito ostenta um fundamento moral e político: liberta o cidadão da agenda aleatória e despótica dos monarcas (Rousseau); protege o utente dos tribunais do arbítrio dos juizes. Para muitos é o juiz o verdadeiro inimigo a abater. Tal é o caso de Bentham. Para este mentor positivista, nas sociedades civilizadas do seu tempo, os membros da judicatura, com «astúcia e audácia em comparação com a cegueira ou estupidez do poder legislativo»²², haviam socavado a autoridade deste poder, anulando e usurpando a sua autoridade. Daí o projeto de toda a ilustração, que se comunicaria à postura positivista, de vender os olhos e atar as mãos aos juizes. Enquanto as volições subjetivas são boas ou nocivas, a vontade geral é sempre boa.

Se no direito tradicional o passado quase anula o presente e o futuro numa «continuidade quase imóvel», a partir do iluminismo, sobretudo da Revolução francesa, assiste-se à quebra deste vínculo de constrangimento e à projeção de um tempo, que agora se pretende liberto da *vis* atrativa do passado: o futuro. Este está todo por inventar. Segundo Condorcet «a perfeitibilidade do homem é (...) ilimitada; (...) o progresso desta perfeitibilidade, doravante independente de qualquer força que o queira deter, não tem outro limite que não seja a duração do globo onde a Natureza nos lançou»²³. O horizonte é agora o futuro. O tempo é de novo posto a correr²⁴. A Revolução francesa oferece um novo calendário.

²² Cfr. Jeremy Bentham, *Nomografia o el arte de redactar leyes*, Madrid, 2000, 115.

²³ Cfr. Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Paris, 1933, 3 : «Tel est le but de l'ouvrage que j'ai entrepris, et dont le résultat sera de montrer, par le raisonnement et par les faits, que la nature n'a marqué aucun terme au perfectionnement des facultés humaines ; que la perfectibilité de l'homme est réellement indéfinie ; que les progrès de cette perfectibilité, désormais indépendants de toute puissance qui voudrait les arrêter n'ont d'outre terme que la durée du globe où la nature nous a jetés. Sans doute, ces progrès pourront suivre une marche plus ou moins rapide ; mais jamais elle ne sera rétrograde, tant que la terre, du moins, occupera la même place dans le système de l'univers, et que les lois générales de ce système ne produiront sur ce globe, ni un bouleversement général, ni des changements qui ne permettraient plus à l'espèce humaine d'y conserver, d'y déployer les mêmes facultés, et d'y trouver les mêmes ressources».

²⁴ Embora influenciado por um pessimismo antropológico de expressão agostiniana e marcado pela descrença na capacidade da razão humana

3. A exploração das capacidades criativas do presente

Será sobre a égide do Estado-nação que toda esta dinâmica irá ganhar corpo²⁵. É sobre um espaço tutelado por um poder soberano que a individualidade moderna irá irromper. O Estado representa uma extraordinária garantia para o futuro, mas nem por isso os tempos individuais deixam de ser condicionados por um processo de institucionalização. O presente irá ditar leis ao futuro, todavia irá renunciar, num primeiro momento, a assumir um protagonismo deliberado, autolimitando-se face a um implícito princípio de responsabilidade para com este. As revoluções americana e francesa dão corpo a direitos que exprimem projetos ambiciosos. Todavia, ao invés de despótico, o presente vincula-se ao valor da estabilidade e da calculabilidade, travestindo-se de «novo passado» para as gerações futuras. Compreende-se assim a necessidade de autojustificação e de legitimação.

À *lex aeterna* sucedem-se as *Declarações de direitos*. Estas prendem a um tempo mítico e fundacional as raízes que não de assegurar a coesão e estabilidade da nova sociedade²⁶. As *Constituições*, pertencendo igualmente a este tempo, determinam os limites da mudança e traçam as grandes avenidas suscetíveis de serem percorridas. As *Constituições* movem-se no «tempo das fundações», num tempo diverso quer do que «reflete um estado de coisas existentes», como o do costume, quer do que «antecipa um estado de coisas possível», como o da lei²⁷. Sem intenção de subtraírem todo o poder às gerações futuras, os textos constitucionais combinam fatores de rigidez com dispositivos de abertura²⁸.

como fonte da verdade absoluta, Pascal (1623-1662) não deixa de refletir sobre a força que o futuro já manifesta na sua época, numa época em que a exaltação do homem está a irromper. Como afirma o ilustre cientista e pensador, «Le présent est le seul temps qui est véritablement à nous, et dont nous devons user selon Dieu. C'est là où nos pensées doivent être principalement rapportées. Cependant le monde est si inquiet qu'on ne pense jamais à la vie présent et à l'instant où l'on vit, mais à celui où l'on vivra. De sorte qu'on est toujours en état de vivre à l'avenir, et jamais de vivre maintenant» (*Pensées*, Paris, 1670, 251).

²⁵ Sobre a «herança e o futuro do Estado-nação», cfr. M. Rainer Lepsius, *Il significato delle istituzioni*, Bologna, 2006, 345 ss.

²⁶ Cfr. Denis Baranger, *Temps et constitution*, in *Droits*, 30, 2000, 45 ss. Segundo o autor, uma vez que é uma manifestação de vontade, a constituição inscreve-se num momento de criação, manifestando uma pretensão de extratemporalidade (*idem*, 58 ss).

²⁷ Cfr. F. Ost et M. van de Kerchove, *Pluralisme temporal et changement. Les jeux du droit*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 393.

²⁸ Esta abertura, no atual contexto global, ganha outras dimensões. O Estado em si é hoje apenas «um herói local». Cfr. J. J. Gomes Canotilho, «Brançosos» e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, 2006, 196 e 197.

A ordem jurídica é projetada como um *corpus* estável e permanente destinado a garantir a segurança e a calculabilidade. O *Juristenrecht* é superado pela legislação. A norma é uma fonte de objetividade, torna cada indivíduo semelhante a cada outro. O Estado monocentrado, dotando-se de uma medida comum como forma de articulação das multiplicidades, combate a anarquia e a desordem. O indivíduo societário, liberto das redes de solidariedade da ordem tradicional e dos corresponsáveis ônus, é inserido num quadro em que tudo está programado. Nada mais resta do que mover-se no interior de uma rede de instituições²⁹. De alguma forma, não deixa de ser o destinatário de um projeto previamente definido por um complexo de normas³⁰. A experiência subjetiva da modernidade processa-se num contexto institucional organizado a partir de poderes concentrados de decisão. O conjunto de valores que estas instituições disseminam vigora nos confins das fronteiras territoriais que definem os limites das diversas soberanias em presença. Um mundo melhor só é pensável através da criação de melhores instituições.

Em todo este quadro está presente a obsessão pelo espaço. A modernidade societária cumpre-se no território do Estado-nação. Controlar o espaço, possuí-lo, significa dominar o dinamismo interno do tempo, domesticá-lo, transformá-lo em critério de partilha das tarefas sociais. Daí o ímpeto para a conquista do espaço, para a ocupação dos lugares, para a criação de impérios. O poder e a riqueza, sempre suscetíveis de expansão, «crescem mediante a expansão do lugar que ocupam e protegem-se protegendo esse lugar»³¹. Esta modernidade de conquista e de proteção de fronteiras, já denominada de “modernidade pesada”, é a do tempo métrico, do tempo rotineiro, da semi-imobilidade do trabalho e do capital domiciliados no interior dos muros altos das fábricas³². Tenha-se em atenção o arquétipo da “fábrica fordista”. Este atinge o seu ápice após a Segunda grande guerra, nas décadas de cinquenta e sessenta. O objetivo é o da construção *intra muros* de uma sociedade integral. Daí a minuciosa regulamentação da vida quotidiana. À subjetividade

individual é imposta a referência a uma ordem social estruturada. À experiência subjetiva exige-se a interiorização de um conjunto de papéis sociais formalmente pré-determinados. O ordenamento do Estado-nação, legitimado internamente pelo princípio da soberania popular, tende para a máxima homogeneização. A sociedade civil e o mercado são regulados por um conjunto de regras e de órgãos que reprimem todos os comportamentos desviantes da ordem estabelecida e garantem quer a segurança, quer o “bom viver”. Este projeto de articulação da autonomia individual com a coesão social, num ambiente de previsibilidade e de segurança, atinge o seu ponto mais alto de realização na segunda metade do século XX, tendo começado a declinar nos anos sessenta. A rigidez económica, a homogeneidade cultural e o peso exacerbado dos aparatos institucionais públicos começam a ceder perante as ideias de universalismo económico, de diversidade cultural e de auto-realização.

Redimidos os excessos ideológico-políticos, os movimentos de protesto dos anos sessenta são o veículo da afirmação da autonomia individual face à excessiva regulamentação institucional imposta pelo modelo societário e de reivindicação de um espaço de ação e de projeção pessoal subtraído à lógica opressiva e uniformizadora dos aparatos burocráticos públicos. Ao disponibilizar aos indivíduos meios inimagináveis em qualquer sociedade precedente, ao expandir direitos sociais, ao oferecer sofisticados sistemas de comunicação, ao investir na educação, o modelo societário abre-lhes campos de ação cada vez menos dependentes dos papéis desempenhados no seio da estrutura social.

4. A re-estruturação do espaço-tempo sob a égide da instantaneidade

Entretanto, a par deste movimento, a globalização, sobre o espaço e o tempo dominados pelo complexo *puzzle* dos Estados-nação, começa a desenhar uma sociedade civil e um mercado globais. A globalização da produção, a eliminação dos obstáculos ao comércio internacional, e o aumento exponencial das transações financeiras internacionais, conduzem à superação do cenário de uma economia internacional, acionada a partir dos mercados nacionais, por uma economia global. Neste contexto, a economia tende a autonomizar-se do político. O velho Estado vestefaliano, que havia edificado, a partir das suas fronteiras, de forma laboriosa, uma pirâmide normativa amiga do futuro e dos modelos institucionais da modernidade societária, cai num estado de acentuada anemia. A partir de 1989, com a reunificação da Alemanha, e

²⁹ No que respeita ao «processo de institucionalização», veja-se M. Rainer Lepsius, *Il significato delle istituzioni* cit., 73 ss.

³⁰ As normas são “produzidas” tal como os outros bens do mercado. A força que as “produz” e destrói é a vontade humana, cfr. Mario Bretone, *Tempo e ragione giuridica fra antico e moderno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVI, n.2, dicembre 2006, 288.

³¹ Cfr. Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, Buenos Aires, 2003, 123.

³² Fundamental é a manutenção da ordem. O *panopticon*, respondendo ao desejo de poucos controlarem muitos, surge como o «modelo ideal». Cfr. Paolo Ceri, *La società vulnerabile. Quale sicurezza quale libertà*, Roma, 2003, 60 e 61.

com a passagem a um sistema unipolar³³, os Estados, ao perderem o controle do processo que se vai avolumando como uma bola de neve em movimento, começam a sentir os seus efeitos.

A globalização não para de desautorizar os velhos Estados soberanos e de redefinir muitos dos pressupostos em que assenta o modelo vestefaliano³⁴. Desde logo, a supremacia do Estado sobre a sociedade civil é posta em causa pelo mercado e pela sociedade globais. O movimento associativo, mutualista e cooperativo afirmam-se, em matéria de regulação social, como interlocutores privilegiados. Por outro lado, a vetusta ideia de que só os Estados possuem legitimidade para protagonizarem a política internacional é quotidianamente desmentida pela crescente intervenção de atores não estatais quer transnacionais (ONGs, multinacionais, etc.), quer infranacionais (regiões, grandes cidades, etc.). O Estado partilha hoje a cena internacional com um conjunto de atores insólitos do ponto de vista do antigo modelo, com atores que participam, ao seu lado, na regulação da sociedade³⁵. Da mesma forma, o Estado-nação vê-se hoje acompanhado por instâncias internacionais e globais que «exprimem a tendência para a constitucionalização das relações internacionais». Fator igualmente decisivo da mudança é a re-estruturação do espaço-tempo no qual as instituições do modelo societário e com elas os indivíduos organizam a sua existência. De facto, se a espacialidade da modernidade societária é definida pelas fronteiras do Estado-nação, a globalização oferece como confirm a globalidade. O mundo torna-se uma realidade finita. A dicotomia vestefaliana dentro/fora, frequentemente transformada na polarização amigo/inimigo, deixa de ter sentido. A globalidade, quebrando as divisões binárias, conduz a uma conceção de espaço contínuo e uniforme. De qualquer forma, tal como já foi apontado, «o fim dos territórios não consagra a abolição dos espaços». O que foi abalada foi toda a construção assente na conexão direta entre organização social e espaço físico.

Mas, para além da horizontalidade espacial, a sociedade global caracteriza-se pela horizontalidade temporal. A instantaneidade propiciada pela interação dos novos meios tecnológicos deixa de ser um meio para se tornar num sistema de

vida. A extensão geográfica é superada pela distância temporal. A ideia de globalização expressa já de si, implicitamente, uma permanente instantaneidade que agora, libertando-se «da fratura entre presente e futuro longínquo», refluí ao presente³⁶, ao presente da “quase-imediação”. A imediata proximidade, potenciada pela velocidade transformada numa «espécie de substância etérea que sutura o mundo», torna as ações instantâneas e potencialmente incoercíveis. O novo espaço-velocidade, ao tornar supérfluas as descontinuidades geográficas, situa todos os lugares à mesma distância-velocidade. As estruturas fixas, as fronteiras, a própria tradição tudo é reconfigurado pela impulso mágico-instantanista dos meios de comunicação. A nova comunidade global em formação prefere o “acontecer já”³⁷, o fugaz, o instantâneo. O longo prazo e a duração perdem o valor que haviam alcançado na modernidade sólida. Se o passado parece vazio, o futuro mostra-se incapaz de mobilizar a crença. Ora estes eram os dois polos em que assentavam as pontes morais entre o transitório e o duradouro.

O que está hoje em causa é, pois, aquela ordem societária que respondeu inicialmente à desintegração da *res publica christiana* e procurou depois eliminar o accidental, a contingência, o espontâneo pela instituição de uma ordem, rigidamente normativizada e institucionalizada, protegida por muros sólidos e inexpugnáveis. As ideias de sociedade integral e de que a economia, a cultura e a política são realidades domiciliadas no interior das fronteiras territoriais do Estado deixam de ter sentido perante a vertiginosa mutação introduzida pelo movimento da globalização. Hoje a *Internet* e o mercado sugerem antes uma sociedade em que a dimensão físico-corpórea tende a estar ausente e em que as próprias obrigações sociais parecem desaparecer. Da mesma forma, o atual processo de desinstitucionalização em curso, ao pôr em causa o sistema narrativo e regulativo através do qual a modernidade societária harmonizava o seu projeto global com a experiência subjetiva, oferece um campo de possibilidades e de indeterminações que até há pouco seriam consideradas insólitas.

O sujeito global, libertando-se de um quadro institucional monolítico, goza agora de um campo alargado de autodeterminação e de opção. A construção da sua existência e a afirmação da sua identidade são cada vez mais realizadas sem a proteção do grupo e sem a referência narrativa das instituições que agora parecem exercer mais uma função

³³ Cfr. André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, 2003, 24.

³⁴ Cfr. José de Faria Costa, *O fenómeno da globalização e o direito penal económico*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 535 ss.

³⁵ Neste sentido, cfr. Silvério da Rocha-Cunha, *Trabalhos de Sísifo do Direito e da Política no actual labirinto da Sociedade Mundial*, in *idem* (ed.), *Política, Cidadania e Cultura numa Era Global*, Évora, 2005, 177 ss.

³⁶ Cfr. Luís Carmelo, *Órbitas da modernidade da era do sujeito à consciência global*, Lisboa, 2003, 91.

³⁷ Cfr. Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida cit.*, 132 ss.

meramente regulativa. Hoje perfila-se perante nós a *societas abscondita*³⁸. O indivíduo contemporâneo, ao invés de se confrontar, como no passado, com uma ordem social organizada, hierárquica e dotada de sentido narrativo, mais parecendo um viajante sem destino, vive numa arena de possibilidades. Ao dogma da inibição sucede o dogma da *performance*³⁹.

5. O valor das diversas fontes de direito no átimo fugaz do presente

A abertura de um espaço transnacional, a compressão temporal e o debilitamento do Estado provocados pela globalização colocam o direito perante novos desafios. Tal como se tem vindo a afirmar, a modernidade pós-societária que se desenha à nossa vista é «possuída por um sentido hipertrófico do presente»⁴⁰. Embora ainda invocados, o passado e o futuro deixam de ser dois polos atrativos. Se o passado, ao perder a função legitimadora do presente, é convertido em simples experiência, o futuro é crescentemente concebido como uma dimensão autónoma. O poder integrador do passado e o poder mobilizador do futuro são desvitalizados pelo «êxtase do presente»⁴¹, pelo «Império do efêmero». Toda a carga de expectativa que habitualmente era projetada no futuro reflui ao imediato. Num mundo em constante mutação, a eficácia da ação mede-se pela sua tangibilidade e pela sua utilidade imediata. Um exemplo do que acaba de se afirmar é o “casino planetário” constituído pela rede das diversas praças bolsistas. A vertiginosa velocidade de circulação de capitais faz-se a partir da lógica do “jogo” e do risco. Ora «o jogo vive e existe apenas no presente»⁴². Esta lógica acaba por penetrar na esfera institucional e no próprio direito. Se naquela, as instituições em vez de se prenderem na linguagem do político acabam por abraçar a lógica competitiva do mercado, no caso do direito, este, em vez de ser fonte de criação de condições de proteção e de segurança, corre o risco de transformar-se num mero

corpus constitutivo das “regras do jogo”. Tal como já se precisou «para conseguir lucros, é preciso abreviar a duração de cada operação e acelerar a rotação dos recursos: é a regra do “mesmo a tempo (...)»⁴³.

Perante este renovado contexto, em que a urgência é transformada numa temporalidade normal, em que os confins geográficos sofrem um processo de evaporação e em que os capitais, os mercados, os serviços e as pessoas circulam sem obstáculos, uma realidade se torna patente: o legislador estatal não se mostra capaz de acompanhar o complexo processo de despacialização/re-espacialização em curso, nem o próprio desenvolvimento económico-social da sociedade contemporânea. Como consequência, os dogmas da estadualidade do direito e do primado da lei atravessam uma crise profunda.

Todavia, não quer isto significar que o velho legalismo iluminístico-jacobino tenha sido superado de um golpe. A globalização não se caracteriza por ser, a este nível, um processo seletivo. A nova dinâmica, ao invés de projetar um direito radicalmente novo, é propícia à coexistência das velhas com as novas fontes do direito em expansão, dos velhos com os novos institutos jurídicos em formação, dos velhos com os novos atores emergentes. De qualquer forma, a porosidade das economias, a natureza evasiva e efêmera do espaço em que elas operam, a lógica do mercado financeiro e a progressiva globalização da sociedade civil estão a provocar um enorme impacto desterritorializador com efeitos evidentes ao nível do Estado-nação e do seu *ius positivum*⁴⁴. Aquela organização social quase imóvel no tempo e muito diversificada no espaço, correspondente ao modelo da modernidade societária, vê-se agora confrontada com uma realidade que tende para a mutabilidade temporal e para a uniformidade espacial.

A lei nacional (o sistema legislativo nacional) ostenta cada vez mais a sua inadaptação face à realidade presente. A sua rigidez perante uma sociedade que exige cada vez maior flexibilidade e adaptabilidade é uma evidência. A crise ao invés de quantitativa é qualitativa. Aquela dialética maioria-minoria, na qual a lei se gera, oriunda das contraposições ideológicas e de interesses de tipo bipolar muito características das comunidades societárias induz fatores disfuncionais de rigidez nas

³⁸ Cfr. Bauman, *La società sotto assedio*, Roma, 2006, 33. O autor invoca a imagem “volúvel”, “imprevisível” e “indiferente ao bem e ao mal” do Deus franciscano/nominalista. A ideia de que Deus, tal como tendencialmente sucede com a sociedade, nada deve aos homens.

³⁹ Cfr. C. Giaccardi M. Magatti, *Lo globale. Dinamiche della socialità contemporanea*, Roma, 89.

⁴⁰ Cfr. Maria Rosaria Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 12.

⁴¹ Cfr. Lionello Sozzi, *Vivere nel presente. Un aspetto della visione del tempo nella cultura occidentale*, Bologna, 2004, 246.

⁴² Cfr. Maria Rosaria Ferrarese, *Il diritto al presente cit.*, 44.

⁴³ Cfr. François Ost, *O tempo do direito*, Lisboa, 2001, 353 e 354.

⁴⁴ Cfr. Lúcia Cimellaro, *Il principio di legalità in trasformazione, in Diritto e società, nuova serie*, 1, 2006, 117 ss. Cada vez mais, aquelas competências que advinham ao Estado da sua estrutura originária estão a ser disseminadas por um conjunto de organismos multilaterais. Estes vão assumindo efetivamente o domínio em áreas tão sensíveis como as da moeda e valores financeiros, comércio, transporte aéreo, polícia, etc.

atuais sociedades. Estas, para além do seu carácter multiétnico, multicultural e multirreligioso são atravessadas por um contínuo processo de recontextualização de identidades e de práticas.

Por outro lado, a «presença hipertrófica do presente» não deixa de acentuar o declínio da lei. A dimensão temporal da experiência legislativa é o futuro; ela é «programática e visa uma aplicação futura»⁴⁵. Daí o êxito da lei como instrumento de instauração da rede de solidariedade, dos aparatos administrativos e dos valores da modernidade societária. A expressão «“seguir” a lei», ao sugerir um caminho já definido, reveste-se de uma dimensão espacial, um caminho a percorrer, e de uma dimensão temporal, um caminho traçado para sempre⁴⁶. Ora, dada a perda de iniciativa do Estado nas áreas política, económica e cultural e a progressiva desinstitucionalização da vida social, a prevenção e a planificação do futuro são deslegitimadas perante um presente que se recompõe a cada momento. A necessidade de agir em tempo real e o imperativo da flexibilidade sobrepõem-se ao significado simbólico de um futuro coletivo projetado pela lei. Na verdade, na ausência da narrativa do futuro, apenas resta a imanência das relações sociais e a ideia de um bem comum também ele dessubstanciado por uma negociação permanente efetuada no átimo fugaz do presente. A superprodução legislativa que marca o nosso tempo é a mais evidente manifestação de uma impotência. Os interesses particulares encontram na ausência de um futuro mobilizador e na fragmentação do interesse geral a fenda providencial para o seu revivescimento, a cuja satisfação é necessário acudir com uma profusa e infundável atividade legislativa. Mais do que a expressão da “vontade geral”, as leis convertem-se, progressivamente, numa frágil e quebradiça manifestação jurídica de acordos políticos entre o Estado e uma microssetorialização de interesses. Dado este renovado contexto de origem, as leis, que agora tendem a deixar de ser gerais, claras e estáveis, veem a sua aplicação ser frequentemente sujeita ao critério de oportunidade. Todavia, se a hipertrofia do presente não é amiga da lei, já o mesmo não se pode sustentar em relação a outras fontes.

Tal é o caso dos direitos do homem. Estes, inerentes à natureza humana, tendem a compensar a atual crise do direito normativo estadual. Existe nos direitos uma dupla transcendência: a confrontação, em sentido horizontal, do

homem com a sua humanidade e a confrontação, em sentido vertical, do homem com a sociedade. É hoje visível a explosão dos direitos por força dos estatutos derogatórios que vão imunizando os grupos autonómicos das regras maioritárias da cidade. O comunitarismo contemporâneo promove comunidades de identificação que reivindicam direitos condizentes com as suas singularidades. O individualismo identitário procura sobrepor-se ao individualismo igualitário⁴⁷.

Enquanto o direito, marcado pela política moderna dos fins, se inspira numa *ratio* temporalmente diacrónica, os direitos, sobrevoando aquela lógica finalista, vivem no presente, privilegiam o período breve. Os direitos, como projecção sobre o mundo do direito do que de essencial há no ser humano, conhecem, como máximas de estimativa jurídica, um processo contínuo de ordenação⁴⁸. A metáfora da “linguagem dos direitos” exprime bem a sua referência ao presente. De facto, a função central da linguagem é a comunicação. O conteúdo linguístico prende-se ao mundo e à experiência que o homem dele colhe. Daí que ele evolua através do tempo. A linguagem só tem sentido para indivíduos inscritos em estratégias de interlocução, em relações de interdependência, em posições sociais de recorte conjuntural. Da mesma forma, os direitos humanos, pertencendo mais ao mundo da oralidade do que ao da escrita, ainda que formalmente reunidos em *Declarações*, em *Cartas*, em *Pactos* ou em *Convenções*, não deixam de responder às exigências do presente, não deixam de veicular valores éticos, sociais e políticos que predominam no momento atual.

Estes direitos, como patrimónios jurídicos não adstritos ao Estado-nação, projetam-se numa dimensão transnacional, assegurando uma exigência de simultaneidade no espaço global. Tal como se vem reconhecendo, os direitos humanos, construídos a partir do sujeito, integram-se naturalmente no «nomadismo de um mundo em movimento»⁴⁹, são direitos insuscetíveis de enclaustramento territorial, são direitos que circulam como «moeda jurídica» nos grandes espaços.

Uma das fontes do direito global é também a *iurisdictio*. No novo contexto de um mercado alargado, o juiz vê reviver o seu papel de guardião de um conjunto de regras e de princípios essenciais à manutenção do carácter espontâneo da nova ordem. O carácter policêntrico da instituição judiciária

⁴⁵ Cfr. António Castanheira Neves, *Fontes do direito. Contributo para a revisão do seu problema*, Coimbra, 1985, 30.

⁴⁶ Cfr. M. Lupoi, *La legge nel divenire delle fonti del diritto*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2000, 247.

⁴⁷ Cfr. o nosso *Direitos fundamentais e afirmação de identidades*, in *Economia e sociologia*, n.º 80, Évora, 2005, 157 ss.

⁴⁸ Para uma reflexão sobre a “Globalização e direitos humanos”, que fica aqui por fazer, cfr. Salvo Vaccaro, *Globalizzazione e diritti umani. Filosofia e politica della mondialità*, Milano, 2004, 73 ss.

⁴⁹ Cfr. Maria Rosaria Ferrarese, *Il diritto al presente* cit., 146 ss.

coaduna-se com o facto de a globalização carecer de respostas diversificadas e adequadas à realidade. De facto, o direito judiciário é um direito cuja dimensão é o presente, é um direito capaz de automodificar-se de acordo com os diversos contextos em que é chamado a intervir⁵⁰. Os novos espaços abertos de comunicação, ao desregularem a distinção nacional/internacional/transnacional e ao desestruturarem a pirâmide normativa e todas as restantes sistematizações, projetam no horizonte uma «vasta teia judicial global»⁵¹ de pendor persuasivo. Esta «sociedade de tribunais», este espaço policêntrico em construção, ao invés de ligado aos valores da coerência, da obediência e da segurança associados ao paradigma da pirâmide, identifica-se com os valores da convivialidade, da criatividade e do pluralismo característicos do paradigma do direito em rede. Neste auditório global, acéfalo e desprovido de hierarquia, o diálogo, assente na exemplaridade dos casos particulares, transforma o direito num “bem intercambiável”⁵². Os costumes e as jurisprudências, forjados nos grandes tribunais internacionais, e as culturas jurídicas ganham agora uma posição de destaque no sistema das fontes de direito. No atual processo de reconfiguração dos lugares de regulação a que hoje se assiste, as práticas judiciais globais abrem uma nova fonte de sentido para o direito extraído da complexa realidade da vida social considerada a partir de um quadro global.

Da mesma forma, a globalização dos mercados, a ampliação sem confins da organização produtiva e a atual recuperação da antiga relação entre a economia e o direito dão corpo a um conjunto de fontes privadas fortemente personalizadas. Tal é o caso da nova *lex mercatoria*⁵³. Esta, não reconhecendo as barreiras fronteiriças dos Estados, procura disciplinar uniformemente as relações comerciais no novo espaço económico alargado⁵⁴. Se a antiga *lex mercatoria*, pré-existente ao Estado moderno, procura superar, afastando-o, um *ius romanum* já inadequado para responder ao desenvolvimento da revolução comercial, a nova, mantendo o mesmo fundo consuetudinário, procura sobrevoar os confins políticos dos Estados e os particularismos codificados

dos respetivos direitos⁵⁵. Constitui-se assim uma *lex mercatoria* fundada sobre os usos e práticas dos negócios, sobre a cultura da empresa e as *rationis decidendi* das câmaras arbitrais internacionais.

Eis um direito de formação espontânea que se perfila, a par do ordenamento jurídico estadual, como um ordenamento originário sustentado pela adesão dos operadores económicos a um conjunto de valores inerentes ao mundo dos negócios. Em suma, na *lex mercatoria*, criada pela classe empresarial, estamos perante um direito objetivo sem Estado, perante um ordenamento desprovido de coerção, perante um direito que reúne em si o carácter da “especialidade” e da “universalidade”⁵⁶. Tal como já se referiu, a globalização dos mercados conduz o direito ao re-encontro do seu «antigo cosmopolitismo, à originária universalidade» que o caracterizou na fase da primeira *lex mercatoria*⁵⁷.

Uma outra fonte de direito predestinada a um grande êxito no mundo globalizado é o contrato. Existe mesmo uma tendência para este desempenhar em múltiplas áreas da vida social o papel da própria lei. O contrato não só responde às exigências de uma economia transnacional, como se mostra um profícuo instrumento para a criação de novos bens jurídicos. Muito mais do que mera aplicação do direito, e neste sentido fora do quadro das fontes normativas, o contrato perfila-se como uma importante fonte do direito. Referimo-nos fundamentalmente aos modelos contratuais uniformes criados sobretudo pelos grandes escritórios associados de advocacia que, paulatinamente, se vão substituindo às convenções internacionais de direito uniforme. Estes, em geral, são contratos atípicos, os contratos em “ing”, concebidos pelas *law firms* (*franchising, factoring, leasing, outsourcing, forfaiting, renting, merchandising, etc.*). De facto, ao invés de uma postura exegética face à lei, as *law firms* respondem às necessidades do mercado, convertendo as

⁵⁰ Cfr. Hugues Le Berre, *La jurisprudence et le temps*, in *Droits*, 30, 2000, 78 ss.

⁵¹ Cfr. Julie Allard/ Antoine Garapon, *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*, Lisboa, 2006, 10.

⁵² *Idem*, 7.

⁵³ Cfr. Francesco Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, *passim*, e *idem*, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 43 ss.

⁵⁴ Sobre a *lex mercatoria*, cfr. Gunther Teubner, *Global Bokovina: Legal Pluralism in the World Society*, in *idem* (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, 1997, 6 ss.

⁵⁵ Esta nova *lex mercatoria* é difundida através dos Princípios Unidroit (Princípios dos Contratos do Comércio Internacional elaborados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado), compilação elaborada por um conjunto de juristas. No preâmbulo dos Princípios Unidroit sobre os Contratos Comerciais Internacionais pode ler-se: «Estes princípios estabelecem regras gerais aplicáveis aos contratos mercantis internacionais. Estes princípios devem aplicar-se quando as partes tenham acordado que o seu contrato se reja pelos “princípios gerais do direito”, a “lex mercatoria” ou expressões semelhantes». Para um exemplo do que aqui se afirma, cfr. Michael Joachim Bonell, *I principi unidroit quale fonte di ispirazione per le Corti Inglesi?*, in *Europa e diritto privato*, 4/2006, 1319 ss.

⁵⁶ Cfr. Maria Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2005, 90.

⁵⁷ Cfr. Francesco Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto cit.*, 72.

«dinâmicas económicas» em «dinâmicas jurídicas» ou projetando os «esquemas jurídicos» nas «dinâmicas económicas»⁵⁸. Tal como vem sendo sustentado, o contrato, típico e atípico, é justamente um dos instrumentos que melhor se adapta às exigências de flexibilidade e de adaptabilidade postas pelo mundo económico. É certo que o contrato é amigo do futuro, projetando nele os seus efeitos. Todavia, também ele está sujeito ao assédio do «presente». As tendências para a renegociação dos acordos e para o incumprimento, deixando de lado a ótica economicista⁵⁹, mais não são do que tentativas do presente de ganhar luz própria na cena contratual, gerando incerteza e imprevisibilidade. Este tende a transformá-lo num simples meio instrumental, num mero movimentador das relações do mercado.

Verifica-se, assim, através do contrato, que o processo de desregulação não significa menos direito, mas apenas uma transferência de responsabilidades dos poderes públicos para a esfera jurídica da produção privada.

6. Conclusão

Chegou o momento de partir para uma conclusão. Tendo atingido o seu ponto mais alto na segunda metade do século XX, o projeto da modernidade societária, tendente a oferecer à autonomia individual «estabilidade existencial», «proteção social» e certezas culturais num espaço protegido pelo Estado-nação, vive hoje uma situação de anemia e de manifesta crise. É certo que as reivindicações dos anos sessenta que tornaram patente a desadequação deste projeto para enfrentar os anseios da iniciativa pessoal antecederam, de alguma forma, o impacto do movimento da globalização. O equilíbrio proposto entre a liberdade e a ordem, construído em redor de uma identidade nacional pouco aberta ao mundo da diversidade, é avaliado como um insuportável ónus a ser suportado pela autonomia individual. Entretanto, este projeto, sustentado por instituições e agências de socialização edificados pelo Estado, não deixa de ser confrontado hoje com uma realidade diversa protagonizada por novos atores e por inovadoras formas de interação social.

Face ao fenómeno da globalização, os Estados vão perdendo a iniciativa e a influência tanto no domínio externo como interno. A progressiva dissociação entre as forças

económicas transnacionais e os poderes públicos nacionais parece conduzir a um mundo entregue a regras de origem privada marcadas por uma racionalidade estritamente económica. Perante a virtualização da economia mundial, aqueles instrumentos jurídicos fundamentais criados pela modernidade societária, referimo-nos às constituições e aos códigos, perdem muito da sua eficácia. O Estado, que durante séculos regulou a sociedade civil e o mercado, através de uma pirâmide de normas e de órgãos destinados a manterem coeso o tecido social, parece querer conformar-se à tarefa marginal de manter o seu território como um espaço atrativo para a rápida passagem do capital nómada. Presente-se que «a globalização na sua forma atual impõe um drástico redimensionamento da soberania estadual de tipo ortodoxo»⁶⁰. De facto, a economia, que no passado pagava o seu preço pela proteção dos direitos soberanos, privilegia hoje a autorregulamentação e o contrato. É a racionalidade económica que, sob o manto de uma aparente neutralidade política, conduz aos atuais fenómenos do “shopping jurídico”, da deslocalização das produções e da circulação eletrónica dos capitais.

A crescer, enquanto na modernidade societária tudo conflui no futuro, o sujeito global em formação está ancorado ao presente e age em comunidades de cooperação libertas da estrutura fixa de um território. Exposto às solicitações de todo o globo, livre da estreiteza dos confins nacionais, o sujeito global pode finalmente assumir toda a autoria do seu destino. Tal como se referiu, o próprio termo globalização contém em si as ideias de propagação e de instantaneidade corrente.

A repercussão de todo este quadro no mundo do direito é uma evidência. As diversas metáforas aplicadas ao direito do nosso tempo, tais como as de direito «flexível», direito «líquido», direito «solúvel»⁶¹, direito «dúctil»⁶², direito «turbulento», direito «débil»⁶³ e tantas outras, apontam para uma realidade jurídica que se move e agita impulsionada pela aceleração histórica da sociedade, apontam para a superação dos quadros ainda estabelecidos ligados a um conjunto de fontes rigidamente hierarquizadas e disciplinadas através da lei. Esta desagregação do quadro tradicional das fontes, propiciadora da instauração de uma legalidade branda,

⁶⁰ Cfr. Bauman, *La società sotto assedio cit.*, 75.

⁶¹ Cfr. J.-G. Belley, *Une métaphore chimique pour le droit*, in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, sous la dir. de J.-G. Belley, Paris, 1996, 7 ss.

⁶² Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Lei, derechos, justicia*, Madrid, 2003, 14 ss.

⁶³ Cfr. Natalino Irti, *Fenomenologia del diritto debole*, in *Nuove frontiere del diritto*, a cura di P. Barcellona, Bari, 2001, 38.

⁵⁸ Cfr. Maria Rosaria Ferrarese, *Il diritto al presente cit.*, 83.

⁵⁹ Cfr. Joaquim de Sousa Ribeiro, *O contrato, hoje: funções e valores*, in *idem, Direito dos contratos. Estudos*, Coimbra, 2007, 50 ss.

transfere para a jurisprudência uma tarefa decisiva: garantir a presença do direito e a realização da justiça naquelas áreas em que um novo estado de natureza parece estar a ser projetado pelo fenómeno da mundialização económica. Importa assim preservar a sociedade das vertigens de uma espontaneidade desregulamentada e de uma individualização dos riscos, desprovidas de qualquer referência filosófica aos direitos do homem.

À tendência do presente para devorar o passado e o futuro deve opor-se a ideia de que a nossa humanidade singular é forjada no seio de uma Humanidade diacrónica e de que o direito arranca de uma experiência domiciliada numa comunidade transtemporal⁶⁴.

⁶⁴ Subscrevemos assim a convicção que sustenta a estimulante obra de François Ost, *O tempo do direito* cit., 433.