FACULDADE AUTONOMA DE DIREITO – FADISP

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DOUTORADO EM DIREITO

FREDERICO MARCOS KRÜGER

A GÊNESE E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO NAS RELAÇÕES PRIMITIVAS E A SUA TRANSPOSIÇÃO À NOVA SOCIEDADE ANTROPOLOGICA CIBERNÉTICA.

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2017

FACULDADE AUTONOMA DE DIREITO – FADISP

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DE DIREITO

DOUTORADO EM DIREITO

Frederico Marcos Krüger

A GÊNESE E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO NAS RELAÇÕES PRIMITIVAS E A SUA TRANSPOSIÇÃO À NOVA SOCIEDADE ANTROPOLOGICA CIBERNÉTICA.

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área da função social do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Henrique Garbellini Carnio.

São Paulo

2017

Banca Examinadora

A minha filha Vanessa Krüger:

Obrigado pelo apoio.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, que me provou o quão importante é em minha vida, pois quando eu mais precisei o Senhor me amparou.

A minha mãe querida, que está ao lado do criador, mas me proporcionou, pelo pouco tempo que fiquei ao seu lado, o conforto e a segurança inestimáveis. Sinto saudades de seu carinho e das lições que me ensinou junto a meu pai, com quem pude permanecer ao lado. Foi meu pai quem me ensinou as regras rígidas da vida e de quem sinto imensas saudades.

Ao Professor Lauro Ishikawa, coordenador adjunto do programa de Pós-Graduação da FADISP, que, com maestria e perfeição, conduz o programa: deixo o meu muito obrigado.

Ao Professor Henrique Garbellini; uma celebridade, mas que também é amigo, companheiro, para quem devoto a minha imensa gratidão. Conheci-o e, mesmo de tão longe, me ensinou e me guiou os passos do conhecimento e da sabedoria. Aprendi muito ao seu lado e você sempre estará em minhas orações. Obrigado, Mestre.

Aos professores da FADISP: Renato Gugliano Herani, Ricardo Castilho, Georges Abboud, os quais sempre estarão presentes nas páginas da minha vida.

Ao Prof. Willis Santiago Guerra Filho, que, através das suas doutrinas acadêmicas tornou viável o início deste trabalho que agora se consolida: resta minha eterna gratidão.

Aos meus amigos, que compartilharam nas idas e vindas e a saudável permanência do Hostel da Rua João Moura; obrigado!

À Prof. e bibliotecária Marlene Gonçalves Curty, amiga, uma mulher de Deus, que me guiou com a sua maravilhosa luz para a conclusão desta tese, e que sem essa benção de pessoa, não teria galgado a conquista. Fica meu eterno agradecimento!

A minha amiga Jéssica, secretaria do Programa de Pós Graduação da FADISP, a sua participação foi muito importante nesta fase, obrigado. Deus estará operando maravilhas nos passos da sua vida, confie.

RESUMO

Este trabalho representa o desenvolvimento das relações do homem com o Direito, pautados pelo sistema retributivo, e a sua relação com a gênese embrionária do Direito, considerando que ambos os movimentos, do Direito e do homem, estão combinados pelos usos e os costumes. Para tanto, o desenvolvimento e a aplicação das regras costumeiras das *tribus* primevas. O costume, juridicamente conhecido como C*ommon Law,* é algo que sempre esteve presente na formação das sociedades, cuja regra costumeira delimitava os mais diversos tipos de convivência entre as pessoas. Nesse sentido, as primeiras regras de comportamento vão além das necessidades de sobrevivência, a convivência retributiva teve um papel fundamental, que aliado aos costumes, impulsionou para que as regras e normas disciplinares tivessem um comportamento para a convivência no grupo familiar. O desenvolvimento do racionalismo e o existencialismo do homem e as atividades mercantis impulsionaram para uma vivência mais social, e, nesse desenvolvimento, insurgiram novas regras para acompanhar a evolução humana até a era contemporânea. Nesse contexto acelerado, o homem aprendeu a exercer e expandir a ciência, construindo sistemas eletrônicos, conhecidos como inteligência artificial, um novo modelo de pensar e agir de forma extensiva ao cérebro humano. Dessa forma, o homem incorporou nessa sociedade em ascensão uma particularidade exclusiva inerente aos seres vivos, a inteligência; dando vida a um humanóide incompleto, faltando-lhe apenas o fenômeno do sentimento, é tal grande esse expansionismo que a humanidade está esquecendo-se dos verdadeiros valores naturais desenvolvidos durante milhares de anos, e na continuidade dessa evolução dos seus Direitos como pessoas não estão exercendo os seus direitos como é de costume, um exemplo é não impondo limite para essa nova sociedade robótica emergente.

Palavras-chave: Antropologia jurídica. Direito consuetudinário. Ciência jurídica. Inteligência artificial. Cibernética e robótica.

ABSTRACT

This work will portray the development of man's relationship with the law, guided by the payment system, and its relationship with the embryo genesis of law, considering that both movements, law and man are guided by the uses and customs. Therefore, we will explain the development and application of customary rules of tribes primitive The custom, legally known as Common Law, is something that has always been present in the formation of society whose usual rule demarcating the various types of relationships between people. In this sense, the firsts rules of behavior go beyond survival needs, retributive coexistence played a key role, which coupled with customs, boosted so that the rules and disciplines had a behavior for living together in the family group. The development of rationalism and existentialism of man and business activities pushed for a more social experience, and in this development, protesting new rules to follow human evolution to the contemporary era. And in this accelerated context, man learned how to exercise and expand science, building electronic systems, known as artificial intelligence, a new model of thinking and acting in an extensive way the human brain. Thus, the man entered this society rising an exclusive feature inherent to living beings, intelligence; giving life to an incomplete humanoid, lacking only the phenomenon of feeling, is so great that expansionism that mankind is forgetting the true natural values developed over thousands of years, and continuing this evolution of their rights as people are not exercising their rights as usual, an example is not imposing limits to this new emerging robotics society.

Keywords: Legal anthropology. Customary law. Legal science. Artificial intelligence. Cybernetics and robotics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....9

CAPÍTULO I. FORMAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

1.1. As organizações familiares.....13

1.2. O desenvolvimento das tribos primitivas.....25

1.3. Desenvolvimento e a endoculturação do comportamento do homem primitivo.....32

1.3.1. A Coletividade.....33

1.3.2. Do conservacionismo.....37

1.3.3. Da causalidade.....39

1.3.4. Da vingança.....42

1.3.5. A Religião.....47

1.4. As Teorias epistemológicas do Racionalismo do Conhecimento.....51

1.4.1. O racionalismo de René Descartes.....52

1.4.2. O empirismo de John Locke.....54

1.5. O Existencialismo humano de Jean Paul Sartre.....56

CAPÍTULO II - As fontes das relações comerciais na formação estatal

2.1. A política do *Potlatch* e do Escambo.....63

2.1.1. O *Potlatch*.....*64*

2.1.2. Conflitos na desonra de uma obrigação do *Potlatch*.....67

2.1.3. O Escambo.....70

2.2. A *Obligatio* na formalização das atividades obrigacionais.....73

2.3. Da *Obligatio* aos reflexos na penalização da política do *bando*.....78

2.4. Dívidas e contratos, um sinônimo obrigacional.....85

2.5. Métodos para o cumprimento dos costumes, a justiça.....90

2.6. O inadimplemento e as dívidas nas relações contratuais.....91

2.7. Idade média: o Direito na fé e na razão.....99

2.8. A formação política estatal, a transposição do Estado de Natureza ao Estado de Sociedade, na visão de Thomas Hobbes e de Jean-Jacques Rousseau.....106

2.8.1 - Thomas Hobbes.....109

2.8.2 - Jean-Jacques Rousseau.....114

CAPÍTULO III - A inteligência racional; um modelo para a inteligência artificial

3.1. A inteligência racional e a inteligência artificial, no processo do conhecimento.....122

3.1.1 - O processo do conhecimento na sociedade.....131

3.1.2 - As tendências cognitivas da inteligência artificial.....134

3.2. A terminologia da Cibernética (κυβερνητικός).....144

3.3. A expansão do Direito Cibernético na sociedade contemporânea.....150

3.4. A ética e os valores jurídicos na aplicação da justiça no controle social na era Cibernética.....157

3.5. O Direito Cibernético na sociedade contemporânea: a evolução do Direito e suas conseqüências.....159

3.6. O marco civil da internet no Brasil, um método regulador da tecnologia cibernética.....162

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....172

REFERÊNCIAS.....176

1 **INTRODUÇÃO**

A grande discussão e o questionamento no mundo acadêmico busca proporcionar ao discente o suporte necessário para compreender as mais diferentes áreas do Direito. Observamos, quase diuturnamente, as mudanças legislativas que configuram verdadeira enxurrada de leis (normas) para a adequação populacional, social, econômica e política.

Dentre essas mudanças legislativas, o costume, como era de fato uma modalidade do conservacionismo do homem primitivo e fonte primária das normas, faz com que, hodiernamente, o homem social se comporte não apenas pelo costume, mas por um ordenamento deliberativo legislativo.

As mudanças ocorrem através dos fatos e têm efeito valorativo. Disso advém o direito em virtude de uma ação; e assim, para os que labutam na ciência jurídica, é necessário compreender os motivos aos mais diferentes comportamentos sociais atuais.

Todos os paradigmas são reflexos que traduzem o comportamento social, elencados no desenvolvimento vinculativo das mais diferentes classes sociais na embriologia social, a qual está amparada pela ciência jurídica e pela eclosão de um novo fenômeno construído pelo homem, a inteligência artificial.

O próprio desenvolvimento da humanidade, através dos fenômenos sociais, é considerado como um sistema central no qual se desenvolve um sistema de Autopoiésis.

O sistema social central não é propriamente fechado; nessas sociedades, elas se comunicam entre si e entre outros, e se auto-reproduzem, assim, a sociedade é o próprio ambiente.

É nesse ambiente, inclusive, que a presença da inteligência artificial desempenha seu papel fundamental de comunicação na vida diária das pessoas, porém, pouco (ou nunca) se imaginou que, um dia, tal ferramenta fosse tão necessária para aqueles que sonharam que o homem seria capaz de enviar e condicionar informações o homem mais uma vez, expandindo, explorando e conquistando novas fronteiras.

Essa característica individualiza o sujeito de direitos, e a cibernética contribui para tal caracterização, pois é ela quem prosseguirá a personalidade, visto que,

doravante, será aperfeiçoada a partir das características humanas, fazendo com que se aproxime a máquina à imagem de seu criador.

Esse estreitamento já é, pois, tudo o que está ao alcance das pessoas, o que se prova não apenas no lazer, como também nas atividades laborais voltadas para a ciência médica, no campo jurídico, na ciência, no conforto e na segurança.

A cibernética se assimila à personalidade humana, em virtude do avanço da modernidade, adquirindo, dessa forma, inteligência artificial, de modo que o software substitua as sinapses.

A evolução da ciência tecnológica teve o seu momento histórico com a Revolução Industrial, a partir da qual o homem sentiu a possibilidade de expandir seus produtos em larga escala, isto é, uma época de transição entreas atividades produtivas artesanais e as manuais.

Ressalta-se que a ciência é fruto de investigação promovido homem, desde que este projetou materiais (utensílios) para a manutenção de sua sobrevivência, e assim o fez evoluir e se diferenciar das outras espécies.

Com o fenômeno febril da industrialização, artesãos passaram a cumprir metas de produção, fato que fez insurgir as figuras do empregado e do empregador. Esse momento foi, de forma histórica, o estopim para a evolução tecnológica.

Com o aperfeiçoamento das tecnologias, o campo jurídico teve uma forte influência na vida das pessoas, seja pelo jusnaturalismo do estado de natureza e pela racionalidade, isso porque é especialidade humana, pois o ser humano é sujeito de direitos, ele promove o Direito.

Hodiernamente, observa-se o quanto o homem evoluiu no desenvolvimento da tecnologia, impulsionada pela eletrônica. Como resultado surgiu a cibercultura e os mecanismos de proteção e de defesa.

O Direito na era cibernética é um resultado da própria evolução social criando diferentes ramos para a epistemologia jurídica, tais como o Direito Digital, Direito Eletrônico, Direito Virtual, Direito da Internet, Direito Informático, dentre outros que ainda estão na gênese da eletrônica.

Renasce, assim, a necessidade desse instrumento cibernético, muito presente inclusive nas relações trabalhistas — na interação entre empregado e

empregador —, nas atividades laborais denominadas “teletrabalho”, influenciadas pelas modernidades.

É evidente que a cibernética se encontra primordialmente nas relações entre as pessoas, mas também consiste numa extensão laborativa no campo da medicina, no qual “robôs” atuam diretamente nas intervenções cirúrgicas, além dos profissionais dessa área, que, por sua vez, estreitam os conhecimentos científicos. Redunda desse movimento, um elo entre a ciência médica e a máquina.

Ainda na área médica, é cediço comentar que a cibernética se encontra em plena atuação, mas já se sabe — ainda de forma tímida — que, pelos países em pleno desenvolvimento na linha cibernética, cogita-se que: “a evolução intelectual dos robôs deverá permitir que partes ou todo o ato cirúrgico seja programado previamente e realizado por eles, superando as limitações físicas humanas, tais como fadiga muscular e os limitados movimentos articulatórios”[1].

Nesse diapasão, entre homens e máquinas, sob os objetivos exclusivamente por necessidade, é possível observar a interação na sociedade, na família, na proporcionalidade das afeições e nas afinidades em que elas se encontram.

E cada vez mais assemelhada à figura e comportamento dos homens, automatizando o desejo de serem dotadas da mesma personalidade, ou seja, o mesmo comportamento humano. Isto já é visto pela pura necessidade que o homem tem de estender transferir as suas tarefas diárias para os aparelhos.

Chegar-se-á a um determinado momento em que a cibernética terá muito mais informações do que o seu próprio criador — o homem — e a interdependência tornar-se-á independência para ambos, tanto para o homem quanto para a máquina, em sentido estrito. A realidade na pós-modernidade já é essa, exemplo disso são os bancos de dados, que são produtos de interação entre homens e máquinas.

Esse questionamento decorre da possível conexão (ou extensão) entre os direitos inerentes e a personalidade humana, na condição de pessoa, pois se observa, contemporaneamente, a transformação da sociedade quando o assunto está relacionado à robótica na vida social.

[1] SKINOVSKY, J.; CHIBATA, M.; SIQUEIRA, D. E. D. Realidade virtual e robótica em cirurgia: aonde chegamos e para onde vamos? **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões,** Rio de Janeiro, v. 35, n. 5, set./out. 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-69912008000500011>. Acesso em: 2 dez. 2016.

Isso porque a condição da personalidade está relacionada à pessoa humana, e é uma característica inabalável, cristalina, a qual tem se solidificado ao longo da História, fazendo-se presente em diversos momentos, tais como na Revolução Francesa, que empunhava a bandeira da "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", um passo para reforçar os direitos fundamentais.

A História, a partir de um método indutivo, constrói um plano, no qual o homem encontra-se no seu desenvolvimento desde o seu estado de natureza até a expansão espacial, e é por meio desta pesquisa que se direcionará a diferentes pontos importantes e essenciais para o desenvolvimento que está se transformando e se projetando no século XXI.

Nesse viés, há que se aproximar o homem à eletrônica, de modo a demonstrar que existe a necessidade de extensão da aplicação dos métodos robóticos, visto que a própria História assim se faz no desejo de o homem externar a sua necessidade cotidiana, pautada pela segurança e o seu aprimoramento cibernético ao seu alcance, com as suas necessidades.

Por outra lógica, frisa-se, que as relações jurídicas deverão obter ferramentas eficazes, para que esse Direito, conquistado pelo homem, não seja transferido, ou seja, não alimente ou constitua uma inteligência artificial em uma máquina robótica, uma imagem da essência do ser humano, e que fique claro, não lhe confira tais regras, pois assim, o homem estará a crivo, e, conseqüentemente, submisso às máquinas.

O ser humano há de perpetuar a sua essencialidade, como humano, fazendo constituir as suas práticas e exercer o que está na sua bagagem de hereditariedade, o Direito, dado que é o homem e a justiça é a mais pura essência da raça humana, pois só se pode exercitar essa justiça com o mais puro sentimento humano, pois "Não sois máquinas! Homens é que sois![2]", essa é a superioridade da raça humana, no pleno exercício de um Direito, e da perpetuação de sua própria espécie.

CAPÍTULO I - FORMAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

[2] O GRANDE DITADOR. In: WIKIPÉDIA, **a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2009. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=O_grande_ditador&oldid=17274568>. Acesso em: 10 nov. 2016.

1.1. **As organizações familiares**

A análise de um estudo comparativo das mais diferentes modalidades aplicáveis ao Direito é de suma importância para o desenvolvimento de extensivos trabalhos científicos.

As regras de direito surgem desde os mais remotos períodos da existência do homem no mundo; e muitas dúvidas surgem quanto a aplicação dessas regras, que, a princípio eram as regras consuetudinárias, visto que "as normas que operam em sociedades menos desenvolvidas são freqüentemente referidas como "leis consuetudinárias"[3]; consideradas assim a partir do aspecto epistemológico e cultural do povo, dos valores necessários para a sua plena existência.

O costume, pela sua essencialidade, elabora a si mesmo, e tem a sua fixação pela sua essencialidade, e não por ser não escrito. Além do condão da oralidade, o costume se faz presente também a partir do comportamento postural.

É evidente que a oralidade do costume pode ser um método de transmissão dos mais velhos para os mais novos do mesmo grupo familiar, bem como para as demais famílias, isto são os métodos regrais de um comportamento legal através de um direito não escrito.

No entanto, para o fenômeno do direito não escrito, retratado pelos costumes, para ser postado como regra, através das repetições e sem se questionar, trata-se de um momento como uma verdadeira regra, via a normatização na forma escrita.

E quanto ao exercício e à prática da escrita?

Mesmo que a escrita não tenha uma data catalogada, para as comunidades primevas, era um exercício que estava em ascensão, pois o desenho era a principal ferramenta de comunicação na célula de seu grupo familiar, na qual se transmitia a regra de comportamento.

Além das regras e práticas dos costumes, a escrita se pautou pelas observações do comportamento humano, e na forma como é transmitido de geração a geração via resultados obtidos aliados ao impressionismo e à descoberta, mesmo que este comportamento tenha como resultado não desejado.

---

[3] LLOYD, Dennis; **A idéia da lei**. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 286.

Sendo as observações causadas pelos fenômenos e em virtude dos resultados queridos ou não queridos pelo agente, proporcionam um valor acerca de seu comportamento. Tal prática põe em cheque os resultados diante de sua ação e o faz repetidamente para que não paire as dúvidas e assim, Rudolf Von Ihering aduz que:

> O que o espírito humano percebe em primeiro lugar são as partes mais salientes, externas e práticas, aquelas cuja ação devem impressioná-lo imediatamente: - as regras do direito. O espírito vê alguma cousa que se repete constantemente, sente que isso que se repete deve suceder, traduz esta necessidade em palavras e assim nascem as regras[4].

Isto é, as práticas epistemológicas reiteradas têm uma grande influência para a consolidação dos direitos e a sua caracterização através do método da observação, em virtude do resultado obtido.

Para a emergente sociedade primitiva e casuística, as primeiras regras associados aos acontecimentos gerados pelas leis naturais, de forma sucedida e repetida, desta forma proporcionava a os impulsos sociais e da geração do conhecimento, proporcionando uma consciência de que os atos que constantemente ocorriam redundando em uma regra.

Dessas observações, devemos ter em mente que a gênese retributiva e embrionária do direito não estariam apenas nos costumes comportamentais das pessoas primevas. Isso também se constata, visto que, de certa forma, os resultados obtidos através do estado comportamental, que tiveram uma grande relevância para a constituição das regras ditas sociais antigas.

As duas vertentes, os costumes e os fenômenos, terão de forma gradativa a sua aproximação, ou seja, estava no próprio direito natural, na própria regra matriz da política da sobrevivência.

A contextualização dessas duas vertentes terá uma influência na latência e o foco voltado na observação, ou seja, daquele quem observa. Será aplicado, por meio da unção destes dois segmentos, os costumes e os fenômenos, e da observação de seus resultados um sistema comparativo.

---

[4] JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**. Trad. Rafael Benaion, 1934. v. I, p. 35.

Alguns questionamentos devem ser considerados: a humanidade teve a sua evolução e o seu desenvolvimento embrionário sozinho? Para se chegar ao estado evolutivo contemporâneo, o homem ele não se viu a necessidade de perpetuar a sua espécie? Existia a característica da individualidade, ou sempre viviam em grupos, ora doravante conhecido como família? As famílias foram às primeiras instituições jurídicas?

Essas dúvidas e outros pontos curiosos são algumas, diante de várias e inúmeras perguntas, que a ciência ainda busca respostas para sanar esses primeiros passos investigativos.

Vale ressaltar que a ciência propriamente conhecida e aplicada atualmente decorre de sua transposição, do aspecto abstrato para a sua compilação escrita, e, portanto, a condição primitiva das comunidades é efetivamente de regras costumeiras, aliadas aos aspectos dos fenômenos naturais.

Das regras, dos usos e costumes, esse é o substrato das atividades comportamentais já descritas; quanto aos fenômenos naturais, é em virtude da própria natureza que circundava o homem, e que para este acreditava em todas as causas, vinha de um ser supremo, eis que a regra continha uma procedência de veracidade, e que o homem, de forma supostamente natural, consentia e aceitava, pois para o indivíduo era uma crença.

Para responder os questionamentos apresentados anteriormente, foi impossível categorizar que o ‘gênero’ homem foi, ou é capaz de sobreviver de forma individual, pois os valores e as mais diferentes espécies de comportamento forçavam o homem a se portar conforme os valores em uma determinada era de evolução.

Como ponto de partida para a busca dessas respostas, e, conseqüentemente, dar início a esses quesitos, foram adotadas certas ferramentas e modelos investigativos para a busca de respostas, e, mesmo as obtendo, a ciência estará diante de outras perguntas em busca de respostas.

Nesse sentido, como ponto de partida, é possível pensar o livro das leis, a Bíblia Sagrada, pois trata de regras, aliadas a inúmeras informações hermenêuticas.

No livro de Gênesis 2:18, está “Então o Senhor Deus declarou: "Não é bom que o homem esteja só; farei para ele alguém que o auxilie e lhe corresponda",

ainda em Gênesis 2:22[5] “com a costela que havia tirado do homem, o Senhor Deus fez uma mulher e a trouxe a ele”.

A Bíblia Sagrada menciona que o homem não se deve estar só e parte da premissa que este sempre esteve em união com uma mulher. Além disso, dessa união, virão filhos que perpetuarão a raça humana. Perpetuar a espécie é regra é norma.

Essa união comporta regras de relacionamento, costumes nela existentes que são tidos como normas naturais, e que, para tal, é necessária a reciprocidade de respeito ao cumprimento das regras. Forma-se assim, uma instituição jurídica, ou seja, a união e a reciprocidade se consumam na característica de relações de direito.

Observa-se que essa instituição de relações jurídicas, ou instituições jurídicas evidentemente caracterizadas mais pelas relações de obrigatoriedade entre os membros da família, é um instituto de obrigações relacionado à manutenção familiar e consagrado pelos seus usos e costumes.

Deve-se atentar, ainda, que o emprego do termo “família” advém das diferentes categorias dos povos, pois em determinadas regiões ou lugares, o termo “família “pode ter uma sinonímia, como, por exemplo, as tribos ou clãs, que são incorporações de várias famílias, voltadas principalmente à segurança protetiva e de sobrevivência do grupo.

Assim, o vínculo obrigacional, entre os direitos e deveres dos componentes de uma ‘família’, é fator determinante para as regras locais e age conforme as regras comportamentais jurídicas de relações retributivas, um resultado obtido através dos usos e costumes.

Logo, para que se possam obter mais informações relacionadas ao termo das instituições jurídicas, pautadas pelas regras dos costumes - *in abstrato*, pois se sabe que a gênese retributiva e embrionária do direito assim se manifestavam pelos fatos abstratos comportamentais das sociedades primevas-, buscaram-se várias teorias para que se comprovasse, efetivamente, como eram constituídas tais instituições.

[5] BIBLIA. In: WIKIPÉDIA, a **enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2005. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Biblia&oldid=750983>. Acesso em: 27 out. 2016.

Foi logrado êxito na obtenção de importantes dados relacionadas a tais instituições jurídicas, ou mais conhecidas como família, sob a ótica da contemporaneidade. Exemplo disso foi a obra como “Les Origines de L’ancinne France”, escrita por James Flach, que retratou sobre a forma rudimentar das gêneses embrionárias do que seria a “família”:

> A organização rudimentar que acabo de esboçar repousa, como base profunda, sobre o princípio de proteção. Ela se oferece a nós, em todos os povos cujas instituições originárias puderam ser penetradas (tradução nossa) [6].

Mesmo a precária instituição familiar pauta-se na segurança protetiva, de modo que não há o que se comentar ou mesmo dialogar sobre quaisquer outras formas de organização a não ser protetiva.

O fenômeno de se resguardar, proteger aos valores circunscritos no perímetro familiar, foi uma das causas de surgirem às primeiras organizações, e que deram um impulso para flexionar o aparecimento de outras formas de organização, nesse sentido:

> Todas estas pessoas fazem seu juramento ao chefe de família em troca de proteção e das vantagens materiais (concessões de terras, de casas, etc.) que eles recebem. São, em outros termos, clientes (tradução nossa)[7].

Nesse sentido, se existe uma totalidade pautada na necessidade de se organizar e defender os interesses dos grupos organizacionais então há de se afirmar que conseqüentemente deverá haver, também, regras.

Tais regras estão diretamente ligadas com a sua própria sobrevivência e a sua criação decorre de forma naturalmente, pois são a vontade e os atributo necessários que fazem a latência dessa necessidade protetiva, mesmo que seja de forma rudimentar. Flach versa sobre o assunto:

---

[6] L’organisation rudimentaire que jê viens d’esquisser repose, comme base profonde, surle príncipe de protection. Elles’offre à nous chez tous lês peuples dont lês institutions originaires out puet repénetrées. FLACH, James. **Les Origines de L’ancinne France**. Paris: Larose et Forcel, 1886. p. 48.

[7] Toutes ces personnes prêtent leurs services au chef de famille em retour de la protection et dês avantages matériels (concession de terres, de maison, etc) qu’ils em reçoivent. Cesont, en d’aut restermes, dês clients. FLACH, James. **Les Origines de L’ancinne France**. Paris: Larose et Forcel, 1886. p. 65.

> É na família, grupo primordial formado pelo nascimento, que reside todos os deveres e todos os direitos: a autoridade absoluta do chefe sobre quem a família se encarna, a propriedade coletiva das casas e dos frutos do trabalho, a proteção contra os estrangeiros, que se trate de exercer a vingança ou de suspender seus efeitos (tradução nossa)[8].

Trata-se de uma formação na qual o próprio nascimento, e o seu estabelecimento na célula familiar, possuem seus laços retributivos, e acredito que o dever sobressai acima de quaisquer direitos na formação, pois decorre e insurge a figura da autoridade familiar.

A presença física do chefe familiar, como primeiro elemento base de uma relação familiar, lhe confere o posto de autoridade, nos laços afetivos, o qual disciplinará as regras concernentes as necessidade e sobrevivência do grupo familiar.

É o chefe de família quem ditará as regras para a aplicação de um dever, de um costume, para o desenvolvimento do grupo.

O chefe da família é um membro escolhido na própria família, e com a experiência devida que lhe proporcionou durante a sua vida. Por isso, ele, terá a responsabilidade de promover o crescimento vegetativo de sua tribo, formando os pilares da base familiar e fortificando os seus laços consangüíneos.

Não obstante, os reflexos da sua organização familiar refletirão na região ou local onde esse grupo familiar estiver fixado, exteriorizando, de forma organizada e resistente, a sua formação, conforme preleciona Helder Dal Col: “Como se vê, a família, em termos globais, nem sempre traduz a idéia que se consolidou na civilização ocidental. Os costumes e culturas dos diversos povos da Terra deram origem às mais variadas formas de constituição da família[9]”, e, nesse sentido, não é possível afirmar na totalidade, mas sim, conforme das suas culturas para que se consolidasse a essa instituição jurídica.

---

[8]. C’est dans la famille, groupe primordial formé par la naissance, que résident tons lês devoir settous lês droits: l’autorité absolue du chef em qui la familles ’incarne, la propirété collective dês maisonsel dês fruits Du travail, la protection contre Les étranegers, qu’ils’ agisse d’exercer la vengeance ou d’em arrêter lês effets. FLACH, James. **Les Origines de L’ancinne France**. Paris: Larose et Forcel, 1886. p. 48.

[9] DAL COL, Helder Martinez. **A Família à Luz do Concubinato e da União Estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 21.

Não só a união familiar estaria adstrita apenas aos consangüíneos familiares, como também a incorporação de outros segmentos e etnias familiares, que tinham a absoluta necessidade da segurança protetiva oferecida às famílias que possuíam as melhores condições para se adaptarem, assim essa relação retributiva proporcionará a aproximação de outros grupos, assim vejamos:

> A noção de família, seu campo de ação se estendem assim. Ela não compreende mais somente os parentes unidos pelo sangue, mas todos aqueles que lhes são assimilados por uma ficção de parentesco, e que, sob diversos títulos, participam dos direitos e dos deveres comuns. Ao lado do escravo, o afiliado pode se aproximar da lareira. Ele goza das mesmas vantagens de proteção, em troca dos serviços que ele rende e da dependência mais ou menos estreita que o liga ao chefe da família (tradução nossa)[10].

Nesse momento, o conceito familiar já se encontra devidamente constituído, mesmo que de forma rudimentar, mas possui os valores similares aos das épocas primevas de sua constituição.

Em virtude do dinamismo das transformações e evoluções, a família passa a agregar outros segmentos de pessoas, não apenas unidos pelos laços de sangue, mas todo gênero de pessoa que necessitasse de fonte protetiva.

Na incorporação de pessoas estranhas ao grupo sanguíneo, elas também aderem e absorvem os mesmos direitos e deveres com o grupo.

Em contrapartida, há o conceito laboral, ou seja, a prestação de serviço laborativa com o grupo, um sistema característico retributivo, uma reciprocidade de que se valia a era do desenvolvimento do Direito, a exemplo está a condição assim conhecido como a *obligatio.*

As instituições jurídicas, por sua natureza, não permanecem com as suas estruturas imutáveis e invariáveis ao longo dos tempos e dos lugares de onde se fixam, ou praticam a política do sedentarismo.

---

[10]. La notion de la famille, sonchamp d'action, s'etendentainsi. Elle ne comprend plus seulement lês parents unis par lesang, mais tous ceux qui leur sont assimilés par une fiction de parenté, et qui, à destitres divers, participant aux droits et aux devoirs communs. A coté de l'esclave, l'affilié peuts'asseoirau foyer. Il jonit des memes avantages de protection, e né change dês services qu'il rendel de la dependence plus ou moinsé troite quil'attacheau chef de la famille. FLACH, James. **Les Origines de L'ancinne France**. Paris: Larose et Forcel, 1886. p. 48.

Tais instituições jurídicas sofrem contínuas transformações e mutações, em virtude das regras e conceitos aplicáveis aos costumes daqueles que se agregam, em decorrência do desenvolvimento cultural da época.

Essas evoluções e transformações proporcionam uma readequação às novas regras consuetudinárias, o que comprova que as transformações nas regras das instituições não têm o condão limitado.

O que ocorre, de fato, são as mutações organizacionais, e as regras normativas costumeiras que se aparelham para atender a todos aqueles que admitem e que estejam a crivo de que os recepcionou, e permanecem solidários entre si, conforme a solidariedade e as mesmas regras familiares, clãs ou tribos, neste sentido:

> A idéia de solidariedade gentílica evidencia as bases do direito gentílico que, apesar de não ter desenvolvido muito, estabeleceu categorias de direitos e deveres mútuos de seus membros. Post identifica que estes deveres e direitos são principalmente: a obrigação de vir em auxílio de outros membros do grupo em todas as circunstâncias da vida, e, particularmente, para ajudá-los caso eles se enquadrem em situação de miséria, para resgatá-los, se são capturados em cativeiro, obrigação de pagar as suas dívidas, e; especialmente contribuir com o custo de casamentos, dever este que corresponde ao direito de o grupo receber uma parte do preço pago pela compra de uma mulher para casamento. Em alguns casos, a solidariedade gentílica se manifesta também no cumprimento de funerais de membros do grupo e na regulamentação da caça, uma vês que, em relação a esta última função, quem normalmente abate uma presa deve compartilhá-la com os outros membros do grupo gentílico[11].

Logo, a regra de sobrevivência em grupo, para satisfação protetiva, proporcionou um conforto, mas o aspecto retributivo era a política pela qual os povos se aproximavam e se submetiam em exercer trabalhos para a manutenção dessa organização. É nesse sentido que Henrique Garbellini Carnio retrata os primeiros sinais dessas organizações:

> Como afirmado anteriormente, a referência de Post no pensamento de Nietzsche é fundamental, pois ele reconhece nos modelos de

[11] GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria Política do Direito**: a expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2013.pp. 70-71.

> organização gentílica, comunidades na forma de gens e tribos as formas de organização comunitária que deram origem aos primeiros ordenamentos sociais. Ou seja, a constatação de Nietzsche é de que antes da instituição do Estado existiam formas primitivas de comunidades num primeiro momento para sua organização interna e guerra externa e que caracterizavam em geral as organizações sociais dos tempos (pré) históricos[12].

Assim, o desenvolvimento dessas organizações e comunidades foi a gênese propulsora que originou o conceito de Estado, mas, ressalta-se, para se chegar a esse conceito de Estado, houve muitas transformações sociais relacionados com a vida coletiva do grupo em que se formava.

Em razão no aparecimento do Estado primitivo, Flach, na sua obra "As origens da antiga França", já pressupõe que a gênese da contextualização na formação do Estado não está necessariamente em toda organização familiar, mas através de algumas formações familiares, o que explica a finalidade fim de cada instituição jurídica consolidada e da essencialidade do Estado:

> Ela supõe que o Estado reside inteiramente na associação de certo número de famílias, e que os diversos ramos de cada uma delas permanecem unidos sob um único chefe. É a era das sociedades nascentes. O desenvolvimento da vida social traz, mais tarde, a segmentação das famílias e, neste momento, normalmente a história começa (tradução nossa)[13].

Nesse momento, não é objeto da pesquisa a formação do Estado em si como fonte de instituição jurídica; mas se sobressai que a junção das famílias, proporcionou o surgimento do Estado e o equilíbrio dos usos e costumes, conforme ditava o chefe da comunidade.

Não se compreende, nesse sentido, que a evolução e a formação jurídicas institucionalizadas destas comunidades primevas (regras costumeiras e retributivas) se consolidam não obrigatoriamente na forma similar, ou de igualdades entre si.

---

[12] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 145-146.

[13] Elle suppose que l'Êtat reside tout entier dans l'association d'um certain nombre de famillies et que lês diverses branches de chacune d'elles restent uni es sousseul chef. C'estl'age dês sociétés naissantes. Le développement de lavie sociale entraine plus tardle morcellement de familles, et à cemoment-là d'ordinaire l'historie commence. FLACH, James. **Les Origines de L'ancinne France**. Paris: Larose et Forcel, 1886. p. 51.

As fases que sucederam, através dos fenômenos dos resultados dos povos, percorreram de forma irregular em virtude de certos costumes adotados em determinadas tribos

É exatamente nesses desequilíbrios “sociais”, constantes nas suas constituições e regras, que muitas comunidades gentílicas sofreram e conseqüentemente se deterioram

Assim, o homem, por sua própria natureza e necessidade em viver em grupo, busca em outras comunidades para se integrar, busca o conforto e segurança protetiva da tribo que o recepciona, e, quando não alcança o objetivo de ser agregado em uma determinada comunidade primeva, sabe que o risco é maior, pois ficam expostos as mais diversas condutas e comportamentos das outras comunidades.

É na gênese da instituição jurídica que a política vingativa de outros grupos era a mais valia. Flach, na sua doutrina comparativa, aduz:

> Não há lugar para o homem isolado. Se uma família acaba se deteriorando e se dissolve, os elementos que a compõem deverão se agregar numa outra. Não encontrar um refúgio semelhante é a morte (tradução nossa)[14].

Isso demonstra que os elementos constitutivos de uma família, uma vez que esta esteja degradada, irá, por necessidade, aproximarem-se aos demais, o que prova a veracidade e a procedência argumentativa da hipótese que sugere que homem não vive isoladamente, visto que possui o desejo de viver em grupo, ou seja, viver em família.

Ainda que haja a junção de pessoas heterônomas, a necessidade de se associar aos demais, e de diferentes tipos de famílias evidencia também a necessidade de proteção. Por conseguinte, pelo sistema de política retributiva, desenvolve-se um sistema social, gênese histórica de formação social familiar:

> A aceitação primeira do *mundium* correspondia, então, como a da *manus,* à plenitude dos poderes sobre as pessoas componentes da

[14] Nulle place pour l’homme isolé. Si une famille vient à déchoir et à se dissoudre, lês éléments quila composent devronts ’agrégerà une antre. Ne pás trouver um pareil asile, c’estlamort. FLACH, James. **Les Origines de L’ancinne France**. Paris: Larose et Forcel, 1886. p. 48.

> família, mulher, descendentes, colaterais, libertos, escravos. Estes poderes se resumem em um direito de propriedade soberana. O marido compra sua mulher, o pai vende sua filha, ele vende também seus outros filhos. O pai de família é o chefe religioso, ele é o juiz. (tradução nossa)[15].

O chefe superior de uma família estava na figura do marido, ou o pai, ele era o sacerdote, ditava as regras e aplicava as imposições para aqueles que o desobedeciam, a norma moral é a manutenção de seu grupo familiar; o poder era de tal extensão, que as suas leis eram extensivas a mais longínqua que se possa imaginar, pois, ele era o chefe familiar, o sacerdote, o juiz, ele era o soberano nas suas decisões, a sua palavra era a lei.

O sistema retributivo focado na união de famílias ditas “sociais”, baseadas pela estrita necessidade protetiva, a qual é evidente que consagra um conforto pelas mesmas razões e os mesmos objetivos de quaisquer que sejam e que tenham a mesma política de aproximação

Logo, todas as famílias trazem consigo, os seus costumes e regras comportamentais, e uma vez estejam combinando com as demais instituições familiares também se postam e se sujeitam as regras daquelas que as recebem, pois a uma similaridade de regras e costumes, bem se retrata que:

> As diversas famílias, com efeito, unidas já por relações de vizinhança e pela lembrança de uma mesma origem, unidas também pela necessidade de se defender e de atacar em comum, de se colocar em suas expedições guerreiras sob a autoridade absoluta de um chefe, escreveram tratados para regulamentar a repressão dos crimes e das injúrias, e se associaram definitivamente por tribos e por centenas (tradução nossa)[16].

[15] L’acception première du *mundium* correspondaitdone, commecelle de la*manus*, à la plenitude dês pouvoirs surles personnes composantla famille, femme, descendants, collatéraux, affranchise, esclaves. Cespouvoirs se résument em um droit de propriété souveraine. Le mariach ET es afemme, le pérevend as fille, ilvend de même sés autres enfants. Le père de famille est Le chef religieux, Il est le juge. FLACH, James. **Les Origines de L’ancinne France**. Paris: Larose et Forcel, 1886. pp. 61-62.

[16] Les diverses familles, em effet, unies déjà par lês relations de voisinageet par le souvenir d’une meme origine unie sauss par le besoin de se defender et d’attaquer em comun, de se placer dans leurs expeditions guerriè ressous l’autorité absolute d’un chef, passarent dês traités pour régler la repression des crimes et dês injures, et s’associè rent définitivement par tribus el par centaines. FLACH, James. **Les Origines de L’ancinne France**. Paris: Larose et Forcel, 1886. pp. 62-63.

Com a similaridade de comportamento, dos usos e costumes, as relações que buscavam algo em comum, como a sobrevivência, trouxeram à baila a unificação desses interesses, redundando no conceito de “vizinhança”.

Essa necessidade recíproca de sobrevivência foi um grande avanço para o fortalecimento do ser humano, e, portanto os laços fraternais, ou as futuras Fratrias, que, na sua gênese primitiva, tinham uma única função normativa, uma ação de comportamento. Facilita a nossa compreensão o trabalho de Hanna Arendt sobre “A condição humana”. O trabalho disciplina com maestria essa contextualização de necessidade, bem como as atividades condicionantes para a manutenção em grupo:

> Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos, mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens. A atividade do trabalho não requer a presença de outros, mas um ser que trabalhasse em completa solidão não seria humano, e sim um animal laborans no sentido mais literal da expressão[17].

Adquirem, assim, um estreitamento entre as demais pessoas com que vivem próximos, considerando-os vizinhos pelas necessidades calcadas pela máxima da sobrevivência no seu desenvolvimento.

Evidenciam-se laços, os quais provam que a ação conjunta, aos olhos da ascensão “familiar”, faz bem. Esse sentimento foi normatizado no sentimento de vida que o ser humano possui.

Desse conceito de vizinhança, pactos são realizados em virtude da reciprocidade, ou interesses de comum acordo, usos e costumes *in abstrato* tornam-se realidade, incorporando as práticas usuais no interesse dos grupos.

Os usos e costumes passam a ter a características de regras, fazendo das tribos verdadeiras instituições jurídicas, em virtude das transformações sociais, que tem, nesse sentido, a sua eficácia, ao transpor do abstrato para o aspecto material.

A formação familiar é o núcleo das relações das instituições jurídicas, e que se faça a menção um sistema retributivo.

---

[17] ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Paulo Roberto Raposo. 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 27.

A delimitação, como foi contemplada, é regrada por inúmeras informações dentro da fronteira que se institui o conceito de família, mas, sabe-se que o homem, até mesmo através de seus mapas genéticos e hereditários sempre teve a necessidade de viver em “família”.

Nesse sentido, em função de sua necessidade, passou a delimitar o seu modo de viver, no seu espaço territorial, delimitando fronteiras em relação a outras fontes de vida que estava no seu espaço, tais como os animais e até mesmos os fenômenos naturais, pois se sabe que o comportamento do homem possuía uma subordinação para as demais formas de vida.

1.2. **O desenvolvimento das tribos primitivas**

O sistema conservacionista dos grupos gentílicos primitivos se delimitou, em alguns aspectos, a limites fronteiriços, alicerçados pela constituição e na união dos grupos familiares:

> O que uniu os membros da família antiga foi algo de mais poderoso do que o nascimento, o sentimento ou a força física: foi a religião do lar e dos antepassados. Ela fez com que a família formasse um corpo nesta vida e na outra[18].

É simples notar essa característica, pois está na lógica da sobrevivência, aliada com as finalidades recíprocas protetivas, a adesão de outras famílias para o seio tribal. Tais famílias deveriam possuir as mesmas características relacionadas ao comportamento e principalmente aos critérios adotados nos usos e costumes; logo, a aproximação deve ser compatível, reservadas aos critérios epistemológicos de cada célula familiar.

Com isso, a relação recíproca de comportamento faz balizar a natureza conservacionista de cada família; delimita-se assim, as barreiras fronteiriças com a sua própria raça.

Alguns questionamentos acerca dessas construções fronteiriças criadas pelo homem na era das primevas sociedades humanas surgem, especialmente sob a análise da sua existência e de valores da época. Sendo assim, cabem as perguntas:

[18] COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma**. 5. ed. Lisboa: Liv. Clássica, 1941. p. 59.

o ser humano já detinha a capacidade de reerguer tais conceitos de delimitaras normas de coabitação, e de proporcionar a integração de outros no grupo, focados na busca de proteção e a perpetuação de sua espécie? O que o caracteriza por ser um conservador dos usos e costumes? Qual é e o que era a regra de norma natural?

Verificou-se que a necessidade de se viver em grupos familiares em outra época foi uma das condições de absoluta necessidade de sobrevivência, mas ressalta-se que tais homens tinham outras particularidades além do estado protetivo que cativava o ser humano.

O homem sempre se espelhou nas normas consuetudinárias comportamentais, ou seja, usos e costumes e também os fenômenos naturais que o acompanhavam. Além disso, cremos ser um dos mais interesses comportamentos religioso.

Até os dias atuais, o homem sempre esteve em obediência às formas e os mistérios ainda não decifráveis existentes no conceito da religiosidade.

A religião, para os primevas sociedades humanas, sempre esteve em relação ao indivíduo em si mesmo e para o grupo: o homem sempre acreditou em um ser superior em virtude dos fenômenos que ocorriam sem a vontade dos homens.

A cultura racional, à época, ainda estava voltada exclusivamente para o grupo familiar no qual as decisões eram unânimes, pois os membros sobreviviam e se relacionavam em grupos, e no seu íntimo, a veneração aos antepassados tinha uma influência valiosa. Era através das magias e os mitos e que a alma dos antepassados regrava a proteção, a sobrevivência e a prosperidade:

> Em certos dias, que são determinados por cada um para a sua religião doméstica, os vivos reúnem-se junto dos antepassados. Levam-lhes o repasto fúnebre, derramam-lhe leite e vinho, pousam com os bolos e as frutas, ou queimam para eles as carnes duma vítima. Em troca destas oferendas, reclamam-lhes proteção, chamam-lhes seus deuses e pedem-lhes que tornem o campo fértil, a casa próspera, os campos virtuosos[19].

[19] COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma**. 5. ed. Lisboa: Liv. Clássica, 1941. p. 58.

O sistema retributivo das pessoas era uma forma sublime de respeito às regras empregadas pelos antepassados, bem como às leis divinas e as magias, as quais estavam presentes nas atividades de sobrevivência e protetivas. A regra retributiva induzia e colocava em prova a vida em comum aos demais entes do grupo.

> Nesse sentido surge um aspecto relacional entre a religião e a magia, pois, enquanto a magia envolve operações que se revestem de caráter coercitivo para com os espíritos, que agem de acordo com o indicado pelo praticante dos atos mágicos, na religião é estabelecida uma espécie de aliança para impedir a arbitrariedade na ação divina. Surge disso um relacionamento entre homens e divindades revestidos de um vínculo por assim dizer jurídico[20].

A magia e a religião estavam bem relacionadas em virtude de seus efeitos, mas, para Marcel Mauss, na sua obra "Sociologia e Antropologia", não tinham essa similaridade, dado que acreditava que a magia foi o primeiro sentimento de conhecimento, no modo de pensar para o ser humano:

> A magia assim entendida torna-se a forma primeira do pensamento humano. Ela teria outrora existido em estado puro e, na origem, o homem não teria sabido pensar senão em termos mágicos. A predominância dos ritos mágicos nos cultos primitivos e no folclore é, pensa-se, uma prova cabal em apoio dessa hipótese[21].

A magia impõe os resultados, a qualquer custo, pois possuía uma regra de; mas no raciocínio lógico primitivo, era uma obediência, pois esses ritos mágicos perpetuavam através das gerações.

Os comportamentos seriam os mais variados possíveis e que oscilavam desde uma simples contraprestação às magias até a retaliação do homem, a morte, pois o cerne do comportamento era exclusivamente vingativo, se olhado sob o ponto de vista contemporâneo.

Ainda Mauss esclarece que "a magia constitui assim, ao mesmo tempo, toda a vida mística e toda a vida cientifica do primitivo. Ela é a primeira etapa da evolução

---

[20] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

[21] MAUSS, Marcel. [1872-1950]: **Sociologia e antropologia**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003. p. 50-51.

mental que podemos supor ou constatar[22]", pensando nesse sentido, de fato, a magia sempre acompanhou os fenômenos naturais que acompanhavam o homem, e, com isso, o impressionismo ocupava a sua mente, fazendo o crer que a magia fazia sentido, transformando-a na primeira forma de pensar.

Os resultados de certos tipos de comportamentos, além daqueles repetidos em função dos costumes, era algo extraordinário, uma novidade para o campo do conhecimento. Cria-se que fazer aquilo que é correto é uma atitude justa e boa; e quando os resultados não são queridos a conduta, buscava-se a religião como forma de se comprometer e pactuar que tal ato não venha a se repetir.

Sabe-se que, em virtude da aglomeração de parentescos em torno de uma única vontade, os grupos familiares pensavam univocamente, pois as heranças herdadas pelos antepassados percorriam o mesmo sentimento; nesse sentido, o individualismo estava aquém da *ratio* humana primitiva, o grupo pensava, agia e vivia uníssono, por ser mais benéfico para todos.

Se comparadas as sociedades primevas e a sociedade contemporânea, recorremos a Fustel de Coulanges, na sua obra "A cidade Antiga estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma", década de 1940, a qual aborda uma informação relevante sobre religião:

> Há muitos séculos que o gênero humano só admite uma doutrina religiosa, sob duas condições: a de que lhe anuncie um único deus, e a de que ela se dirija por igual a todos os homens e a todos seja acessível, sem repelir sistematicamente qualquer classe ou raça[23].

Vale notar que a era cristã foi o marco importante para que todas e as mais diferentes pessoas abandonassem as velhas magias.

Assim, a magia perdeu forças, enfraqueceu, e em virtude da ascensão da religião em que o homem era a imagem de Deusa magia foi aos poucos perdendo espaço.

---

[22] MAUSS, Marcel. [1872-1950]: **Sociologia e antropologia**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003. p. 51.

[23] COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma**. 5. ed. Lisboa: Liv. Clássica, 1941. p. 46.

Nesse período, o homem passou a ser tornar mais humano em relação aos demais, pois até antes o período em que reinou Jesus Cristo, o homem, ainda tinha em suas cadeias hereditárias particulares e o instinto vingativo.

Esta fronteira epistemológica, da era cristã, marca a característica fundamental do homem, e torna mais esclarecido e os mais diferentes pontos de como a religião da "era doméstica" era fundamental para regrar o seu comportamento.

Em sentido contrário, Fustel diverge do ponto essencial contemporâneo. Para o autor, existe apenas um Deus, e ainda todas as pessoas têm o livre arbítrio.

Atualmente, o que se percebe é a grande variedade de instituições religiosas (e, portanto, de regras), entretanto, todas as religiões são unânimes quando a objetividade-fim é um grande criador, Deus.

Essa unanimidade proporciona igualdade de classe ou raça, mas, para o homem primitivo, essa política de igualdade não se fazia presente, dado que acreditava que os seus deuses (domésticos de cada família), eram exclusivos da crença de cada instituição jurídica familiar. Observa-se a discussão sobre a igualdade também na obra de Fustel:

> Mas a religião dos tempos primevos não satisfazia nenhum desses dois requisitos. Além de não oferecer um deus único à adoração dos homens, os seus deuses não aceitavam a adoração de todos os homens[24].

Logo, se na religião existia uma parcialidade de um Deus para cada instituição, isto é, se nas sociedades primevas a individualidade religiosa era de tal forma restrita para cada célula familiar, o que se observa dias atuais é diferente, pois se fundamenta no consenso que Deus usa da sua imparcialidade religiosa, independentemente de cor, raça e classe social.

O homem primitivo, nesse sentido, cria que "nesta religião primitiva, cada um dos deuses só podia ser adorado por uma família. A religião era puramente doméstica[25]". Por isso, ao lançar pesquisas cientificas a respeito dos diferentes tipos

[24] COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma**. 5. ed. Lisboa: Liv. Clássica, 1941. p. 46.
[25] COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma**. 5. ed. Lisboa: Liv. Clássica, 1941. p. 46.

de sociedade e em determinadas eras pretéritas, deparamo-nos com vários "Deuses", a exemplo da sociedade egípcia.

Um fator essencial, a regras religiosas, possuía forças normativas, que condicionavam e submetiam o homem a um comportamento, não apenas de usos e costumes, como também de regras. Vale notar que, acima de tudo, a religião teve um papel fundamental para a elaboração de normas. Assim bem retrata Henrique Garbellini Carnio, que aduz que "a Lei surgiu em princípio como parte da religião[26]", a partir dos resultados produzidos pelos fenômenos da natureza, os quais faziam o homem acreditar que eram "leis divinas". Era o temor que conduzia o homem a obedecer às regras.

A psique primitiva estava absorvida pelo sentimento de que existência estava relacionada com as regras das leis divinas, e, para esse povo, os fenômenos naturais, os costumes, as regras estavam l sob a égide de uma ordem celestial, resumindo tudo em lei:

> Em certa época, a opinião mais comumente sustentada dizia que, na sociedade primitiva, era impossível diferençar normas legais, morais e religiosas, uma vez que elas estavam todas intimamente interligadas numa só contextura estrutural. Por certo, a fonte autoritária do costume será geralmente, se não invariavelmente, atribuída a alguns poderes divinos, semidivinos ou sobrenaturais, acreditando-se com freqüência serem eles os fundadores ancestrais da própria tribo[27].

Não havia uma diferenciação para tais particularidades, ao que se referiam as normas comportamentais, pois tudo era considerado como regras a serem obedecidas viam os fenômenos sobrenaturais, pois todas as ações possuíam uma lei natural que era considera verdadeira fundadora da existência do ser humano.

Dadas essas características, a magia como religião, aos poucos foi caindo em desuso, pois os atos praticados se tornaram repetitivos, e assim tal qual eram os resultados que já se eram esperados para a sua finalidade, vejamos:

---

[26] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

[27] LLOYD, Dennis; **A idéia da lei**. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 290.

> Surgindo a religião, modificar-se-á, por assim, dizer estratégia e postura das pessoas diante do mundo, que não é mais coagido pela magia, mas sim adorado através da religião. Em seguida, porém, chega o momento em que a religião também se torna desacreditada e insatisfatória como forma de explicação ao mundo, em virtude dos inúmeros erros cometidos e constatados, sendo, então, sucedida pela ciência[28].

A evolução humana relaciona seus acontecimentos a suas causas e efeitos; é nesse ponto que a mente primitiva, começou a ter a concepção e a necessidade da curiosidade em tentar estabelecer o conceito dos atos através dos conhecimentos. Logo, a ciência começou a ocupar o lugar antes dominado pela magia e pela religião primitiva e o homem passou a praticar o exercício da subjetividade[29].

Para coibir tais mudanças e os seus efeitos, as regras e normas tiveram que ser adotadas de forma mais contundente, a partir de uma imposição absoluta ao grupo. Lévy Bruhl faz menção ao tema relacionado aos usos e desusos de uma regra:

> [...] poderíamos dizer que a não-aplicação de uma norma de direito ou seu desuso constitui efeito de um costume, visto que, sem proceder por uma via formal, sem empregar um verdadeiro processo, ele põe fim a uma solução jurídica, para substituí-la por outra, que será, segundo o caso, a antiga, que assim recobrará vigor, ou uma nova, que nascerá, também, de maneira espontânea e clandestina[30].

As regras costumeiras, relacionadas ao comportamento humano, fazem e induzem as regras conforme a vontade retributiva do grupo social.

Com tais desusos, fica simplificada a forma de como as regras perdem a sua eficácia. O expansionismo do conhecimento, a evolução da ciência, faz por merecer

---

[28] GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria Política do Direito**: a expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2013.pp. 52-53.

[29] Religião e magia, embora sejam próximas, elas são diferentes, não é a mesma coisa; a religião é algo que se concretiza em um núcleo social, na coletividade irradiando na coletividade; por sua vez, a magia é irradiada no meio social de uma crença coletiva, mas se concretiza no indivíduo, na sua subjetividade, e nessa aproximação. E sob o aspecto da contemporaneidade e pela autonomia e da subjetividade do sujeito é que a magia e a religião se aproximam, dentro dos limites da autonomia da vontade do sujeito.

[30] LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito**. Trad. Teruka Mina Missawa. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964. p. 45.

o surgimento de novos fenômenos instituídos nas regras das instituições jurídicas, na vontade da característica familiar; uma verdadeira instituição legal normativa.

Os costumes, ainda, mesmo que de forma abstrata, tinham a sua eficácia, pois tais regras estavam taxativamente no sentimento absoluto do grupo familiar, pois o pai ou o chefe familiar, ainda possuía sob o seu controle. O comportamento legal de cada ente aplicava as regras de comum acordo, conforme seus antepassados o produziam.

1.3. **Desenvolvimento e a endoculturação do comportamento do homem primitivo**

Se o comportamento exaurido do homem primitivo o colocava em um pedestal de seus experimentos, pois se faz prova e a validade de seus atos através dos costumes, nesse sentido, é possível questionar se o Direito surgiu através das relações humanas do comportamento primitivo.

É um questionamento que traz à baila inúmeras dúvidas, pois o Direito existe, e algo a fez ter vida, o seu exercício o fez nascer a ciência jurídica, aplicando a todos os atos e fatos considerados de direito e que, até nos dias atuais, ainda traz inúmeras perguntas sem respostas.

Quanto à prosperidade da evolução, sempre em constante modificação através dos comportamentos, a sua essencialidade está no modo de vida das sociedades primevas, que vai além do que se possa imaginar, e se permitir. O homem não perdeu o seu real motivo de sobrevivência, mas sabemos que os valores permanecem inatos no seu mais íntimo sentimento.

O que muda e se mantêm em mutação ao longo das décadas e eras da sobrevivência humana são os seus valores ontológicos fundamentais, pautadas pelo avanço da ciência e a descobertas de novas leis dentro do universo em que a humanidade pertença.

1.3.1. **A Coletividade**

Por sua natureza, o homem primitivo agia conforme o seu hábitat como um todo, pois ele sobrevivia em grupo, e a sua sobrevivência dependia dos outros membros de forma recíproca.

Era a manifestação de sobrevivência de regras internas para a sua manutenção de vida, pois todos dependiam de todos para a perpetuação de espécie. As relações obrigatórias, econômicas, uma superestrutura de uma "sociedade" emergente, pois bem como retrata Carlos Campos, "a solidariedade não é mais do que a coesão em torno de certos interesses essenciais e que se manifesto no sentimento de socialidade[31]". Nesse sentimento de solidariedade, a essencialidade do objeto está na socialidade do homem primitivo, pois existia um sentimento essencial de coletividade.

E qual seria o conceito ou a definição de sociedade? Uma vez que o homem primitivo possuía o sentimento de solidariedade com o seu grupo, possuía uma regra típica interna.

Preliminarmente, para compreender e alcançar algumas das inúmeras informações a respeito do tema se transcreve as palavras de Ralph Linton: "sociedade é todo grupo de pessoas que vivem e trabalham juntas durante um período de tempo suficiente longo para se organizarem e para se considerarem como formando uma unidade social, com limites bem definidos[32]".

Assim, a reciprocidade era (ou é) uma manifestação legal, que se entendia como sendo uma atividade normativa da sociedade primitiva, pois os seus membros se comportavam na mesma sintonia nos usos e costumes, bem como as manifestações no comportamento de forma geral, e conforme as necessidades amplas sob a ótica tribal. Para Engels:

> As designações "pai", "filho", "irmão", "irmã", não são simples títulos honoríficos, mas ao contrário, implicam sérios deveres recíprocos, perfeitamente definidos, e cujo conjunto forma parte essencial do regime social desses povos[33].

[31] CAMPOS, Carlos. **Sociologia e Filosofia do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Cardal, 1961. p. 39.
[32] LINTON, Ralph. **O homem**: uma introdução à antropologia. 12. ed. Trad. Lavínea Vilela. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 97.
[33] ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3. ed. Trad. H. Chaves. Lisboa: Editorial Presença: Livraria Martins Fontes, 1976. p. 40.

Esse instinto retributivo gentílico, a princípio, tem como característica a manifestação natural na política familiar, em que todos os elementos praticavam mutuamente uma ordem natural, como uma verdadeira esteira organizacional.

O pai era o chefe de família, pois possuía uma racionabilidade uma atitude cognitiva do que era bom e o de que era errado, ou seja, do que era necessário para a sobrevivência de todo o grupo.

É possível observar nas palavras de Giorgio Del Vecchio "Direito Natural é, pois, o nome que se designa, por tradição muito antiga, o critério absoluto do justo"[34], para o homem primitivo era um comportamento diário, de forma pura, pois o homem deriva os comportamentos da própria natureza, ou da sua própria natureza humana e por sua vez, se portava como uma pessoa, bem explica em Digesto de Justiniano:

> O direito das gentes é aquele do qual os povos humanos se utilizam. O que permite facilmente entender que ele se distancia do natural, porque este é comum a todos os animais e aquele é comum somente aos homens entre si[35].

Se esse Direito era justo e natural de forma empírica no seu comportamento, o homem se valia da permanência em grupo, nas como comunidades "gentílicas".

A questão é sobre o que conduzia esse homem racional a se comportar em grupo. A resposta pode estar exatamente nos laços de sangue, um comprometimento muito comum naqueles tempos, e sobre Wilson de Souza Campos Batalha, transcreve:

> Ensina D'Aguanno (ob. Cit., p. 536) que, inicialmente, quando os grupos humanos começaram a ser estáveis, o grupo inteiro possuía coletivamente a propriedade e agia como um todo, dada a solidariedade entre os membros que compunham e o fato de que todos se consideravam unidos pelos vínculos de sangue[36].

---

[34] DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Antonio Jose Brandão. 4. ed. Coimbra: Armébio Amado, 1972. p. 47.

[35] DIGESTO de Justiniano, líber primus: **Introdução ao Direito Romano.** Trad. Hélcio Maciel França Madeira. 4. ed. rev. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 20.

[36] BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 623.

Na época, os laços de sangue e a palavra possuíam um valor inestimável de honradez diante de todo o grupo primitivo, o que, à época, vinculava o homem com as obrigações que lhe impunham a própria vida, ou seja, um contrato verbal com a sua família tribal, no comprometimento de suas obrigações.

Ainda o mesmo autor, Wilson de Souza Campos Batalha, entende que "A origem do contrato se encontra manifestamente nos hábitos de ajuda recíproca benévola que nasceram nos povos primitivos". A benevolência está na reciprocidade que, aos poucos, foram ganhando os traços da moralidade.

Esse instrumento de contrair obrigações, conforme disposto, é uma ferramenta que adveio com o surgimento e as relações de Estado, uma modalidade também de toga antiga, sobre a qual Del Vecchio traduz com sabedoria: "É notório ter a teoria que põe no contrato o fundamento da Sociedade e do Estado origens muito antigas[37]", assunto este a ser pormenorizado nos próximos capítulos.

A conduta e o comportamento do homem, de forma antropológica, careciam de conhecimentos mais científicos. No entanto, o simples fato de produzir algo que lhe favorecia era o suficiente para se valer nessa condição de reciprocidade no grupo tribal, o que se observa quando o homem participava para o desenvolvimento de sua tribo, pois era um vínculo de uma crença que os membros estáveis possuíam um comportamento voltado ao laço de sangue. Observa-se:

> Utilizando a ferramenta como um prolongamento e apêndice de seu braço e, ao mesmo tempo, dividindo o trabalhando cooperando com outros homens, a força e a capacidade do homem individual foram multiplicadas e potencializadas no interior do clã, da aldeia ou da tribo[38]

Pela sua própria necessidade, o homem passa a ter um avanço sobre todas as coisas quando descobre a possibilidade de produzir algo que venha a satisfazê-lo, para si e para a sua tribo, pois até a essas descobertas, segundo Henrique Garbellini Carnio, "não havia, portanto, uma diferença essencial entre homem,

[37] DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, Estado e Filosofia**. Rio de Janeiro Liv. Ed. Politécnica, 1952. p. 352.
[38] MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luis César Amad. **História Antiga e Medieval**. São Paulo: Scipione, 1993. p. 12.

animal, plantas e demais objetos inanimados da natureza[39]". Dessa forma, o homem se comportava conforme a natureza que o cercava, além dos mistérios que ela lhe proporcionava.

Nesse comportamento, observar os fenômenos da natureza que estavam presentes no cotidiano de sua vida recíproca com os demais componentes da sociedade primitiva trazia a compreensão do homem enquanto "gênero" por sua naturalidade, com uma visão de que tudo possuía um regramento, uma ordem natural:

> La ciência comenzo com y uma imagem del mundo em que se descubrieron legalidades em los sucesos del mundo, Ella se inicia com el paso del mito al logos. Y si hay leyes de la naturaleza física? No debe haver tambien de La naturaleza metafísica? No deberán determinarse tambien los costumbres y el derecho mediante la naturaleza[40].

O homem passou a observar, pela natureza, que era possível, produzir objetos para o seu conforto e, com isso, passou a se aprimorar para essa necessidade que o cercava, e constataram que isso era gratificante. As artes foram aos poucos incorporando, no seu ofício e na essência de sobrevivência, adquirindo uma cultura primitiva, assim por dizer:

> Ele incorpora, através do processo de endoculturação, características próprias do grupo em que vive, adquirindo uma personalidade básica. Como participante de uma sociedade e de uma cultura, a pessoa é portadora de caracteres constitucionais (biopsicológicas) e de experiência sociocultural próprios. Isso lhe confere um tipo de personalidade que vai determinar ações e reações, pensamentos e sentimentos, enfim, o seu comportamento na busca de melhor adaptação aos valores socioculturais do grupo[41].

Essa cultura cognitiva trouxe para ele um benefício no seu grupo gentílico. Assim, o homem, passou a ser um diferencial diante dos objetos inanimados da

---

[39] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.
[40] KAUFMANN. Arthur. **Filosofia del Derecho**. Colombia: Panamericana. 1999. p. 64
[41] MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

natureza, das plantas e dos outros animais, diante dessa transposição o objeto passou a ser o referencial, segundo Cretella:

> Objetos culturais são aqueles aos quais o homem acrescentou a marca de sua individualidade, objetos que passaram da natureza para a sociedade, numa trajetória do dado ao construído, num trabalho de valoração evidente, numa transposição progressiva da categoria natural para a categoria cultural[42]

Enfim, o homem passou a adquirir, e, com isso, aperfeiçoar a arte de produzir objetos, uma descoberta que passou ater um "status" diante de todas as formas que ora a natureza lhe oferecia, pois bem observa o mesmo autor que "Os objetos naturais são dados ou oferecidos pela natureza". Em função disso, o homem era subordinado, por assim entender, era submisso as leis da própria natureza e de outras formas de vida que cercava o gênero homem como pessoa.

1.3.2. Do conservacionismo

Para o homem primitivo, o seu comportamento estava adensado conforme as regras de sua comunidade tribal e os efeitos da reciprocidade eram concernentes de um comportamento normal, no qual seu comportamento delimitava as suas tarefas.

O aspecto da retribuição era um fator primordial, pois possuía uma modalidade mais complexa, tendo em vista que a sociedade primitiva possuía um contorno de complexidade de comportamento interina, uma política de ordem respaldada pelos usos e costumes inerentes à época.

Nesse primeiro momento, transcende o aspecto do conservacionismo o comportamento naquela coletividade, pois sobrepujava como uma ordem interna, cujos reflexos dos atos e fatos comprometiam a manutenção do comportamento do gênero homem. Isso passou a ser retratado na escrita, pois o costume na crença dos antepassados era um fator de "dívida", de modo que as obras se transmitiam com o passar dos tempos. Conforme Garbellini:

---

[42] CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Filosofia do Direito**: prólogo de Giorgio Del Vecchio. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 57.

> Essa atitude coletivista se manifestava num rígido esquema de conservacionismo. Os vivos eram governados pelo passado e pelos mortos. Estes eram considerados sagrados, e essa crença era tão forte que criou também, sob a base do princípio da retribuição, a tradição de que somente deveria ser feito aquilo que os antepassados faziam[43].

O conservacionismo foi uma característica essencial, pois o costume era um comportamento intrínseco para a manutenção e, com isso, sedimentação dos "usos e costumes".

O Direito Romano admite, em partes sobre o conceito do reiterado comportamento admitido pelo costume:

> O costume (*mos maiorum, ius non scriptum*) é a repetição constante de certos atos na crença de sua necessidade jurídica. Tinha eficácia análoga à da lei porque, como diziam os romanos, pouco importava que o povo diretamente legislasse nos comícios ou indiretamente revelasse a sua vontade pela prática reiterada de determinados atos[44].

O tema da retribuição vai além do que apenas os "usos e costumes", pois aquela é a base e o cerne do relacionamento da atividade e esta é um dos resultados, ou melhor, a causalidade do comportamento dos antepassados, um *obligatio* comportamental, um reflexo dos antepassados em que o homem, assim por entender, encontrava-se em débito (*debitum*).

Assim, esse *debitum* não se desfazia ou se diluía durante o tempo, permanecendo na obrigação de perpetuar sob as vestes da tradição, ou seja, "de pai para filho".

Em rápidas palavras, o costume, nos dias atuais, possui uma relevância, na recepção deste conceito "costume" ou "direito consuetudinário", regrado pelos princípios gerais do direito, disciplinado pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), atualmente constituído pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - descrito no art. 4º da Lei 4657/1942.

---

[43] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49.

[44] CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Forense, 1950. p. 33.

O que se percebe como característica do conservacionismo, até nesse momento sumariamente questionado, induz, que a componente chave da manutenção da sociedade gentílica, ou tribal, era o instinto da perpetuação da espécie, pois os homens mantinham o mesmo comportamento dos antepassados, como forma de agir corretamente naquela época.

Com isso, essa perpetuação, recepcionada pelo conhecimento das práticas usuais e executada pelo comportamento, possuía um condão validade, dado pela herança deixada pelos antepassados, Ralph Linton transcreve que:

> A perpetuação da sociedade como entidade funcional é assegurada pela transmissão, de uma geração a outra, do Stock comum de idéias e valores que dão ao grupo sua unidade psicológica e pela recíproca de comportamento, que permite aos membros do grupo viverem e trabalharem juntos[45].

Prova-se, a princípio, que o homem, por sua natureza, está efetivamente mantendo suas crenças pinçadas pelos reflexos comportamentais dos seus antepassados. Essa perpetuação de sua espécie se dá nas tarefas, pelo fortalecimento do grupo e pelas descobertas para o bem em comum.

1.3.3. Da causalidade

É uma das características daquela sociedade homem praticar apenas aquilo que considerava certo, ou seja, ter o mesmo comportamento que os demais, bem como era estabelecido pelos seus antepassados. Naquele momento, nada era estranho, pois se acreditava que o seu comportamento era uma forma natural de se relacionar com os fatores externos.

Ressalta-se que, ainda ele vivesse em uma comunidade gentílica, o seu instinto era único e vingativo, ou, em outras palavras, a vingança percorria no seu mais alto sentimento. Logo, era uma essência ou qualificadora de seu “status” que o distinguia na comunidade tribal, uma relação entre seus idênticos e voltado a manutenção e perpetuação tribal: “A conduta da vingança é socialmente

[45] LINTON, Ralph. **O homem**: uma introdução à antropologia. 12. ed. Trad. Lavínea Vilela. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 103.

determinada e expõe com clareza a projeção da justiça sob a forma do princípio da retribuição nas sociedades primitivas”[46].

Diante deste comportamento, há sim, de fato e de direito, uma norma penalizadora, e um Direito Penal, mas que, para tanto, não ficava apenas adstrito no seio da comunidade primitiva, era lançado ao mundo exterior.

Ainda na esfera da causalidade, fatores que causassem um resultado extraordinário, anormal para capacidades mentais do homem primitivo, despertavam a sua atenção. A partir disto, essa causa extraordinária era incorporada na sua vida e no seu comportamento diário, aplicando tal novidade junto a sua comunidade gentílica.

Observa-se, que, dessas causalidades, e da possível incorporação dos fenômenos que chamavam a sua atenção, há uma ingerência no seu particular para entender esses fatos extraordinários. Assim:

> O pensamento causal, apresentado normalmente sob a forma do conhecido princípio da causalidade, base fundamental do pensamento científica, desenvolve-se de maneira lenta e complexa na mente humana e se diferencia do mero pensamento causal observativo[47].

O homem passou a observar e ter uma mentalidade progressiva, pois a essa observação foi possível criar um senso de conhecimento, porém, sem desaparecer o seu comportamento primitivo. Os fatos distintos da sua época lhe causaram um despertar para a ciência, porém primitiva e retributiva com a sua “gens”, essa classificação, advém de uma época pré-romana, conforme retrata o posicionamento de Vogel:

> Em realidade sobre a existência de "gens" como uma organização independente e autônoma não tem referências Diretas, uma vez que só conhecem esta instituição em período histórico, isto é, quando as suas funções primitivas foram absorvidas por órgãos políticos seniores, especialmente o Estado, ou em caso de Roma, os "civitas".

[46] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.
[47] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44.

> Pelo qual é no conhecimento que temos do que os "gens" foi na era pré-romana[48].

Para o modelo de homem da época era tudo novidade, mas ele continuava a se comportar pela influência dos laços de sangue com a sociedade em que vivia de forma retributiva, caçava em grupo e vivia em grupo, e não existia o pensamento individual, ou seja, personalista, pois, para a sua sobrevivência, era necessário pensar e agir em grupo, segundo Garbellini:

> O homem primitivo apreende a realidade abaixo da categoria pessoal. Assim, o correto seria falar sobre um pensamento personalista e não a de personificação, pois a idéia de personificação lança uma proposta antropomórfica e conscientizada do “eu” muito longe da realidade do pouco desenvolvimento da mentalidade primitiva[49].

Com os fatores extraordinários, o homem passou a observar mais atentamente e foi em busca das inúmeras respostas para os fenômenos que ocorriam em todo o seu perímetro de convivência.

Fatores estranhos e fenômenos nunca vistos antes, com os quais o homem não estava acostumado na sua vida diária, pois ele o interpretava sob o viés da sua sobrevivência, além de estar comprometido pela necessidade e sobrevivência em grupo. O homem possuía, portanto, uma submissão a tudo e a todos de acordo com a sua natureza, assim se traduz as escritas de Garbellini:

> O homem primitivo assumia de tal maneira sua atitude de submissão aos animais, vegetais e até aos utensílios que havia produzido com grande destreza e cuidado que chegava a oferecer-lhes rezas e oferendas[50].

---

[48] Em realidad, sobre La existência de la “gens” como organización independiente y autônoma no tenemos referencias diretas, ya que solo conocemos a esta institución em la época histórica, es decir, cuando sus funciones primitivas han sido aborbidas por organismos políticos superiores, especialmente por el Estado, o en el caso de Roma, por la “civitas”. Por lo cual resulta relativo el conocimiento que podamos tener de lo que la “gens” era em la época pré-romana. VOGEL, Carlos Alfredo. **História Del Derecho Romano**. 5. ed. Buenos Aires: Perrot, 1993. p. 68.

[49] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p.46.

[50] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

Nesse mesmo sentido, Willis Santiago transcreve sobre a homogeneidade ou a equiparação do homem primitivo com a natureza e os fatores da causalidade que se transportava para a vida diária:

> O homem primitivo considerava todas as coisas que despertassem sua atenção como homogêneas, algo diferente do que ocorre com o homem moderno. Para ele, os animais, plantas e objetos inanimados eram, em certas situações, identificados como essencialmente similares aos homens com que convivia em sociedade, ou seja, não havia uma diferença essencial entre o homem, o animal, as plantas e os demais objetos inanimados da natureza[51].

Nos dias atuais, no entanto, os usos e costumes disciplinados pelo comportamento na época primitiva estavam definitivamente caracterizados pela sua essencial sobrevivência, pois somente os fatores que emergissem de forma extraordinária poderiam transpor o homem para uma ciência, fazê-lo pensar na sua individualidade, que, até nesse momento, está não havia ainda se desenvolvido.

1.3.4 **Da vingança**

Essa característica, integrante da endoculturação da sociedade embrionária primitiva, merece toda atenção, é um comportamento comum usual que não estava apenas na cultura das sociedades primevas.

É um direito em que o indivíduo se acha na condição exercer uma repulsa e injusta de agressão, ou até mesmo de proteger a todo custo algo que entenda ter uma coisa sob seu domínio.

E novamente, como de costume de igual em tempos atuais, é uma manifestação de reação diante de um estado de perigo, uma conduta de cunho genética. Segundo James Watson:

> A violência também pode ser vista pela ótica da genética. Algumas pessoas são mais violentas que outras. Isso é um fato. E sabemos que o comportamento violento pode ser regido por um único gene em

[51] GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria Política do Direito**: a expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2013. p. 29.

> interação com fatores ambientais. É evidente que isso não significa que somos todos portadores de um "gene da violência" (embora seja provável que a maioria dos indivíduos violentos possua um cromossomo y), mas o fato é que já identificamos pelo menos uma alteração gênica simples capaz de provocar rompantes violentos[52].

A vingança é um mecanismo de defesa e de autodefesa, pois como se sabe, o homem primitivo vivia em grupos, ou costumeiramente chamado de sociedade primitiva, a natureza e a personalidade dessa comunidade é tida como gentílica, não pelo fato genérico de gentileza, mas sim, em relação ao comprometimento com o seu clã.

Acreditamos, e que pela cultura primitiva, de fato, o homem não tinha um avanço de santidade, ou de bom samaritano, pois se sabe muito bem, que, como ele possuía o "status" do primitivo, assim ele se comportava perante os demais em virtude dos comportamentos da época.

A característica vingativa não estava isolada na doutrina das sociedades primevas, o lado afetivo e sentimental também tinha um papel importantíssimo para o seio familiar, proporcionava a aproximação e estreitava relações sociais.

Em outras palavras, a vingança, possuía um sentimento moral, pois em virtude da retribuição – como foi diversas vezes comentado – o homem tinha a obrigação de se postar diante de sua comunidade, como um operário para a manutenção e a sobrevivência por força dos laços de sangue que mantinha com os demais.

A palavra moral vai além do que possamos observar, trata-se de um comprometimento com o seu povo, uma ordem jurídica, posta no seio de sua comunidade comum mecanismo de defesa e de penalização. O Direito do homem era mais com o seu semelhante da tribo, como um grupo, pois este ainda não absorvia o sentimento do individualismo, mas de viver em grupo.

Para uma melhor definição do que seria essa moralidade recíproca, e ainda ser uma conduta primitiva, o comportamento dos indivíduos estava verdadeiramente relacionado a um comportamento de direito no qual se achava a forma correta para a manutenção daquela sociedade. Nas palavras de Garbellini:

---

[52] WATSON, James. **DNA**: o segredo da vida. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 419.

> A idéia de que as qualidades morais e jurídicas são substâncias levava à crença de que o mal, como a doença, eram contagiosos. Este é o ponto fundamental para se compreender o pensamento coletivista do homem primitivo. Assim, a ofensa cometida por um indivíduo tem caráter coletivo, pois se estende aos demais que dele estejam perto e com ele se relacionem, sendo essa a grande razão de a responsabilidade coletiva ser tão significativa na ordem jurídica primitiva.
> Nesse sentido, por estar a base de sua interpretação homogênea fundada no princípio da retribuição, era evidente que retribuição se exercia não apenas na individualmente, mas sobre todo o grupo, pois o próprio grupo se tornava substância[53].

No comportamento retributivo do homem tribal pode-se notar que existia um comprometimento na sua origem, não apenas pelo modo de viver e na corporação, por assim entender um sistema cooperativo.

Além de ser cooperativo e participativo, o comportamento prezava pela moralidade e pelos bons costumes que imperavam, mas não eram apenas no bom viver em comunhão, a regra jurídica era pela reciprocidade como forma de blindagem na proteção do seu semelhante.

Viver coletivamente, desfrutar e compartilhar da vida em grupo era recorrente, aliás, uma grande oportunidade para poucas famílias (verdadeiras instituições jurídicas), uma espécie de privilégio voltado nos sistemas retributivos no estado de natureza.

No próprio estado de natureza, o corporativismo era intenso, ao ponto de que a honra era pautada em uma moral, esse critério de moralidade, era voltado para a vingança.

Portanto, esse comportamento não era tão complexo, as regras eram cruciais para a sobrevivência e manutenção, sob a ótica do coletivo:

> Esse vínculo jurídico realizado nas sociedades primitivas significa, ainda, que existia necessariamente uma coincidência entre o direito e moral, obviamente que não no sentindo de uma moral individualizada, que está muito além do desenvolvimento mental das sociedades primitivas, mas, sim, uma moral retributiva, pois o

[53] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

> exercício da vingança social representa uma função social e deve ser entendida como uma reação moral e jurídica[54].

Observa-se que infringido um comportamento, ou uma regra, todos estavam sujeitos a uma penalização imposta pela própria tribo; por isso, a homogeneização dos princípios da retribuição da sociedade gentílica, insurge um fenômeno do comportamento e a fidelização dos reflexos e resultados atos comportamentais a benefício da coletividade, o medo passou a ser o aliado necessário para o desenvolvimento.

Nota-se que a política da retribuição era uma prática comum aos povos, pois um membro completava politicamente os mecanismos de desenvolvimento daquela sociedade.

É nesse sentido que o aspecto retributivo estava corporificado na justiça, no respeito, na crença e no sentimento do medo, inserido como uma forma de penalização pelo desvio das regras impostas pelo desenvolvimento da sociedade tribal. Disso insurge mais um mecanismo de retribuição, o da imputação.

Kelsen, na sua obra "Teoria Pura do Direito", traduz uma visão expansiva quando relata aos conceitos da causalidade: "Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como imputação[55]". O autor demonstra, assim, uma forma retributiva, o fenômeno da imputação, sobre o qual trataremos adiante, na discussão sobre penalização e o aparecimento do Direito Penal através da lei de Talião.

A penalização era uma imputação a ser aplicada, todavia, também tinha a sua forma de exteriorização quando algum membro integrante dessa sociedade sofria uma injustiça por parte das tribos estranhas. O comprometimento fazia com que todos se vingassem desse mal injusto.

É o sentimento de vingança que perdura na psique do homem nos dias atuais, porém, sendo substituído pela ação do Estado frente a um desequilíbrio dos bons costumes e regras de comportamento humano, sob a ótica legislativa, na proteção e na manutenção da sociedade em geral.

---

[54] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p.58.

[55] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 119.

A incursão da atividade vingativa se reflete nas atividades obrigacionais, comportamento presente quando o homem passou a se relacionar com outras tribos.

No período da prática do escambo, o percursor das atividades comerciais na era primitiva e início da era medieval, a vingança eclodia no inadimplemento, bem descrito nas palavras de Chamouns:

> O conteúdo da obrigação não foi sempre o mesmo. Inicialmente, a obrigação reflete os costumes antigos segundo os quais quem comete um delito submete-se à vingança do ofendido ou de seus parentes que podem prender, matar, ou mutilar o autor do ilícito[56]. (grifo nosso).

Sem avançar nos conceitos dogmáticos da questão obrigacional, o fato é que o homem detinha o sentimento de vingança de uma forma bem natural para aquela época, e foi pratica usual até a edição da *Poetélia Papiria*, lavrada em 326 A.C.

Já em relação ao Direito na *obligatio*, serão feitos apontamentos essenciais neste mesmo trabalho.

Dispostas essas características das sociedades primitivas, percebe-se que sempre esteve presente o mecanismo da retribuição, em todos os momentos participativos de cada homem primitivo.

Dessa retribuição gentílica, o sentimento de viver coletivamente foi essencial para a perpetuação da espécie “homem”, pois a sua necessidade é primordial, mas, para tanto, as regras inerentes eram contundentes

Assim, percebe-se que há uma gerência de justiça, que era bem disciplinada, através dos feitos da magia, da crença, do seu conservadorismo.

Por fim, vale mencionar as suas causalidades e os fatores extraordinários necessário para incitar a libido da observação, bem como os efeitos da curiosidade, uma vez que, para o homem primitivo, a ciência estava aquém do seu momento, pois os fatos novos para ele era um motivo de reverência pela descoberta.

Vale mencionar que a diária entre os seus consangüíneos e as regras vindas dos seus antepassados, influenciou e induziu para que certas dúvidas e os espaços vazios - as lacunas preordenadas pelo Direito Abstrato -, prevalecessem.

[56] CHAMOUNS, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Forense, 1950. pp. 293-294.

Com isso, é possível dizer que o costume era a força normativa legal da época, o qual resgata os mais antigos valores aceitos, como sendo uma ordem legal, os usos e os costumes, se transpõe como uma regra, bem ressalvados por Wolkmer, quando afirma que “O direito que provém dos deuses, o direito confundido com os costumes e, finalmente, o direito identificado como lei[57]”.

É de comum acordo que a relação entre os costumes repetitivos e as leis divinas, as quais possuem a sua guarida nas religiões, têm uma reciprocidade de comportamento pela obediência, em virtude das relações fenomênicas que ocorria nas sociedades primitivas.

1.3.5 **A religião**

O conceito social religioso está no exercício da fé e na crença das pessoas.

A pura manifestação de liberdade religiosa, pautadas nas crenças, de culto, de organização religiosa e ainda o ensino religioso e nas escolas públicas, quaisquer que sejam elas sob o domínio público.

Percebe-se que a religião, é uma fonte de humanidade entre as pessoas, um verdadeiro centro de comunhão que estabelece a paz e a harmonia entre os mais distintos freqüentadores, com as suas devoções e nas crenças da religião, mas, essa harmonia nem sempre foi bem recepcionada entre as comunidades.

Pois em datas muito pretéritas, essa harmonia era considerada muito restrita ou estritamente restrita, verdade que nas sociedades primevas a religião tinha o seu grande centro no politeísmo, e assim poucas famílias se uniam em torno da religião que tinha na sua cultura familiar, Coulanges assim, descreve:

> A religião doméstica proibia a duas famílias misturarem-se e confundirem-se. Mas era possível que muitas famílias, sem sacrificar coisa alguma da sua religião particular, se unissem, pelo menos, para a celebração dum outro culto que lhes fosse comum. E foi isto

[57] WOLKMER, Antonio Carlos. **O Direito nas sociedades primitivas**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 4.

> que se deu. Um certo número de famílias formaram um grupo, ao qual a língua grega, deu o nome de fratria e a latina o de cúria[58].

Se de fato essa aproximação era praticamente impossível de se restabelecer um convívio harmonioso entre pessoas e famílias, em virtude da não socialização, aos poucos foi se estabelecendo elos entre as famílias, tudo em virtude da religião, regras costumeiras que a crença proporcionou uma verdadeira virtualização da fé entre as pessoas.

Mas, em termos sociais de organização, todavia, essa incorporação das etnias também obedecia aos usos e costumes, e principalmente o aspecto da religião de cada família, pois assim, o que chama a atenção é o fato de que a religião em épocas remotas era o grande alicerce no comportamento e no equilíbrio social, isso na exteriorização do direito.

E com a incorporação das várias etnias, religiosas e políticas tribais e na sua mais pura essencialidade de prover segurança e sobrevivência, para que essa união ocorresse foi necessário surgir à imagem e a presença de um líder, um chefe, um sacerdote, um membro da família dominante, sempre preferencialmente o mais experiente, e porque não dizer o mais sábio, o mais velho.

A associação dos usos e costumes, assim, no mesmo sentido na reciprocidade na imposição das regras e a constituição das normas para a sobrevivência dos grupos, eram de fato propor um equilíbrio social, pois os usos e os costumes das diferentes etnias eram bem distintos, mas se faziam leis entre as partes.

Vale lembrar que a história da religião é tão antiga quanto á história da própria humanidade, de fato não há teorias concretas capazes de explicar a origem da religião.

Geograficamente, nos rios Nilo, Tigre e Eufrates, estes locais são considerados os berços das civilizações mais antigas da história, antes dessas civilizações surgirem, a espécie humana totalmente desenvolvida começou a praticar ritos de passagens, para atender a necessidade humana básica de realizar os rituais.

---

[58] COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma**. 5. ed. Lisboa: Liv. Clássica, 1941. p. 184.

As obras de arte, ou os desenhos estampados no seu ambiente de moradia, provam as suas freqüentes práticas rituais, as imagens refletiam as crenças em um mundo cheio de espíritos ou animais com os quais o homem podia se comunicar.

Através desta idolatria e do sacrifício esses povos tentaram apaziguar esses espíritos animistas para assegurar a fertilidade, a prosperidade e a sobrevivência do homem:

> A partir do momento em que se considera o animismo como a fonte de todas as religiões, concebe-se facilmente que cada uma varia de acordo com o povo e mesmo de acordo com o indivíduo que a pratica. O homem sempre fez seus deuses a sua imagem, ao inverso da lenda bíblica[59].

Essas primeiras civilizações migraram pelo mundo, e quando essas primeiras civilizações agrícolas surgiram a espiritualidade humana sofreu uma grande evolução paralela, os selvagens espíritos animais das eras das caças e da coleta se tornaram espíritos domésticos.

Os agricultores Neolíticos adoravam o animal mais forte, e a deusa da fertilidade, o objetivo de tanta adoração era de garantir as terras férteis e de boa colheita e de animais.

Nesse sentido o homem Neolítico, buscava uma harmonia natural entre os animais, as plantações, o sol e a chuva, pois estes eram os elementos vitais para a fertilidade e o crescimento.

Esse anseio pela harmonia cósmica foi a força matriz por traz da espiritualidade primitiva, assim como a colheita produzia alimentos no presente e sementes para o futuro, a morte para a humanidade seria a colheita e o renascimento do espírito.

A harmonia com a natureza era de uma total abrangência extrema que o sol e a lua representavam para o homem, o animismo[60].

---

[59] LE BON, Gustave, **Les Premieres Civilisations**. Trad.Ernest Flammarion. Paris: Editeur, 1889. p. 82.

[60] Dentro das explicações sobre o **animismo**, está o antropólogo Britânico Edward Burnett Tylor, argumenta que as experiências, tais como os sonhos, as visões, as alucinações e o estado inerte dos cadáveres levaram aos povos primitivos a concluir que o corpo humano era habitado por uma alma. Para Tylor, o animismo é o primeiro estágio de desenvolvimento de todas as religiões. Robert Ranulph Marett, desenvolve um aprimoramento ao conceito empregado por Tylor, criando o conceito do **animatismo**, para ele os povos primitivos acreditavam na existência de uma força

Os rituais antigos refletiam a harmonia e as culturas primitivas criavam os mitos para explicar essa ordem cósmica.

Entre os Rios Tigre e Eufrates, surgiram às primeiras cidades e Estados da Suméria[61], essa civilização mesopotâmica marcou o início da história, esses povos tinham inventado uma espécie de escrita chamada de cuneiforme, esse sistema foi utilizado para registrarem a sua dedicação aos seus deuses e aos seus mitos, para essa escrita e a sua linguagem permaneceu por longo tempo, mesmo com o declínio daquele império, de igual partida, a língua latina, que permaneceu na cultura romana após o seu declínio político.

Pois bem, foram nessas escritas cuneiformes que as sociedades primevas descreviam as cenas vividas dos deuses e deusas, e que acreditavam que regiam os céus, controlavam a existência humana e determinavam os destinos dos impérios.

Em se tratando dessas culturas da Suméria, estas marcaram um grande avanço para a civilização humana, surgiram cidades, criaram sistemas de governo e de leis para controlar a vida social dos seus habitantes e bem como daqueles que ingressavam no seu sistema de vida.

Essas cidades se tornaram o centro político e religioso, os chefes locais, no período Neolítico, faziam o papel de lideres políticos e espirituais e já na idade do bronze os chefes eram sacerdotes e reis poderosos, responsáveis não apenas pelo exército que o guardavam contra os invasores, mas também, eles serviam aos deuses e os deuses o serviam.

Pode-se considerar que a cultura religiosa praticamente caminhava aos mistérios que circundava o comportamento do homem, a admiração e o respeito, era a parte fundamental para a sua sobrevivência, fundamentada pela crença e a fé, mesmo na mais pura inocente imaginação de adoração dos animais e até as formas

---

pessoal e sobrenatural que concedia a vida sobre todas as coisas, para essa teoria provocou um sentimento de reverência e temor ao homem o que tornou a base de sua primitiva religião.

[61] A **Suméria** (na Bíblia, **Sinar**; do acádio *Šumeru*; em sumério: *ki-en-ĝir*, algo como "terra de reis civilizados" ou "terra nativa") foi uma antiga civilização e o nome dado à região histórica habitada por essa civilização, no sul da Mesopotâmia, atual sul do Iraque e Kuwait, durante a Idade do Cobre (ou Calcolítico) e a Idade do Bronze inicial. SUMÉRIA. In: WIKIPÉDIA, **a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Sum%C3%A9ria&oldid=49562099>.Acesso em: 20 jul. 2016.

celestes, a religião conduzia de forma sorrateira e silenciosa que disciplinava o homem.

1.4. **As Teorias epistemológicas do Racionalismo e do Conhecimento**

Até o presente momento foi escrito na pesquisa, desde a formação e o desenvolvimento social do direito, focado nas instituições jurídicas até aspecto conservador dos usos e costumes, passando pelo desenvolvimento epistemológico, associado ao homem racional.

Demonstrou-se como a sociedade foi se transformando enquanto o estado de natureza foi se consolidando, a partir de inúmeros usos e costumes, ou seja, as regras sociais foram sendo aplicadas em determinados territórios, fazendo com que fortalecimento social ganhasse forças.

O estado de natureza estava, enfim, transformando-se em estado moderno, e essa transposição foi possível através de um contrato social e político, considerado a gênese do conceito de sociedade[62].

O que realmente será apresentado aqui são os fenômenos que ocorreram, a respeito da epistemologia, pois se sabe que a Idade Média foi um período de grandes transformações, no qual ocorreu a passagem do mundo feudal absolutista para um mundo capitalista moderno.

De fato, foi um período de transformações, nos plano econômico, social, político, ideológico e cultural. Tais transformações deram origem a uma nova visão de mundo, universo e principalmente de homem, - e, com isso, da sociedade, das relações do homem consigo mesmo e com os demais homens, com a natureza que lhe provem o seu sustento, e com Deus.

É na natureza que as ciências se expandiram, através dos fenômenos científicos dos experimentos, proporcionando o surgimento das leis científicas, tanto no campo biológico, como nas ciências exatas e humanas.

[62] Não é objetivo de esse capítulo esgotar a discussão em torno da questão do aparecimento do estado moderno político, este tópico estará presente no segundo capítulo, no qual será possível perceber detalhadamente sobre esse fenômeno que permeia sobre o contrato social e o surgimento do estado moderno, resultando no mais amplo conceito de sociedade contemporânea política.

Na Idade Moderna, surgem duas correntes de pensamentos que se debruçam sobre o conhecimento, e ainda se encontram no fervor da busca por respostas dos fenômenos que eclodiram através das inúmeras ciências.

É neste período que ocorrem os vultosos avanços das descobertas que provocaram atenção dos filósofos da época, os quais passam a questionar sobre a origem do conhecimento.

Logo, as verdades as quais se sustentaram e que acompanharam o desenvolvimento do homem antes da Idade Moderna, desde a sua gênese social e comportamental entram em declínio, em virtude das variações de pensamento no novo processo de conhecimento.

1.4.1. **O racionalismo de René Descartes**

O racionalismo de Descartes separa o sujeito do objeto que está sendo compreendido, pois o pensamento uma certeza, mas não há essa certeza no objeto, fazendo da sua existência uma possível.

Descartes desconfia das impressões sensoriais, restando apenas força da razão. O filósofo, porém, não separa o homem de sua natureza, pois o homem interage com a natureza, integrando todo o conjunto da natureza.

Frisa-se que todo o modelo de conhecimento da ciência que se deu nos últimos séculos está baseado no pressuposto que sujeito está separado do objeto, mas não da natureza de onde o homem vem e de onde decorrem todas as demais leis da ciência.

“Penso logo existo” é máxima de René Descartes, que perpetua os alicerces da existência da humanidade, fazendo eclodir expansionismo e o domínio do conhecimento através do universo.

> Finalmente, considerando que os mesmos pensamentos que temos quando acordados também nos podem acudir quando dormimos, sem que nenhum seja verdadeiro, resolvi considerar, fingir, que todas as cousas que haviam penetrado no meu espírito não eram mais verdadeiras que as ilusões dos meus sonhos. Mas logo após percebi que, quando pensava que tudo era falso, necessário se tornava que eu – eu que pensava – era alguma cousa, e notando que esta verdade – penso, logo existo – era tão firme e tão certa que todas as extravagantes suposições dos céticos não eram capazes de a abalar,

> julguei que podia aceitá-la, sem escrúpulos, como primeiro princípio da filosofia que procurava[63].

Descartes será um dos percursores de uma das grandes correntes do conhecimento, o "racionalismo", que se ocupa do conhecimento, desde o seu desenvolvimento e os limites de sua origem.

Na Idade Moderna insurgem duas correntes, a princípio opostos nesta época, um deles é o racionalismo cartesiano e a outra é o empirismo, formulado por John Locke.

No racionalismo de Descartes afirma-se que a originem das idéias coincide com o nascimento, são assim denominadas de idéias inatas, das quais derivam todos outros conhecimentos que, ao longo da vida, fundam relacionamento entre as pessoas e entre o mundo e seus objetos.

A existência do homem está calcada pelo seu pensar, se não existisse o homem para pensar, não existiriam as idéias. Não há pensamento, o sujeito pensante é mais importante do que o objeto pensado, no mesmo sentido, o processo de conhecimento se dá, fundamentalmente, pela razão:

> […] era uma substância cuja essência ou natureza consiste apenas no pensar, e que, para ser, não necessita de nenhum lugar, nem depende de qualquer coisa material. […] esse eu, isto é, a alma, pela qual sou o que sou, é inteiramente distinta do corpo […] para pensar é preciso existir […] julguei poder tomar por regra geral que as coisas que concebemos mui clara e mui distintas são todas verdadeiras[64].

A outra corrente oposta ao racionalismo é conhecida por empirismo, termo este que vem de empiria, experiência, que diz que todo conhecimento deriva da experiência sensorial dos sentidos, desse modo, oposta ao racionalismo.

Nesta corrente, crê-se que o conhecimento não é originado nas idéias que estão na mente das pessoas, mas sim das experiências concretas, das experiências sensoriais, do sensível, provindo nas coisas da natureza.

1.4.2 **O empirismo de John Locke**

[63] DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução, prefácio e notas de João Cruz Costa, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 50.
[64] DESCARTES, René. **Os pensadores**. Tradução J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 47.

John Locke, um dos percursores do empirismo, diz que, ao nascermos, a mente humana é como uma tabula rasa nela não existe idéias prontas, não existem idéias inatas.

> Supondo que a mente seja, por assim dizer, uma tela em branco, sem nenhum caractere sem nenhuma idéia inata: De onde vem seu suprimento? De onde vem o vasto estoque que a diligente e ilimitada fantasia humana pinta nela com quase infinita variedade? De onde vem os materiais de toda razão e conhecimento? A isso respondo, numa palavra: da experiência, na qual se funda todo o nosso conhecimento, que dela deriva em última instância. Nossa observação, seja de objetos externos sensíveis, seja de operações internas de nossa mente que percebemos e refletimos em nós mesmos, eis aquilo que supre nosso entendimento de todo material do pensar. São essas as duas fontes de conhecimento das quais fluem todas as idéias que naturalmente temos ou podemos ter[65].

Aqui, a percepção é a constatação sensorial é o ponto de partida do processo do conhecimento. Locke, como liberal político, afirma que todo o conhecimento tem origem na experiência sensível, ou sensorial, discordando assim da tese de Descartes, o pai do racionalismo.

Junto a essa discordância de pensamentos, John Locke não afirma que o ser humano não pratica o exercício do raciocínio, mas deixa claro que todas as idéias de última instância vão se desenvolvendo a partir das experiências sensoriais. Ademais, afirma que, ao nascermos, o homem é considerado como uma folha de papel em branco.

Ressalta-se que a experiência sensorial é o ponto de partida do processo de conhecimento, associado ao processo da percepção sensorial, isto é, o processo mental que organiza, associa e combina as sensações adquiridas como lembranças.

> São complexas idéias que, como beleza, gratidão, homem, exército, universo, apesar de serem emaranhados de várias idéias simples ou de idéias complexas feitas de simples, a mente pode considerar, cada uma delas, em sim mesma, como uma única coisa inteira significada por um único nome[66].

[65] LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Trad. Pedro Paulo Garrido Pimenta. São Paulo: Martins Fontes. 2012. pp. 97-98.

[66] LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Trad. Pedro Paulo Garrido Pimenta. São Paulo: Martins Fontes. 2012. p. 164.

Em suma, todas as idéias, das mais simples que sejam, passam a adquirir complexidade, os sentidos aliados aos acontecimentos do mundo vão se consolidando, das formas mais simples para as idéias mais complexas, seja de comportamental ou atitude:

> Agora, a partir do momento em que estamos preenchidos de idéias primárias, nosso entendimento teria o poder de "repeti-las, compará-las e uni-las numa variedade quase infinita". Seria essa forma a partir da qual surgiram as impressões mais profundas acerca daqueles mesmos objetos e situações – as chamas idéias complexas[67].

Por pertencer a categoria dos empiristas, dentro da ciência epistemológica, Locke não faz uma defesa radical do empirismo, é flexivo e suas ideais se desdobram gradativamente.

1.5. **O Existencialismo humano de Jean Paul Sartre**

No tópico anterior, foi mencionado, além das formações gentílicas, o sentimento de associação, de agrupamento como o misterioso desejo de sobrevivência, pois, formar grupos, tribos e clãs foram atos que o homem necessariamente foi obrigado a se adaptar com os demais membros, para a manutenção de sua espécie.

Mesmo com instinto selvagem proporcionado pelo estado de natureza, promover a sua socialização com os demais era a regra.

Em seguida, e essencial para o desenvolvimento da pesquisa foi compreender as teorias epistemológicas e relacioná-las como o modo de viver gentílico.

Tais correntes, conhecidas como racionalismo e empirismo, têm como representantes René Descartes e John Locke, respectivamente. Descartes é autor

[67] CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 97.

da célebre frase “penso logo existo” e estava empenhado em descrever que o homem nasce com as idéias inatas, já possui o discernimento e o aplica ao longo da sua vida.

Na outra vertente, e ao contrário de René Descartes, está John Locke, também conhecido por defender que o homem nasce com as idéias consideradas como tabula rasa; isto é, o homem nasce sem algum conhecimento e o processo d de adquiri-lo e conquistar ao longo da vida idéias, é sensorial.

Não foi realizada uma busca aprofundada a respeito das teorias epistemológicas, pois foi necessário apenas demonstrar os usos e costumes, as regras gentílicas e retributivas, os aspectos conservadores das tribos para entender o modo de ser do homem. Tudo isso constituiu socialização e ainda permitiu adquirir sabedoria e conhecimento através do meio em que vivia e os resultados de seu próprio comportamento.

Neste tópico, será demonstrado o pensamento que parte do pressuposto da existência, da figura humana, dos seus objetivos, valores e principalmente das ações que dão ênfase a realidade de sua existência.

Jean Paul Sartre, um dos mais expoentes da literatura filosófica existencialista, elenca sobre o tema em questão, e aborda um depurado estudo descrevendo a máxima: “a existência precede a sua essência”.

Filósofo francês, Sartre formou-se em filosofia na Escola Normal Superior na década de 20, foi discípulo e estudou a ciência fenomenológica de Edmund Husserl, e as teorias existencialistas de Martin Heidegger, o qual disciplinava as teorias existencialistas e baseadas nesses autores, ademais, tiveram acesso as obras de Soren Kierkegaard. Foi considerado pela filosofia como o pai do existencialismo e faleceu em 1980.

Sartre, ao apresentar a sua tese sobre o indivíduo, teve a sua supremacia na existência do ser humano como consciência, ou seja, o homem ser consciente de si mesmo, do mundo em que se encontra situado e de todas as mais distintas relações estabelecidas com ele.

A segunda tese discorre sobre a condição da liberdade do indivíduo, este não tem substância e muito menos determinismo pela sua própria natureza, ele (indivíduo) é um ser puro, um ser “nada”, e sendo assim, ele é obrigado a fazer

escolhas, projetando destas escolhas a sua fundamentação, pautadas inevitavelmente pela temporalidade.

Logo, obtendo as suas escolhas, as quais lhe darão a fundamentação e se localizando no tempo e no espaço, o indivíduo é um ser em ação; essa ação o impulsiona à fixação de seu existir, ele "ser". Sartre argumenta que, para os objetos e para todos os outros seres, existe uma essência prévia que vem antes da existência das coisas.

No entanto, o homem não é predeterminado; o homem é o único ser existente que não é predeterminado e que somente vai se desenvolver uma essência após a sua existência.

O homem, assim, primeiro existirá e somente depois disso é que será definida a sua essência, através das duas ações e dos valores que atribui às alternativas com as quais se defronta.

Diante deste enfrentamento, das ações e de seus valores, atribuir ás alternativo e critérios de ação, e com esses atributos é que definirá a sua essência.

"O homem é, enfim, o único "ser" que não é predeterminado, o homem é "livre", e mais, o homem está condenado ser livre".

Isso porque o ser humano situa no meio do mundo, ou seja, é uma liberdade situada, e, por toda a sua volta, em seu perímetro de sobrevivência, os fatos se relacionam, proporcionando-lhe conflitos e fazendo-o reelaborar valores para resolvê-los. Nesse sentido:

> A conseqüência essencial de nossas observações anteriores é a de que o homem, estando condenado a ser livre, carrega nos ombros o peso do mundo inteiro: é responsável pelo mundo e por si mesmo enquanto maneira de ser. [...] Portanto é insensato pensar em queixar-se, pois nada alheio determinou aquilo que sentimos, vivemos ou somos. Por outro lado, tal responsabilidade absoluta não é resignação: é simples reivindicação lógica das conseqüências de nossa liberdade[68].

A única coisa que o homem não pode escolher é não ser livre, pois até isso seria uma escolha.

[68] SARTRE, Jean-Paul, 1905-1980. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológico. Trad. de Paulo Perdigão. Petrópolis, SP: Vozes, 1997. p. 678.

Outra característica que se questiona é a liberdade, o homem não é predeterminado, isto é, não existe um conjunto de valores que defina as ações dele “a priori”, o indivíduo criará um projeto existencial e agirá através das ações criando a sua essência.

Ao adentrar e assumir inúmeras possibilidades, o indivíduo estará atribuindo valores a determinadas possibilidades, há uma escolha, pois, para haver liberdade, deve ser possível ser livre para escolher. Sartre menciona:

> Não significa que eu deva necessariamente parar, mas apenas que só posso negar-me aparar através de uma conversão radical de meu ser-no-mundo, ou seja, por uma brusca metamorfose de meu projeto inicial, isto é, por outra escolha de mim mesmo e de meus fins. Tal modificação, além disso, é sempre possível[69].

Nessas escolhas de possibilidades, para Sartre, o homem cria um fenômeno característico, o conceito de angústia, pois, no momento em que o indivíduo precisa escolher, ou criar por si os valores atribuídos para si mesmo, ele tem a responsabilidade das coisas que ele esteja realizando. Nesse sentido, no momento em que ele é livre é também responsável, e passa a adquirir uma angústia através desta responsabilidade.

Até nesse momento, é possível catalogar, através de Sartre, os conceitos de liberdade, responsabilidade e de angústia, uma particularidade da própria existência do homem.

No momento em que o indivíduo não tem um conjunto de valores prévios para empreender as suas escolhas, e estas escolhas e os valores devem partir dele, de certa forma, o indivíduo possui um desamparo, não há nele uma essência prévia que vai ampará-lo na sua existência.

Nesse desamparo, associado à questão da responsabilidade que causa a angústia, vai fazer com o homem tenha uma sensação de mal-estar existencial aliado à angústia.

[69] SARTRE, Jean-Paul, 1905-1980. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológico. Trad. de Paulo Perdigão. Petrópolis, SP: Vozes, 1997. p. 572.

Na obra de Jean Paul Sartre, “O ser e o nada”, o filósofo busca uma descrição ontológica e fenomenológica da realidade humana, por meio das condutas e dos comportamentos.

A idéia dos fenômenos advém de uma síntese entre a apreensão sensível e intelecto no pensamento à consciência e a apreensão sensível através da percepção dos objetos e das coisas existentes no mundo. Sartre afirma que o ser humano tem uma existência especifica.

Ele concebe o homem como “para-si”, em oposição ao “em-si” que representaria a plenitude do ser.

O “para-si” é, portanto, o nada. Isso significa que a característica essencial do ser humano é esse espaço aberto que faz dele um ser inacabado, incompleto, aberto às possibilidades de mudanças, por isso que:

> Trata-se de uma necessidade condicional: qualquer que seja o para-si considerado, ele é em certo sentido; é porque pode ser designado, porque é possível afirmar ou negar certos caracteres a seu respeito. Mas na medida em que é para-si, jamais é o que é. Aquilo que ele é, acha-se atrás de si, como o perpétuo ultrapassado. É precisamente esta facticidade ultrapassada que denominamos o passado[70].

Segundo Sartre, se o homem fosse como um ser total, pleno e acabado, com uma essência definida, ele não poderia ter consciência ou liberdade. Isso porque a consciência é um espaço aberto a múltiplos conteúdos e a liberdade representa a possibilidade de escolha.

Para Sartre, o homem constrói a si mesmo através de suas escolhas e se torna responsável pelo que faz; a liberdade, portanto, é um dos valores fundamentais para a condição humana.

Apesar dos limites determinados pelas condições históricas, econômicas e culturais, é o exercício de liberdade, em situações concretas, que move o homem e gera a necessidade de dar sentido para o mundo.

A ciência, que sempre esteve presente, e principalmente na fase em que o homem passou a adquirir o hábito e a curiosidade de descobrir o que ocasionava os

[70] SARTRE, Jean-Paul, 1905-1980. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológico. Trad. de Paulo Perdigão. Petrópolis, SP: Vozes, 1997. p. 194.

fenômenos, apontou um interesse sobre as capacidades de potencialização humano, isso tudo voltados aos preconceitos advindos deste mundo.

A reestruturação dos processos dos preconceitos, ocorridos através das crises construtivistas epistemológicas, das quais, no primeiro momento, não seja possível receber tal denominação, intitulam-se como sendo crises de opinião, em relação a uma facticidade.

O que de fato ocorre é uma modelação da crise existencial humana, com a experiência das facticidades decorrentes da história ultrapassada, e para tanto, delimitar apenas uma conduta investigatória seria difícil de alcançar algum objetivo para a contextualização do "ser". Priorizam-se, nesse sentido, várias condutas do ser humano que merece ser investigada:

> Não vamos nos limitar ao estudo de uma só conduta. Ao contrário, tentaremos descobrir várias e penetrar, de conduta em conduta, no sentido profundo da relação "homem-mundo". Mas, antes de tudo, convém escolher uma conduta primeira, capaz de servir de fio condutor da nossa investigação[71].

Por ser usos e costumes, a conduta das primevas sociedades eram as mais atípicas do comportamento do homem, mas o cerne essencial é buscar a materialidade de como tudo começou, e ter, assim, o cuidado para que esse direito não seja colocado em desuso, em virtude das transferências dos valores humanos, no contexto da ciência jurídica.

O "ser", para a comunidade habitual, é necessariamente participativo dos eventos e regras históricas, no transcorrer do tempo, mas as pessoas podem ir além do tempo histórico, em virtude do seu existir e por qual motivo o direito está no homem: o Direito existe, assim, existe o homem.

O "ser" é o tempo, e o tempo está no "ser", e este se rearticula com o seu próprio ser, no momento de seu viver, domesticando valores, e atribuindo métodos comportamentais para a sua vivência na terra, pois o "Humanismo, porque recordamos ao homem que não existe outro legislador a não ser ele próprio"[72].

---

[71] SARTRE, Jean-Paul, 1905-1980. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológico. Trad. de Paulo Perdigão. Petrópolis, SP: Vozes, 1997. p. 44.

[72] SARTRE, Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Tradução de: Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Júnior. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 21.

O homem não se satisfaz com as suas conquistas, rompe as fronteiras do inimaginável e vai à busca do seu conhecimento, e, para o avanço na aquisição de poder, transpõe obstáculos de qualquer magnitude para alcançar que lhe dê prazer e poder, conquistando além do que os olhos possam enxergar; o homem é o soberano, o sacerdote.

De fato, esse avanço e a transposição de barreiras fronteiriças ainda provocam o sentimento de conquistas, conquistar faz bem, pois demonstra poder e autoritarismo, e que, muitas vezes, ele (ser humano), põe em risco e se consuma um preço alto pela conquista, e para estabelecer esse desejo, coloca em risco o seu existencialismo, a fenomenologia e a ontologia, abandonando seu próprio ser.

Em uma era em que o homem tinha a sua absoluta inocência, colhia somente o seu alimento para o seu sustento e de sua família, caçava apenas o necessário, aglomerava por necessidade e proteção, submetia-se as regras puras dos fenômenos naturais e aos grandes animais. Nessa fronteira, havia um respeito unilateral, do homem em relação a tudo que estava em sua volta.

Atualmente, o homem “ser” conquistou e obstruiu as mais variadas fronteiras das ciências, e principalmente humana e nas suas relações sociais, modernizou-se ao tempo dos valores da era, e avança para as mais distintas searas e obscuras do anonimato das ciências que ainda estão prestes a ser desvendadas. O ser humano ser deixou de ser, “ser”, e encontra-se caminhando para campo magnético da inteligência artificial.

Sobressai, para finalizar, esse capítulo, a associação de idéias e pensamentos, tudo na formalização e na constituição das instituições jurídicas, assim, conhecidas como família, e com o seu desenvolvimento social através dos tempos, com fundamentação pelos usos e costumes. Dessa constituição também se sentiu necessidade de realizar uma observação das teorias epistemológicas, com a fiel observância do racionalismo e do empirismo, e, por fim, o existencialismo.

Para atingir o desiderato da presente dissertação, faz-se necessária uma reflexão sobre a gênese das relações comerciais como fonte primária da sociedade. Tal retomada acompanhará as mudanças nas relações comerciais, desde sua origem, justificando o modo como hoje isso se dá no cotidiano.

CAPÍTULO II - As fontes das relações comerciais na formação estatal

2.1. A política do *Potlatch* e do Escambo

Se a célula familiar já apresentava o princípio do sistema retributivo das obrigações vinculativas, com a formação e incorporações das mais distintas culturas e os modos de viver; a retribuição fez nascerem as funções de credor e devedor.

Aqui, a polêmica gira em torno do sentido originário do direito, e o que facilitaria a resposta dessa questão é uma hipótese sobre a influência da religião doméstica, um apanágio social do aspecto de um sentimento religioso. Além do aspecto religioso, a contextualização humana transformada em ser "social" é uma das possibilidades de gênese.

A produção, que até então atendia exclusivamente às necessidades da comunidade, passou a ser oferecida para outras distintas sociedades, em caso de sobra; disso, surgem, as especiarias, isto é, o primeiro produto excedente, que foi o marco inicial de toda a atividade de comércio, passando a ser, ele mesmo a moeda de troca.

As relações de troca, atividades de compra e venda, exclusivamente entre mercadorias, ficaram conhecidas como "escambo". Foi nesse momento que o homem deixou de ser primitivo, passou a se tornar independente, e se, antes, e tava subordinado aos fenômenos naturais - pois dependia destes para a sua sobrevivência -, agora não mais.

Nesse contexto, o que mais valia era a relação comercial entre as mesmas tribos ou clãs, da mesma consangüinidade. De fato, o homem deixou de permanecer no seu reduto primitivo e passou a conquistar espaços, criando fronteiras e pondo por terra aquilo que o obstruísse, pois já dominava a arte da guerra e possuía os utensílios para o exercício do seu expansionismo.

Assim, parte-se do princípio que as relações interpessoais sobressaíram através das trocas de mercadorias, isto é, a partir do escambo, fruto da prática do dar e receber.

Observa-se que a política da retribuição estava na gênese da comunidade, fossem tribos ou clãs. Essa relação ficou conhecida como teoria da reciprocidade, desenvolvida por Marcel Mauss, a qual teve muita influência, pois foi precursora da

compreensão acerca das relações comerciais, nas quais, mesmo hoje, anda prevalece a reciprocidade na troca de mercadorias.

2.1.1. **O *Potlatch***

Potlatch é uma palavra usual, derivada da língua indígena, e designa uma compensação de dar e receber, sob as formas de presentear. A ação era de grande importância nas atividades sociais de cada clã e raramente se estendia para as outras tribos.

> (...) as pessoas presentes ao contrato são pessoas morais: clãs. Tribos, famílias, que se enfrentam e se opõem seja em grupos frente a frente num terreno, seja por intermédio de seus chefes, seja ainda dessas duas maneiras ao mesmo tempo. Ademais, o que eles trocam não são exclusivamente bens e riquezas, bens móveis e imóveis, coisas úteis economicamente. São, antes de tudo, amabilidades, banquetes, ritos, serviços militares, mulheres, crianças, danças, festas, feiras, dos quais o mercado é apenas um dos momentos, e nos quais a circulação de riquezas não é senão um dos termos de um contrato bem mais geral e bem mais permanente[73].

É preciso ter em vista que a reciprocidade está vinculada ao sistema político retributivo gentílico no próprio clã, o qual era praticado de dentro da célula mater da comunidade, na qual trocas oriundas de dar e receber eram postas como regras, uma norma, um costume, frente ao fenômeno do *Potlatch*. Podemos encarar o fenômeno do *Potlatch* como a atividade que antecede o “escambo”.

Para responder a esse questionamento, é fundamental entender que para esses dois fenômenos a finalidade era a mesma, a de realizar trocas de mercadorias, mas há uma particularidade que os diverge: a essência.

O *Potlatch* era considerado como um momento de dar e receber presentes, quaisquer que fossem os motivos para que formalizassem o objetivo das trocas.

Vivendo sob esse método de compensação, foi possível identificar os indígenas localizados no norte dos Estados Unidos e a Oeste de Canadá, lugares onde *Potlatch* é uma tradição que vem percorrendo várias gerações.

---

[73] MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia. O ensaio sobre a dádiva**. Cosac & Naify: São Paulo, 2002. p. 190.

Nesse sistema compensatório, há uma divisão e distribuição das fortunas, uma modalidade praticada pelo chefe da tribo, responsável por doar os seus bens. Tal tradição é repassada aos mais jovens como forma de conhecimento e prática, exercidos pelos antepassados, em uma linha de hereditariedade, ou seja, praticavam aqueles da linhagem hereditária dos chefes tribais.

O escambo, por sua vez, envolvia a aproximação física, o que proporcionou o surgimento de vilas e cidades, pois eram nesses locais que o comerciante estabelecia seu ponto para realizar as trocas.

Ademais, o fato de o chefe doar todos os seus bens para a sua comunidade era uma forma generosa, motivo de honra, respeito e prestigio, pois os presentes eram o fator que assegurava também a generosidade de quem os recebe.

Nesse momento, havia um cerimonial para distribuir a fortuna, o que assegurava que os convidados ficassem cientes da dimensão do poder daquele chefe, o que fazia ser lembrado pelas suas atitudes.

O convite, todavia, era feito apenas para os clãs da mesma consangüinidade, ou seja, do mesmo totem, de modo que era muito raro que os clãs de totens distintos fossem convidados para participar do cerimonial de compensação.

O momento da distribuição, que era uma forma de costume, incluía um banquete que antecedia o ritual de a entrega dos presentes para os convidados. A dádiva variava conforme a posição que se ocupava no clã convidado. Durante dessa cerimônia, quanto mais o chefe da tribo concedia presentes, mais adquiria prestigio com os demais.

Essa era a forma mais pura de compensação, e o cerimonial não se restringiam apenas ao momento em que o chefe assumia o controle da tribo; em outras ocasiões, o *Potlatch* também se fazia presente, tais como casamentos, nascimentos, aniversários e até mesmo quando um ente familiar falecia.

Vale mencionar que o *Potlatch* não estava apenas vinculado ao fato de oferecer e receber presentes, ou doações de forma recíproca, pois o sistema da reciprocidade estava na essencialidade da voluntariedade que se estabelecia entre os membros de um grupo.

Nessa vinculação/obrigatória, poderiam ocorrer sérios transtornos em virtude do inadimplemento, isto é, não honrando com as regras dos usos e costumes de sua tribo, a ponto de ocorrer um sério desequilíbrio social e ser declarada, assim, uma guerra.

Isso porque há magnitude na essência das regras costumeiras, e há rivalidade, com penalização severíssima, pois a prioridade está nas honras e nos prestígios, elementos de base do sistema de prestações recíprocas.

A regra que conduz o *Potlatch* está na própria condição genética do homem, pois, conforme relata Mauss, "Abster-se de dar, como abster-se de receber, é perder dignidade – como abster-se de retribuir"[74], por isso, não ter respeito com o princípio da reciprocidade faria o chefe da tribo perder prestígio ou até mesmo eclodir desafetos, haja vista que a retribuição é um pacto que se celebra.

No primeiro capítulo, discutiu-se como o homem é visto como ser vingativo e de que forma a palavra era a essência que estabelece a confiança, usada pelo chefe sacerdotal como elemento intermediário para as boas relações, constituindo um relacionamento de confiança com o seu povo, sua família e de todo o seu grupo:

> Um chefe deve dar *Potlatch* só conserva a autoridade sobre sua tribo e sua aldeia, e até mesmo sobre sua família, mantendo apenas sua posição entre os chefes – nacional e internacionalmente – se provar que é tomado e favorecido pelos espíritos e pela fortuna, que é possuído por ela e que a possui, sendo a única forma de provar esta fortuna gastando-a, distribuindo-a.[75].

Mesmo que a sistemática da política do *Potlatch* possuísse uma aparência de rivalidade, ela era bem mais social do que é possível perceber.

O enfrentamento entre os clãs, todavia, era algo totalmente normal, havia a demonstração de poder, além do método de dar e receber. A destruição das fortunas dos chefes rivais era, inclusive, uma forma viral e a submissão do seu povo aos seus critérios territoriais de poder era uma demarcação territorial.

Tal desavença poderia ocorrer, especialmente quando proporcionada pelo simples fato de não receber uma doação, não como forma generosa, mas como forma coercitiva, dado que, uma vez não aceita a dádiva, o conflito era inevitável.

---

[74] MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. São Paulo: EPU, 1974. p. 111.
[75] MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. São Paulo: EPU, 1974. pp. 104-105.

O que estabelecia esse desconfortante conflito entre determinadas tribos era o ato de não receber uma doação, um presente, uma oferenda; a relação de dar e receber faz com que gere um contrato recíproco, uma relação de obrigatoriedade, dado que a honra estava estabelecida na doação e na aceitação como um princípio da dignidade e de respeito

Ademais, nesse processo, havia uma clara demonstração de hierarquia, porque a retribuição da oferenda era sempre equivalente ao que havia sido doado, fato capaz de desvelar uma superioridade hierárquica e deixar o conflito eminente.

A fenomenologia do *Potlatch* induz que as tribos ou clãs, verdadeiras instituições jurídicas, uma vez realizadas essa troca de oferendas, tenham, ao mesmo tempo, celebrado uma aliança, um vínculo jurídico, promovendo assim a obrigação de realizar as trocas entre si, baseado na comunhão e na cordialidade.

Paira certa rivalidade sobre as sociedades primevas, pois a riqueza ofertada é uma demonstração de austeridade, um símbolo de poder, porque nesse fenômeno pela luta das riquezas em dar e receber, o objetivo não é a morte do rival, mas o extermínio das suas propriedades.

Portanto, abe-se que a honra em dar e receber está na essencialidade do *Potlatch*, quando não se honra a retribuição das obrigações assumidas, proporcionando, assim, um rompimento da aliança e gerando o conflito.

2.1.2. **Conflitos na desonra de uma obrigação do *Potlatch***

Para esse conflito, basta apenas que uma das vertentes não seja cumprida conforme a essencialidade do *Potlatch*; desses descumprimentos, estão relacionados no “dar, receber e retribuir” e, para esses clãs, a prática desses rituais, trata-se de honra, isto é, de dignificar a sua condição: o respeito entre as demais tribos é se realiza com esse pacto.

Diante desse inadimplemento, ou seja, do rompimento ético do *Potlatch*, a reação da renúncia de uma das três virtudes advém da quebra de confiança na aliança retributiva, motivo pelo qual enseja vingança. Para isso ocorrer, basta que se rejeite a oferenda, o que deixa nítido que a vingança está geneticamente no homem.

Recusar a dar e, portanto, não retribuir de forma digna -demonstrando uma hospitalidade -, ou ainda abster-se de receber, são ações que possuem uma equivalência de grave ameaça ofensiva, representa a quebra de uma convenção, vindo a revogar um contrato pautado na soberania e na confiança de uma aliança.

A quebra de um contrato realizado através da política do *Potlatch* ainda é alvo eficaz no desequilíbrio social das famílias (clãs), proporcionando, sem muito embaraço, a declaração de uma guerra, em virtude de um breve e sumaríssimo costume. Convém mencionar que as guerras são sinônimas de relações harmoniosas não honradas, pois o comportamento vingativo é uma forma de honrar o pacto desfeito.

As famílias agrupadas a um Totem representavam a força e a expansão política de um povo, a honra e a reputação estavam centradas no fortalecimento e o seu desenvolvimento em um grupo, com os mesmos objetivos e regras. Dessa forma, a norma era imperativa.

O que fortalecia o sistema totêmico, de fato eraa trocas de presentes, uma tradição que se mantém ainda nos dias atuais; é possível vislumbrar, por exemplo, o mesmo fenômeno no homem contemporâneo, o qual enxerga a si próprio nas oferendas dos presentes.

Nesse sentido, o escambo é filho primogênito da sistemática do *Potlatch*, logo, se o fato de conceder e receber as oferendas eram considerados como uma troca de bens; isto é, o *Potlatch* estava vinculado apenas às oferendas praticadas nas relações entre os mesmos clãs, o Escambo foi, por sua vez, o método de exteriorizar para outros povos.

Assim, foi a transposição da sociedade primitiva para a sociedade civil que origina o sistema *Commow Law* do *Potlatch*, que, aos poucos, foi caindo em desuso e perdendo seu espaço e a sua eficácia.

Urge ressaltar, ainda, que o *Potlatch* induziu o renascimento e fortalecimento e a aproximação das mais diversas camadas sociais e etnias antropológicas, e esse sistema possuía um valor inestimável, especialmente no período em que o homem aceitou a sua condição na relação de consumo e passou a recepcionar as regras e os costumes dos estrangeiros, proporcionando o nascimento das relações internacionais.

Dessa forma, é no seio familiar que efetivamente o direito se postou como uma regra de conduta e de comportamento social, tendo a gênese na ação humana.

Nesse sentido, as gêneses das relações comerciais, das trocas, oportunizaram o surgimento dos contratos não escritos, ocorrendo apenas entre as tribos, assim:

> Este sistema de trocas de que o *Potlatch* é a manifestação mais evidente, é a forma arcaica de troca (...) e marca uma fase de transição entre o sistema mais primitivo da prestação total de clã, a clã ou de família a família e o contrato individual, a troca mercantil. Trata-se de formas intermediárias ente a troca por complementariedade, tal como se observa nas tribos australianas, e a economia moderna[76].

É nesse condão que se abre um grande e importante espaço que ocorre entre o sistema retributivo, no qual domínio e o poder estão intrinsecamente relacionados entre si, na compra e venda devedor e credor. Nesse momento, fato e costume se interligam, através de uma ação, resultado disso é a aproximação dos povos e a própria sociedade, a qual passa a ganhar novos contornos.

Em momento posterior, com o excedente e a falta de recursos, o homem passou a estender esse tipo de comercialização a outras tribos, o que foi um avanço para as relações sociais.

Assim, o comércio “nu” foi a fonte primitiva que atualmente conhecemos como atividades empresariais, mas mesmo nesse comércio não havia o contato direto entre si, ou seja, as relações entre famílias da mesma tribo era algo sólido e fortificado em virtude de seus usos e costumes, personificando, nesse sentido, o Totem:

> O totem do clã é reverenciado por uma corporação de homens e mulheres que se chamam a si próprios pelo nome do totem, acreditam possuírem um só sangue, descendentes que são de um ancestral comum, e estão ligados por obrigações mútuas e comuns e por uma fé comum no totem[77].

[76] MAUSS, Marcel. **Antropologia**. Organizador da coletânea Roberto Cardoso de Oliveira. Trad. Regina Lúcia Moraes Morel, Denise Maldi Meirelles e Ivone Toscano. São Paulo: Ática, 1979. p. 31.
[77] FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago. 1999. p. 109.

O *Potlatch* era uma dádiva, envolta no espírito de nobreza e honradez, na qual não apenas se doavam mercadorias e objetos, mas prevalecia o respeito e a honra.

A confraria dessas pessoas era algo blindado, e o respeito ao totem era considerado como algo sagrado, assim, os laços sanguíneos possuíam um extremismo, as crenças e a reciprocidade das obrigações mútuas era algo comum, assim como as atividades de mercancia, pois a política do *Potlatch* é oriunda da própria percepção sensorial que existia dentro da tribo.

Com a ascensão e as experiências de sobrevivência dos povos e tribos, bem como as abundantes riquezas extraídas da natureza - que lhe proporcionavam certo enriquecimento através dos excedentes dos produtos - despertou-se a ambição, em diferentes povos, por riqueza. Nascia, assim, o escambo.

2.1.3. **O Escambo**

O Escambo é o primogênito do *Potlatch*, nele, é possível observar o desenvolvimento da reciprocidade gentílica no interior das tribos, preferencialmente da mesma consangüinidade; sendo assim, o *Potlatch* é um comércio fechado, estrito e que cabiam apenas pessoas do mesmo Totem, um sistema em que a boa-fé estava matrimonialmente relacionada aos usos e costumes transmitidos de gerações a gerações através dos antepassados.

O próprio expansionismo geográfico e a necessidade de comercializar o excedente de produtos devem se aproximar das inúmeras respostas, aliado evidentemente a outros fatores que vieram a contribuir para que o escambo se tornasse um sistema comercial.

Isso não significa que o escambo seja a mesma estrutura do *Potlatch*, a diferença é grande, pois enquanto que o segundo está relacionado às atividades voltadas às coletividades, que se mantêm as obrigações voltadas na política da reciprocidade no interior das comunidades familiares, ressalta-se que os que os indivíduos que praticavam o *Potlatch* se obrigavam mutuamente, a vontade, e a boa-fé era algo espiritual, uma característica que envolvia nessas comunidades, bem distinta à política do escambo.

O escambo, como foi visto já se disciplina de forma diferente, pois há uma separação entre a boa-fé espiritual com as mercadorias excedentes a serem trocados como ocorre no *Potlatch*; o escambo tinha uma única finalidade que era de trocar mercadorias, e nada mais, não havia uma relação de boa fé e muito menos espiritual, mas exclusivamente dar e receber e retribuir na mesma proporção.

As relações comerciais, de certa forma, proporcionaram a aproximação das pessoas, mas não com a objetividade de ser estreitar laços de amizades e de ter um convívio familiar, por assim entender, mas exclusivamente na satisfação comercial, pois havia um interesse em comum.

O homem não tinha, no momento, o costume de se relacionar, harmoniosamente. Se observarmos cuidadosamente, mesmo na atualidade, busca-se uma atividade comercial por necessidade.

Isso porque o ser humano age conforme as regras sociais e morais do grupo em que vive e a que ele está sujeito. Nesse sentido, o comércio é a troca de riquezas entre os grupos, uma a relação comercial exercida na coletividade a que esse indivíduo pertence:

> Nas economias e nos direitos que precederam os nossos, nunca constatam, por assim dizer, simples trocas de bens, de riquezas e de produtos num mercado estabelecido entre os indivíduos. Em primeiro lugar, não são indivíduos, são coletividades que se obrigam mutuamente, trocam e contratam; as pessoas presentes ao contrato são pessoas morais: clã, tribos, famílias, que se enfrentam e se opõem seja em grupos frente a frente num terreno, seja por intermédio de seus chefes, seja ainda dessas duas maneiras ao mesmo tempo[78].

O homem individualmente não realizava o contrato direto com outrem, pois a mentalidade humana não estava apta para essa aproximação, em virtude da sua insegurança que tinha. Por isso mesmo que o homem vivia em grupos familiares, tribos e clãs, era uma questão de segurança; o sistema corporativo estava no subconsciente de cada um, e todo o grupo estava na manutenção da tribo.

Pactos e acordos internacionais, atualmente, respaldam essas mesmas são ações positivas para a sociabilidade, entre as nações, indistintamente da raça. Na época, não havia uma codificação especifica que disciplinasse um determinado

[78] MAUSS, Marcel. [1872-1950]: **Sociologia e antropologia**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003. p.190.

comportamento, pois os primitivos códigos elaborados não faziam menções a qual tipo de relacionamento estabelecer e isto decorriam da influência dos usos e costumes.

De fato, o indivíduo, no período das sociedades primevas não se esquivou da influência dos costumes, sendo uma delas a de comercializar. A relação de troca, mais conhecida como política do “escambo” foi o que influenciou a aproximação e a formação de clãs e tribos, e de fato, há de se conciliar que a atividade comercial, foi à máxima, para assim, aproximar os povos, de forma puramente comercial.

Essas trocas tiveram uma importância extrema para a organização das sociedades e a estruturação de regras, para tanto, observamos o aparecimento dos fenômenos jurídicos pela prática ao ajustamento das relações comerciais.

O sentimento recíproco, para a satisfação de um direito ou um dever, não está apenas na modalidade das trocas comerciais, que às vezes se confundiam com as regras religiosas, e tantas outras regras em que o homem estava se submetendo.

Ademais, estar a crivo dessa submissão fez surgir os personagens denominadas de credor e devedor. Nesse sentido, temos uma vinculação jurídica da *obligatio,* cuja ascensão se deu no espírito das leis romanas.

A *obligatio* fez nascer um contrato entre o credor e o devedor, e ambos se submetiam a um acordo, e que, muitas vezes, aos olhos do Direito contemporâneo, vai além da civilidade que se podia imaginar no subconsciente jurídico; a *obligatio* apenas incorporou as regras e os costumes dos povos em ascensão.

Em virtude dessa ascensão romana e do expansionismo comercial e populacional, bem como a grande influência dos pelos usos e costumes, o sincretismo normativo passou a ter uma maior eficácia.

O método *obligatio* está relacionado à constituição de um dever a ser cumprido, isto é, definia uma obrigação na qual se encontravam os principais personagens desta relação obrigacional, credor e o devedor. O dever da obediência não está apenas nas relações comerciais como está sendo apresentado, mas a obrigação é constituída em todas as ciências sociais.

Observa-se que a prática do *Potlatch* proporcionou o impulso do surgimento do escambo e ambos foram fatores essenciais para o exercício livre de um direito.

A ação e a razoabilidade humana estavam condicionadas a esse exercício. É evidente que o Direito é a fonte de ferramenta para a existência do homem, o homem é o Direito, a imposição de regras impositivas e coercitivas se consuma no Direito.

2.2. **A *Obligatio* na formalização das atividades obrigacionais**

De forma sumaríssima, fizemos um breve desenvolvimento de algumas características da gênese do comportamento do homem primitivo, nas atividades da reciprocidade da sua "gens[79]", ou comumente descrita como tribo e que se cristaliza por uma densa regra de costumes.

Havia os fenômenos - pela força da própria natureza em que se encontrava o homem -, que ocorriam através de suas magias e acontecimentos na vigência do seu perímetro de vida, e deles emergiam regras, por isso:

> Somente pensam em certos acontecimentos importantíssimos que chamam a sua atenção (vitorias obtidas sobre seus inimigos, derrotas sofridas, captura de algum elefante, grandes cataclismas atmosféricos, etc.), porém, estes vão um pouco a pouco apagados de sua mente que passa ao tempo[80].

A mentalidade do homem primitivo era o presente, o momento ditava as regras existentes que acompanhavam desde os antepassados e o alimentavam na sua vida cotidiana. Além disso, viver em grupo e para o grupo era um bom negócio para a sobrevivência.

A normatividade de comportamentos inerentes ao grupo gentílico, nos pequenos conjuntos de família, admite-se a vinculação dos usos e costumes de comum acordo em virtude da pluralidade familiar. Nesse sentido, Norberto Bobbio, descreve esse relacionamento de comum acordo entre seus partícipes:

---

[79] A gente, o povo. Cic. A nação, família, descendência, geração. *Ubinaumgentium*?: Cic. Em que paiz? Minime *gentium*: Ter. em nenhum paiz. *Sinegente*: Hor. Vil, sem nobreza. *Genshumida*: Virg. Os peixes. *Gens* Odorifera: Ovid. Os Arabes. Furva: Juv. Os mouros, os Ethiopes. Togata: Virg. Os Romanos. Novo Dicionário Latino-Portuguez, p. 312.

[80] Sólo piensam em ciertos acontecimientos importantisimos que han llamado su atención (victorias obtenidas sobre sus enemigos, derrotas sufridas, captura de algún elefante, grandes cataclismos atmosféricos, etc.), pero aun estós van poço a poço borrándose de su mente a medida que pasa el tiempo. D'AGUANNO, **Genesys y evolución Del Derecho**. Trad. Pedro Dorado. Buenos Aires: Impulso, 1943. p. 89-90.

> A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí, se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil[81].

O sentimento jurídico de cada grupo familiar era uma característica de pluralidade de regras, o que favoreceu o surgimento das regras sociais, nas quais todos celebravam o bem social.

Essas novas condutas jurídicas ocorriam antes do surgimento do Estado, como um detentor de poderes legislativos, sob a ótica de imposição das regras, agora na condição de administrar os grupos familiares.

Nesse momento, o Direito já era um fenômeno emergente, materializado pelas condutas sobre as relações interpessoais em virtude da pluralidade dos grupos, os quais são, hodiernamente, visíveis como reflexos da ciência que proporcionou o comportamento do homem, da vida em comum em sociedade:

> Enfim, a antropologia jurídica pode ser nos ser útil para descobrir melhor o nosso direito, embaixo da casca dos códigos e ensinar-nos a não ter medo das evoluções que se iniciam diante de nossos olhos. Um direito mais maleável, punições flexíveis, transações ou mediações em vez de julgamentos, regras que mais formam modelos do que enunciam ordens: tudo isso nos inquietará menos quando soubermos que há muito tempo os alhures, alguns homens, a quem chamamos de primitivos, já recorreram a esses procedimentos, ou os empregam ainda[82].

As regras adotadas pelo costume dos antepassados, em conjugação com os fatos e resultados práticos da evolução e da independência do homem - que até na era primitiva, era submisso as leis da natureza e de todas as formas de vida - hoje ensejam as normas.

Enfim, o Estado Romano, que era considerado como uma sociedade evoluída e disciplinadora para a vida em sociedade, incorporou várias legislações dos povos em virtude de sua política de expansionismo – absorvendo regras

---

[81] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 27.

[82] ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 405.

jurídicas dos povos conquistados, que passavam a ser território romano, -para as suas regras normativas.

O Direito Romano absorveu, dessa forma, as novidades das descobertas nas ciências jurídicas dos povos do oriente, em virtude do mecanismo de expansão Romano nos povos orientais. Isso pode ser visto na obra de Giordani, o qual afirma que "não há dúvida de que a expansão romana para o Oriente pôs os conquistadores em contato com povos cuja civilização possuía raízes milenares e entre as quais estavam vigentes diversos sistemas jurídicos"[83].Fica evidente que a descoberta proporcionou a o fortalecimento das novas regras jurídicas.

É nesse sentido que se consuma e faz prova que civilização Romana possuía uma caracterização de uma civilização avançada na ciência jurídica, disciplinando o comportamento de seu povo, incorporando, para si, tais sistemas jurídicos alheios.

Com essa absorção das regras exteriores, bem como a sua compatibilidade na sociedade na época, houve discussões que tangiam a aplicação das legislações ao fato, pois, sabe-se que, mesmo antes da organização romana, como uma sociedade civilizada, aos olhos da época, a religião, a crença e a magia, tiveram um papel importante para a ordem e dos bons costumes.

O Direito Romano recepcionou tais normas, as quais tinham uma vinculação jurídica dos povos (retribuição), houve, então, um momento da ponderação na aplicação das normas, pois o desequilíbrio emergia, não só apenas no aspecto legal, mas na forma administrativa e na organização do Estado. Não se pode perder de vista a incorporação de outros povos, o que inclui incorporar, também, a cultura destes. A eclosão entre as culturas religiosas e jurídicas não era apenas típica da sociedade romana, mas de toda a sociedade. Vejamos Chamouns:

> A confusão entre direito e religião não é própria do direito romano antigo, mas de toda civilização jurídica incipiente. Na Roma antiga é difícil diferenciar o campo de ação das normas jurídicas e das normas religiosas. As normas religiosas eram o fas, as normas jurídicas o *ius*. As mais antigas normas jurídicas, os *mores maiorum*, devem ter sido a inspiração religiosa[84].

[83] GIORDANI, Mario Curtis. **Iniciação ao Direito Romano**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. pp 7-8.
[84] CHAMOUNS, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Forense, 1950. p. 26.

Para o Direito, eram sim, de fato, os costumes do povo, pois tanto o *ius* quanto o *fas* não tinham o condão eficaz para a empregabilidade e a eficaz de uma norma jurídica.

O avanço didático e acadêmico do Direito se deve ao fato de que, pelos princípios que norteavam os primitivos no comportamento e no fortalecimento de sua "gens", o costume foi contundente, influenciando as regras adotadas pelo seu povo.

Por isso, já na era Romana, com a influência desses comportamentos delineados as normas jurídicas religiosas, bem como aos direitos propriamente pré-estabelecidos pelo governo romano, houve uma característica de colisão. A prática costumeira dos povos fortaleceu o "fas", posto que, para o homem primitivo, a crença, a religião e o costume era um corpo dogmático para estabelecer as regras.

Nesse sentido, o costume religioso da sociedade primitiva, tida como regra normativa, antecedeu o direito romano, observa-se Vogel:

> Os elementos disponíveis para o desenvolvimento do direito são os mesmos que em período anterior. O direito deriva principalmente das fontes parte de fontes: por uma parte pela Lex, ou seja, o direito escrito, e a outra pelo costume, o direito consuetudinário são chamados de *mores maiorum*[85].

As legislações em ascensão pretendiam proporcionar o equilíbrio social, assim, uma parte já se utilizava delas como fonte de relacionamento, enquanto a outra usufruía dos usos e costumes - prática que estava no próprio sentimento de viver do homem.

As leis escritas foram, aos poucos, ocupando o seu verdadeiro espaço com suas finalidades fim, proporcionando segurança nas relações interpessoais; os usos e os costumes, dessa forma, foram gradativamente perdendo o seu espaço, em virtude de um direito escrito.

Ainda nesse sentido, Cruz-Pinto se manifesta, quando o assunto tratado são os *mores*, pois este instituto que preenchia as lacunas na ausência da *ius* ingressava assim nessa polaridade os jurisconsultos religiosos:

---

[85] Los elementos de que dispone para el desenvolvimiento del derecho son los mismos que em período precedente. El derecho deriva fundamentalmente de los fuentes: por uma parte la "*Lex*" o sea el *derecho escrito*, y por outra lo costumbre, *el derecho consuetudinário*, lãs llamadas "*mores maiorum.* VOGEL, Carlos Alfredo. **História Del Derecho Romano**. 5. ed. Buenos Aires: Perrot, 1993. p. 31.

> De início, os mores constituíam um acervo de regras de matriz religiosa consensualmente aceites que integravam um patrimônio de valores e crenças dos romanos que era conservado, com adaptações mínimas, pela força da tradição. Na ausência de leis aplicadas por órgãos legitimados para o fazer eram os sacerdotes pontífices os guardiões do status quo vigente[86]

Pelo que se observa a formalização dogmática do Direito Romano Primitivo foi berço das regras legislativas atuais, nesse sentido, "o velho *ius civile* repousa em preceitos de moralidade, de uma moralidade feita tradição. Os mores ou mores *maiorum* dão vida ao primitivo ordenamento, que a *interpretatio* jurisprudencial desenvolve e adapta às novas exigências[87]". Portanto, a tradição é uma condição moral aceita que se adaptou conforme as várias culturas.

Nesse diapasão, existem lacunas preordenadas pelo Direito Abstrato "in concreto" e que, na sua ausência, faziam com que o costume prevalecesse, resgatando valores antigos e aceitos na forma legal. Wolkmer afirma que "o direito que provém dos deuses, o direito confundido com os costumes e, finalmente, o direito identificado como lei[88]", ou seja, a fusão da pluralidade das culturas costumeiras com a religião se redunda nas primeiras regras morais da civilização.

2.3. **Da *Obligatio* aos reflexos na penalização da política do *bando***

Para a sociedade gentílica prevalecia a política retributiva, melhor dizendo, a participação era recíproca para o comportamento humano na sua *gens*, e o comportamento e a responsabilidade possuíam uma eficácia contundente, codificada pelas crenças e pela magia - pressuposto de uma relação obrigacional matriz.

Ademais, a retribuição era também, um sinônimo de justiça, uma ótica de penalidade, uma punição. Nessa relação matriz da obrigatoriedade, na qual estava

[86] CRUZ PINTO, Eduardo Vera. **Curso de Direito Romano**. Lisboa: Principia, 2010. p. 370.
[87] IGLESIAS, Juan. **Direito Romano**. Trad. Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: R. dos Tribunais, p. 91.
[88] WOLKMER, Antonio Carlos. **O Direito nas sociedades primitivas**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 4.

presente o vínculo jurídico entre o autor e a vítima, o direito era exercido nas relações privadas.

O que se questiona é quem detinha a legitimidade e o poder de aplicar tão voraz a pena. Tal questão é posta pelo sistema jurídico, atualmente, a salvo, e se presta a contraprestação jurisdicional, através da ação jurídica puramente humana.

A sociedade primitiva era disciplinada pela política da reciprocidade, em virtude do caráter retributivo. Sabe-se muito bem que o homem era um ser que ainda estava sob a égide da espiritualização, magia e crenças e principalmente dos fenômenos naturais.

O homem, nessa ocasião, participava intensamente em grupo, o “eu”, peça fundamental do individualismo, estava distante de ser concebido.

A penalização era a máxima, o espírito vingativo assolava os seus mais íntimos ânimos, regrado por um comportamento brutal, e quem aplicava as severas leis era sempre a pessoa mais idosa, um ancião, que detinha o tirocínio adquirido durante a longa jornada de vida, a experiência associada a idade avançada, eram os requisitos essenciais para o equilíbrio “social” das sociedades primevas.

É sabido que de toda reação emerge uma reação, ou todo ato insurge decorrente de um fato, sendo assim, toda norma possui como premissa o fato de que toda lei é resultado de um aspecto valorativo concernente aos fatos.

Ademais, é pelos fatos que se aproxima essa política do Bando, no que se refere a sua aplicabilidade para o comportamento social. Isso porque o homem por si só possuía as características do *homo sapiens*, e, a sua sociabilidade estava enraizada da retribuição e na manutenção, isto é numa economia coletiva de sua sociedade ou grupo. Este eran um vínculo obrigacional pela cultura dos usos e costumes.

Atualmente, quando se expressa a obrigação, imediatamente reportamos ao caderno de Direito Civil que trata as obrigações. Todavia, a gênese ou o seu nascituro estavam declaradamente insculpidos, através do débito e do crédito. Hoje em dia, além do Direito Civil atual tem as relações comerciais que dão origem ao Direito Empresarial.

Retomamos ao foco principal da investigação: sabe-se que a natureza do débito e crédito possui uma transposição das relações da *obligatio*, isto posto, já era

comum para o homem primitivo se relacionar comercialmente com outras personalidades da mesma sociedade, bem como de outros grupos heterônomos.

Em suma, a *obligatio* é o exercício de um débito e de um crédito, os atos de trocas e nos escambos, condutas típicas de mercancia na época, pois o papel moeda ainda não havia sido criado.

O débito é anterior ao fenômeno da *obligatio*, por esse motivo, que, quem se encontrava na condição de devedor, não sofria nenhuma penalização apenas por sê-lo.

Por sua vez, o débito não é coercitivo, o devedor é livre para honrar ou não o seu débito, mas sabe-se que as conseqüências seriam pesadas em caso do inadimplemento de uma obrigação.

Uma vez não cumprido acordo conforme a convenção particular entre credor e devedor, a partir desse momento, nasce a *obligatio*, pois se trata de um mecanismo coercitivo imputando uma responsabilidade, nesse sentido:

> [...] a obligatio só posteriormente, caso o devedor não realize a prestação devida, são substancialmente diferentes: o debitum é um elemento não coativo (o devedor é livre para realizar, ou não, a prestação); a obligatio é um elemento coativo (se o devedor não realiza a prestação, surge para ele a responsabilidade decorrente do inadimplemento[89].

Em datas passadas, a *obligatio* possuía uma relação de coerção pautada pela organização social, em ascensão, principalmente em Roma, o que mudou cumprimento para obrigação, o que ocorria era uma relação entre essas duas famílias, tribos ou clãs, ou seja, um conceito bilateral de contrato.

Vale ressaltar que o termo família, advém do latim, "*familiae*", heranças estabelecidas no Direito Romano, pois, desde a sua gênese, destacam-se a importância dos usos e costumes, as quais assim denominadas nesta tese de verdadeiras instituições jurídicas.

A família é a fiel depositária de valores sociais e de responsabilidade quando o tema são os valores sociais, como se fosse uma escola que forçasse o caráter do cidadão. Para entender essa condição, podemos recorrer a Santo Agostinho, para quem

[89] MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 13.

> a família humana constitui o início e o elemento essencial da sociedade. Qualquer início tende para um fim da mesma natureza, e qualquer elemento tende para a perfeição do conjunto de que esse elemento é parte[90].

A pessoa é ardilosamente preparada para a evolução dessas instituições jurídicas familiares, o "*pater*", como o centro neural dessas instituições, possuía a força da palavra ao honrar seus compromissos e as responsabilidades perante o seu grupo familiar, pois vale a máxima latina "*bonus pater familiae*[91]".

Nesse momento observa-se o desenvolvimento político do débito (credor/devedor), a ascensão cultural romanística, a incorporação de valores dos usos e costumes, com base nas fontes sociais organizadas politicamente, economicamente e militar e ainda o fortalecimento da compensação pecuniária.

Já com a chegada da política monetária e o aumento do valor monetário, a compensação foi um bom negócio, adotaram-se outras formas de compensar um débito, ao invés de liquidar diretamente sobre o corpo da pessoa:

> Forma diferente da de hoje tem a relação entre prestação natural e prestação em dinheiro. Já vimos que em Roma, em todo o âmbito do processo formulário, rege o princípio da *condenatio* pecuniária, segundo qual toda a condenação na prestação tem de ser expressa numa certa quantia em dinheiro.

A condenação ficou vinculada ao valor monetário, para cada conduta era arbitrado um valor, mas nem sempre foi assim, os fenômenos que antecedem as cifras possuíam um aspecto mais rigoroso.

> Este preceito explicar-se-á historicamente por a prestação, originariamente, ser desvinculação da responsabilidade, querendo preservar o devedor dos rigores da execução pessoal. Pela fixação da quantia de desvinculação, quem satisfazer essa quantia pode libertar o responsável[92].

---

[90] SANTO AGOSTINHO. **A Cidade de Deus**. São Paulo: Ed. das Américas, 1964, Biblioteca da Cultura Cristã, Livro XIX, cap. XCI, p. 15.

[91] **Bonus pater familiae.** Bom pai de família. Homem cumpridor de seus deveres.. <http://www.centraljuridica.com/dicionario/g/2/l/b/dicionario_de_latim_forense/dicionario_de_latim_forense.html>. Acesso em: 19 jun. 2017

[92] KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e de Ferdinand Hämmerle. Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011.p. 209.

Por ser uma comunidade politicamente comercial, na qual o inadimplemento cai diretamente sobre a pessoa, a contraprestação pecuniária é a essencialidade para o fim do objeto da relação (credor/devedor), de onde derivam os primeiros caracteres do contrato com valor monetário.

Uma vez que o devedor se encontrava inadimplente, surge a *obligatio*.

A partir desse momento, o devedor possuía o conceito de *manceps*[93], e caso este não tivesse condição financeiras de saldar a obrigação uma dívida, surge ainda uma terceira pessoa na relação obrigacional, o *praes*[94], que assumirá a prestação pecuniária em virtude do inadimplemento do *manceps*.

Logo, o devedor *(manceps*), e o terceiro garantidor (fiador), *praes*, passam a se formar nessa relação contratual uma só pessoa. É nesse contexto que a penalização sobre o corpo da pessoa acaba caindo em desuso.

É evidente que a coletividade era exercida através da economia coletiva, da política da retribuição, na qual todos são partícipes da comunidade, dados os laços de sangue conferidos a todos que compõem o grupo.

Assim sendo, a participação de forma solidária tinha como característica o vínculo jurídico entre os grupos, uma regra, e uma vez rompido essa regra, desfaziam-se os laços de sangue. Disso conclui-se que a obrigação se faz através da palavra e pela honra.

Essa relação veio a influenciar e enriquecer o Direito Romano, pois, na era do direito não escrito, a palavra era tida como força de lei. Isso está retratado na obra de Wilson de Souza Campos Batalha, o qual afirma que "O contrato verbal mais comum era a *stipulatio*. Originariamente, a *sponsio* era restrita aos cidadãos romanos e era celebrada mediante as palavras sacramentais*: Spondes*?[95]", diante desta informação, a palavra era a fonte do direito, um costume vigente na época, o qual tinha força de lei e honra moral.

Não cumprindo a palavra, o homem era penalizado e uma das penalizações era a exclusão, ou seja, o indivíduo era banido. Dessa circunstância deriva o termo

---

[93] *m*. o arrecadador ou rendeiro, dos tributos. [Sic]. O comprador em almoeda. Plin. O que compra barato para vender caro, atravessador. [Sic]. O que toma obra de empreitada. Plaut. O que vende com garantia. Novo Dicionário. Latino-Portuguez, p. 441.

[94] m. o fiador em matérias de dinheiro ou de fazenda. *Praedes dare*: [Sic]. Dar fiança. *Vendere*: Vender os bens do fiador. Novo Dicionário. Latino-Portuguez, p. 598.

[95] BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense 1981, p. 627.

Bando, uma penalização necessária para restabelecer as regras, a exegese do *ius poenale*.

O que seria esse “banimento”? A exclusão da pessoa que inadimpliu, ou que não honrou a um compromisso em virtude do vínculo jurídico praticado no interior das células tribais. Giacoia Junior discorre sobre:

> O banimento corresponderia, então, a um desligamento subseqüente ao rompimento da obligatio, que vincula os membros de uma sociedade à obediência a seus usos e costumes; ele tem, portanto, o sentido de uma expulsão da comunidade, onde reinam a paz e a lei (Friedlosigkeith), expondo o infrator desprotegido à violência e ao arbítrio de forças naturais ou humanas[96].

A penalização, em virtude de um rompimento a uma regra jurídica, daquela sociedade, possuía uma natureza penal, pois não se admitia e não se aceitava a quebra de um comportamento adotado pelos usos e costumes.

Ou seja, o indivíduo que se comprometia ao bem estar para o desenvolvimento na estrutura de sua sociedade, impondo a sua palavra. Uma vez não honrando, as conseqüências eram graves, e, para reparar esse erro, desvinculava-se o indivíduo com o grupo, rompendo a sua obrigação com os demais.

Com a exclusão do grupo, o indivíduo fica às vontades do inimigo, pois aquele era banido, e a esfera protetora do grupo não mais o alcançava, a vingança era a execução penal, de modo que:

> O indivíduo banido da comunidade passa a ser odiado como um inimigo, tal castigo é uma reprodução do castigo dado ao inimigo. Esse fato denota a mentalidade primitiva no reconhecimento de suas leis e dos vínculos jurídicos que regem sua comunidade e ressalta ainda mais a importância do reconhecimento dos sentimentos de responsabilidade e obrigação[97].

Não muito distante, a história jurídica informa sobre a relação entre as pessoas como mecanismo de sobrevivência, de tal modo que as regras eram implícitas da realidade na época.

---

[96] GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **A autosupressão como catástrofe da consciência moral. Estudos Nietzsche**, Curitiba, 1, n. 1, p. 97, jan./jun. 2010.

[97] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147.

A vingança, um costume penal, era uma forma de executar uma penalização contra um infrator e foi aos poucos perdendo a sua força coercitiva na forma, dado o elemento subjetivo da ação do agente. É evidente que a própria história demonstra que a evolução do homem teve conseqüências, quer sejam positivas ou negativas.

A execução em virtude de um inadimplemento era a forma eficaz que o homem em ascensão tinha para reparar um dano; posteriormente foi substituída pela moeda, conforme afirma Arangio Ruiz: "era pasible originariamente de uma venganza sobre la persona, y solo posteriormente la venganza se evito com el pago de uma suma de dinero a título de composición[98]".

O que se questiona na natureza da *obligatio* era o direito obrigacional e a sua imposição punitiva, ou melhor, o débito e o crédito influenciaram as fontes existentes atualmente no Direito Penal e no Direito Civil, na atualidade.

Na época, esse direito das obrigações civis e a penalização de um ato ou um comportamento ilícito tinha uma conjunção inalterável quanto ao seu puro conceito, ambas se harmonizavam e se blindavam entre si.Não havia uma única distinção, até mesmo na sua aplicação, conforme a Lei de Talião, "olho por olho dente por dente", na qual se questiona qual a fundamentação da aplicação desta norma ao elemento subjetivo no resultado penal.

Ou, será que, de fato, deixou de cumprir um inadimplemento por força maior ou fatores estranhos na relação jurídica? Diante de tais questionamentos, e com a ascensão do homem na cultura jurídica foi se cristalizando uma estrutura crítica construtiva de valores na ciência.

Künkel disciplina sobre a unidade Civil e Criminal e a sua gênese da eficácia da Lei de Talião para os fatos e valores em que a sociedade da época ora estava sofrendo com a política do expansionismo e a imposição das regras coercitivas era necessária para a manutenção da ordem moral:

> As XII tábuas continham prescrições sobre o curso e o procedimento judicial, inclusive a execução e sobre as matérias jurídicas que hoje em dia consideramos taxativamente incrédulas no Direito Privado e

[98] ARANGIO RUIZ, Vincenzo, **Instituciones de Derecho Romano**.Trad. José M Cananés Ferbo. Buenos Aires: Depalma,1973. p. 319.

> no Direito Penal, respectivamente, enquanto que o legislador antigo as via como uma unidade[99].

A lei de Talião é lembrada, até nos dias atuais, em virtude de seu valor moral e jurídico e questionado em alguns segmentos da sociedade pela sua aplicabilidade. Na verdade, o que se observa são alguns pontos sociais praticando a Lei de Talião, ou seja, no mesmo resultado, há um fato civil e penal, e a pena é una para esses casos esparsos sociais.

Na época da sua latência, era uma norma eficaz para o equilíbrio social dos atos praticados pelo homem da época, bem distinto dos dias atuais, tanto em Direito Privado como Direito Penal. A Lei de Talião teve seu papel fundamental, e foi forjada nos moldes dos atos de vingança, de reciprocidade, decorrente dos usos e costume entre os indivíduos.

Assim, a fundamentação na aplicação da referida lei, e sob a ótica nos dias atuais, não permitia questionar, pois simplesmente aplicava a lei aos atos que contrariava a moral civil e penal.

2.4. **Dívidas e contratos, um sinônimo obrigacional**

A sinonímia das relações contratuais, em tempos atuais, não é muito receptiva, pois, na forma de conteúdo legal, ambas têm características com os mesmos efeitos na aplicação do direito material.

O contrato impulsiona e faz lei entre as partes, e o seu inadimplemento traz deveres, obrigações e conseqüências de comum acordo e de vontade entre as partes, de natureza contratual, uma relação de boa-fé.

Para sobrevivência, o homem mantinha a sua forma de viver exclusivamente em grupo, em clã ou, em termos atuais, família; pois esta forma era uma necessidade, por causa da segurança.

---

[99] Las XII tablas conteníam prescripciones sobre el curso del procedimiento judicial, inclusive la ejecución y sobre matérias jurídicas que hoy dia separamos tajantemente incluyéndo las em el Derecho Privado y em el Derecho penal, respectivamente, mientras que el legislador antiguo las veía aún como uma unidad. KUNKEL, Wolfang. **História Del Derecho Romano**. Trad. Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1970. p. 33.

O homem observava e era testemunha das vantagens de se viver em grupo, o que gerava reciprocidade, e, por conseguinte, uma regra, uma norma, na qual a solidariedade com os demais e com o grupo onde vivia era uma relação contratual abstrata. Vejamos:

> Enquanto se vive numa comunidade, desfruta-se de suas vantagens vive-se protegido em paz. De maneira inicial, no entanto, se um indivíduo quebra essa estabilidade, quebra o contrato com o todo, sendo considerado um criminoso, devendo pagar ao seu credor e ser afastado da comunidade, parte para um estado de fora da lei, pois está fora da comunidade[100].

Logo, as obrigações contratuais possuíam um significado realista e voltado ao comportamento abstrato de vinculação jurídica com o seu grupo, pois o indivíduo recebia a segurança e o conforto de viver em grupo como forma de uma vinculação jurídica, um costume.

O indivíduo, assim, pactuava com os demais em relação ao tratamento recebido, gerando um contrato de costume com reflexos de créditos e dívidas para a sua harmonia e para o seu próprio povo.

Na linguagem contemporânea, existe, de fato e de direito, uma relação entre credor e devedor, todavia, naquela época, havia a figura que era revestida de forma da reciprocidade de sobrevivência retributiva e impulsionava um comportamento, uma regra, uma norma não escrita, um costume.

Como é possível perceber, a relação obrigacional se faz presente na necessidade de fazer retribuir a uma obrigação, é a forma essencial para garantir o grupo, ou, em termos técnicos jurídicos, estamos diante de uma vinculação jurídica, instituída pelo Direito Escrito, como a *Obligatio*[101].

É nessa política conceituada como *obligatio* que todo o comportamento epistemológico do homem, acreditamos que, além do cerne das dívidas e contratos, deparamo-nos com a gênese do Direito das Obrigações, insculpida atualmente na seara do Direito Civil.

---

[100] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 127.

[101] Termo emprestado na escrita e na compilação do Direito com a exegese do Direito Romano.

O conceito *obligatio* nos leva nesse momento na concepção do direito "escrito", pois foi oque Direito Romano trouxe à baila e compilou, na forma manuscrita. Eis o que José Carlos Moreira Alves define como:

> [...] o conceito de obligatio se mantivera o mesmo que o resultante da interpretação (que vem dos autores medievais) desses textos do *Corpus Iuris Civiles*: o de a obrigação ser um vínculo jurídico em virtude do qual o devedor é compelido a realizar uma prestação de conteúdo econômico em favor de outrem. Ao devedor, portanto, incumbe um dever jurídico – a obligatio.

Há muito tempo, ou na condição primitiva, esse comportamento já estava presente nas relações entre as pessoas, ou seja, na "Era do Direito Não Escrito".

Todavia, essa vinculação jurídica, uma vez exposta, traz uma constatação na forma de desenvolvimento das tribos perante o indivíduo inserido, são as suas causalidades e o aspecto do conservacionismo que transformará uma conduta de sociabilidade, nesse sentido, novamente Henrique Garbellini aduz:

> É dizer: compreender o desenvolvimento do princípio da causalidade partindo do princípio da retribuição possibilita a emancipação de uma interpretação social da natureza e identifica, já, um vínculo jurídico na gênese da formação social caracterizado por um sentimento normativo de organização social estabelecido pelo princípio da retribuição[102].

É na reciprocidade social da tribo, ou familiar, sob a ótica atual, que nasce o conceito de uma formação social, bem *a quo*. A partir de toda segurança que a formação de uma comunidade social se faz presente na reciprocidade, constituindo, para tanto, um sentimento de características normativas, um comportamento dos efeitos das causas, transportando para uma regra e no comportamento social, a gênese na formação social.

Tal conceito, conforme se parafraseou, sobre o sentimento estabelecido pelo princípio da retribuição, merece guarida quando o assunto está sendo disciplinado por uma organização.

---

[102] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

Retribuição e organização tiveram suas raízes na sociedade primitiva, quando a necessidade de se viver em grupo era pela sobrevivência. Em virtude dos comportamentos auferidos ao homem na época em relação ao seu hábitat; havia um sincretismo de normas, bem mencionado nas escritas de Willis Santiago Guerra Filho:

> [...] nas comunidades primitivas, ocorria o conhecido fenômeno do "sincretismo normativo". As normas que regulavam a vida social eram agregadas num conjunto indiviso, de maneira que não era possível discriminar quais teriam natureza moral, jurídica, religiosa ou social. Este sincretismo também era acompanhado do fenômeno do "animismo"; a interpretação primitiva considerava a natureza habitada por espíritos e sua falta de consciência do "eu" tomava os animais, plantas e objetos inanimados por essencialmente similares aos homens. Não havia, portanto uma diferença essencial entre o homem, animal, plantas e demais objetos inanimados da natureza[103].

O mesmo autor:

> O homem primitivo considerava todas as coisas que despertassem sua atenção como homogêneas, algo diferente do que ocorre com o homem moderno. Para ele, os animais, plantas e objetos inanimados eram, em certas situações, identificados como essencialmente similares aos homens com que convivia em sociedade, ou seja, não havia uma diferença essencial entre o homem, o animal, as plantas e os demais objetos inanimados da natureza[104].

O sincretismo que reinava nas comunidades gentílicas, as quais estavam fundadas nos diferentes modelos de comportamentos voltados à religiosidade, filosóficos e principalmente culturais, vinculava-se um comportamento de normas jurídicas entre os membros.

Não havia uma divisão, mas uma fusão de normas para o comportamento na constituição da tribo. Não existia a política da individualidade, de forma bem diferente e imperativa dos dias atuais, em que sociedade possui uma individualidade intrínseca ao modo de viver.

A partir da moralidade tribal, podemos conceituar a gênese do contrato, que, até hoje, é a ferramenta para o equilíbrio nas relações de consumo, conforme Wilson

---

[103] GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**: a expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2013. p. 25.

[104] GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**: a expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2013. p. 29.

de Souza Campos Batalha descreve: “a origem do contrato encontra-se manifestamente nos hábitos de ajuda recíproca benévola que nasceram nos povos comunitários[105]”, a essa benevolência está na reciprocidade que aos poucos foi ganhando espaço na moralidade social.

Logo, o fenômeno da moral insurge na modalidade desta sociedade retributiva de uma forma fechada, métodos de vida e de comportamento exclusivo dos membros da mesma tribo, método que refletia na relação harmoniosa entre os componentes com os demais e estes entre si, uma célula fechada, um *status,* um Estado.

Vale questionar: a Moral induz a gênese de um sentimento jurídico?

Os sentimentos representativos de uma comunidade devem refletir na correspondência das sociedades, e, na atualidade, o Direito se comporta como tal, isso porque os sentimentos esboçados pela comunidade fazem nascer o sentimento jurídico nascido também do sentimento coercitivo da imputabilidade, pois sem este não há direito.

A ação representa uma reação, a qual gera um direito, ao entender que o ato é legal. Moralmente, todavia, a sociedade não deve recepcioná-lo bem, dada a afetividade dos resultados.

Então, a idéia de um Direito próprio é cíclica no existencialismo do “ser” quando ele passa a existir com uma vida em social? Um Direito Social pode ser pressuposto disso? Na realidade, o “ser”, mesmo vivendo na política individualista, deve empregar regras jurídicas para a sua sobrevivência, viver é uma regra e estar com vida é pautar-se na regra da sobrevivência. Ademais, se for a sociedade, é propor o bem-estar, conforme as regras dos usos e costumes:

> Agora, a idéia do direito nasce com a vida social e se deriva dos sentimentos que se propõe ao bem estar do indivíduo, harmonizando com o bem estar da sociedade. Este grupo de sentimentos que se refere a conduta dos indivíduos na sociedade chamam de éticos e morais.

Viver em sociedade e proporcionar o bem estar aos demais é uma regra essencial de sobrevivência, nesse mesmo sentido, cria-se uma moralidade com a

[105] BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 625.

sua sociedade uma prestação consigo e aos demais componentes de sua sociedade, ou em outras palavras, uma obrigação moral e ética, que, mesmo na rústica sociedade, com regras dos antepassados, passaram a ser uma norma, uma obrigação, um *obligatio.*

Conclui-se, então, que a *obligatio* é um sentimento jurídico moral?

As obrigações de ordem moral devem ser necessariamente “morais”, pois é sentimentos de justiça vindos dos atos praticados pela vontade natural, uma consciência voluntária e indispensável para a manutenção e a conservação da sociedade.

Nota-se, nesse sentido, um progresso de satisfação, tanto no indivíduo quanto na sociedade em que ele desenvolve o seu relacionamento com os demais, pois cada um tem o seu objetivo em mente, bem altruísta. Na sua essência, há uma objetividade, um “lucro” individual, a consciência conquista a satisfação e o bem estar, e tudo isso faz bem, pois o homem vive sob a política da coletividade e da reciprocidade, uma obrigação entre as partes.

A obrigação moral é, enfim, o primeiro sentimento jurídico; e a *obligatio* é um direito moral.

2.5 **Métodos para o cumprimento dos costumes, a justiça**

O bom funcionamento e o desenvolvimento de uma organização gentílica retributiva espelha-se no resultado determinado pela retribuição, de modo a propor um bem-estar e tendo resultado na igualdade entre os indivíduos formadores sociais.

Esse fenômeno da retribuição, que, em dias atuais, podemos identificar como sendo a justiça, já era um método eficaz, um regulador entre os indivíduos de uma comunidade, interpretando e consolidando um equilíbrio social, uma retribuição entre os povos primitivos.

Platão, antes da era cristã, descrevia de forma acadêmica o que seria o fenômeno de justiça, retratando que tal seriam a gênese e essência da justiça, que se situa a meio caminho entre o maior bem – não pagar a pena das injustiças – e o

maior mal – ser incapaz de se vingar de uma injustiça[106],. Assim, efetivamente se observa onde repousa a existência da justiça, entre o bem e o mal, um juízo de valor de algo justo, algo que faz bem.

Se a justiça é tida como uma forma de organização com base nos reflexos do sistema de retribuição, e independentemente das polaridades entre o bem e o mal, convém, trazermos à baila a obra denominada de Justiça, de autoria de Giorgio Del Vecchio, que reverencia mais um conceito de justiça sob a ótica platônica, transcrevendo:

> Platão, pretendendo elevar a justiça à categoria de princípio regulador da vida individual e social toda quanta, descura ou rejeita todas as concepções tendentes a conferir-lhe função específica ou particular esfera de aplicação[107].

Desde a época de Platão, vem se doutrinando na sociedade uma forma de bem-estar, um conforto nas relações interpessoais em que ambas as partes sejam justas na vontade.

Esse sentimento de segurança pautado pela justiça, pelo em estar, pelo o que é bom entre as partes é um denominador de regulação de condutas e comportamentos, não apenas individuais, mas, principalmente na esfera social, em que o princípio da retribuição recai nas relações principalmente sociais na manutenção de um grupo gentílico, uma vinculação jurídica.

Para que a justiça seja um fenômeno regulador de uma ordem social, cabe questionar o aspecto da moralidade de uma sociedade, equacionando o equilíbrio entre o justo e o injusto, o bem e o mal, o certo e o errado.

Nesse sentido, o termo “justiça” está no seu alcance e principalmente na sua eficácia e reflete uma combinação de igualdade, e nessa igualdade estaríamos diante da dialética entre o justo e o injusto.

Trata-se, por fim, de um método de compensação, se descrevendo dessa maneira um acordo ou um termo final, no qual, com segurança, podemos conceituar a figura do “contrato”, e a dívida na sua reciprocidade, mesmo na forma abstrata de um direito não escrito, intrínseco à vida diária de uma pessoa.

---

[106] PLATÃO. **A República**. 2. ed. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 45.
[107] DEL VECCHIO, Giorgio. **A Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 18.

O contrato é a vontade que propõe o bem-estar e o conforto sentimental de se conquistar um bem, o que é justo entre as partes.

2.6 **O inadimplemento e as dívidas nas relações contratuais**

Com o rompimento e a quebra dessa reciprocidade contratual, é evidente que há uma agressão aos costumes empregados no desenvolvimento da tribo.

Nesse entendimento, há um descumprimento nas normas consuetudinárias daquela sociedade primitiva, e a conseqüência é a pena de exclusão, um banimento, uma expulsão, que faz com que o banido fique à mercê de todas as inseguranças.

Esta transgressão, para o direito não escrito, não era bem recepcionada, ao contrário, era uma agressão ao princípio de boa-fé, que, mesmo naquela época, já era aplicado. Atualmente, embora ainda seja preservado como regra no comportamento jurídico entre as pessoas, na gênese primitiva, o não cumprimento era falta gravíssima, sujeita a mutilação.

Max Gluckman se pronuncia sobre conceito brutal quando uma pessoa inadimplia com a sua obrigação de honrar um compromisso celebrado na forma contratual no Direito Antigo, não era visto com bons olhos:

> Considerando a transação original como uma transferência ou alienação de propriedade que deixou de ser completada, e a falta de pagamento como um dano para o qual o vendedor tem o direito de buscar a punição. Daí, portanto, a grande selvageria do direito antigo em relação aos devedores que eram tratados como pessoas que se tinham apossado de uma propriedade fraudulenta[108],

A falta de pagamento, o inadimplemento ou o cumprimento de honrar conforme o pactuado faz com que o credor busque, a todo o momento, a punição do devedor, pois este cometeu um grave erro, um pecado dentro de uma relação obrigacional. Segundo o mesmo autor, se o devedor de fato não a cumpre, a dívida invade o seio familiar e todos os objetos relacionados àquele que inadimpliu.

[108] GLUKMAN, Max. Obrigação e dívida. In: DAVIS, Shelton. **Antropologia do direito**: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Tradução de Neide Esterci e Lygia Sigaud. Rio de Janeiro: Zahar, 1974. p. 26.

Uma vez constituída essa relação entre credor e devedor, com reflexos nas relações da *obligatio* e a forma brutal para se resolver os litígios, houve uma metamorfose de transformações e adaptações de convivência, na qual o sistema selvagem antropológico, aos poucos, foi se adaptando para os novos conceitos, sendo identificado, como se manifesta Willis Santiago:

> Seguindo as trilhas do pensamento nietzscheano, é na relação entre obligatio de direito pessoal e na rudeza e crueldade dos castigos primitivos que se revolve o solo antropológico do surgimento de conceitos "que serão, mais tarde, o apanágio da sociabilidade e da moralidade, tais as categorias fundamentais do imaginário religioso, como também a noção moral de culpa, o sentimento de dever, a consciência da responsabilidade e da autonomia[109].

O autor Willis Santiago, que prescreve o comportamento e a crueldade no cumprimento de uma obrigação, invocando Nietzsche e Max Gluckman descreve em suas linhas de investigação o quão era subjetivo para o homem antropológico a busca de uma satisfação em uma relação contratual.

No sentido evolutivo e com a expansão demográfica dos povos, e influenciada pelo expansionismo romano, essa tendência vingativa entre credor e devedor foi sendo substituída por um contrato indenizatório, perdendo por vez a voracidade vingativa para saldar uma dívida. Bem se faz presente na didática de José Carlos Moreira Alves, o qual afirma que:

> [...] sendo a vingança substituída, em geral, por um acordo (*pactum*) entre a vítima e ofensor, no sentido de este indenizá-la pela ofensa, passou a admitir-se que a obrigação (*obligatio*) derivava de um contrato (o acordo entre vítima e ofensor)[110].

Aquele que não cumpre conforme acordado é visto como um ofensor, um criminoso, e isso para aquela época. O cumprimento da pena se dava pela vingança, ou na precisa aplicação da mutilação de seus órgãos ou membros pelo inadimplemento, em virtude da política "olho por olho, dente por dente".

Fica evidente que, com o desenvolvimento voltado principalmente para a necessidade de comercializar para a manutenção da sobrevivência, e ainda com a

---

[109] GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**: a expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2013. p. 27.

[110] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 14.

forte influência religiosa, a qual teve um papel importante, maciço no desenvolvimento da sociedade; o homem passou a ser social, colocando em desuso tais comportamentos de selvageria.

Uma vez que o homem primitivo tinha o seu comportamento voltado à selvageria, é cabível afirmar que a atividade comercial foi o ponto inicial para a sua socialização? Se analisarmos que as sociedades primitivas, vemos que eram "nômades", haja vista que não se estabeleciam de forma fixa nas regiões e, pois onde ficavam, subtraíam todo o seu sustento da terra, que uma vez exaurida, obrigava-as a se deslocarem em busca de novas terras produtivas.

Neste deslocamento em busca de alimentos para a sua sobrevivência, o homem colocava em risco a própria vida e a manutenção na perpetuação da sua futura geração, dada a exposição à agressividade vingativa das outras tribos ou clãs.

Foi na atividade comercial, na troca dos excedentes, que houve o impulso na aproximação das tribos, um conceito embriológico social, proporcionando a fixação da tribo na região e tornando a política do sedentarismo uma prática que interrompeu o nomadismo. Isso fixou o homem primitivo na região em que vivia para uma modalidade contemporânea jurisdicionada.

Ademais, foi com essa necessidade que o homem atribuiu para o seu desenvolvimento a prática conhecida como "escambo", o estímulo inicial da atividade voltada para o que hoje é conhecido como Direito Internacional e para o Direito Empresarial, elementos propulsores da transacionalização dos diferentes tipos de culturas.

Vale notar que o escambo foi umas das formas basilares para a independência do homem, e foi a partir desta atividade e relação comercial que o conceito da moralidade social teve seu estopim.

Nesse momento, as relações contratuais a partir da presença entre credor e devedor foram uma aspiração que, uma vez desenvolvida, desembocou no que que atualmente denominamos de credores e devedores, ou, na linguagem do Direito, as pessoas jurídicas e pessoas físicas. Essa discussão pode ser enriquecida com o que Nietzsche descreveu na sua obra "A Genealogia da Moral" quanto à gênese desse comportamento comercial:

> [...] relação contratual entre credor e devedor, que é tão antiga como a própria noção de "pessoa jurídica" e remonta por sua vez, às formas primitivas da compra, da venda, do escambo, do comércio e do intercâmbio[111].

Tanto o credor quanto ao devedor, ambos estavam ligados, de forma objetiva, pois a subjetividade das relações ainda estava aquém de ser constatada. Cabe lembrar ainda que a religião sempre teve - e bem provável sempre terá - influência sobre o comportamento humano, pois desde a civilização antiga, esse conceito era observado com rigor. Todos os primeiros acontecimentos tinham um homem com a obediência seja à natureza ou a Deus. Vejamos o que afirma Chamouns:

> A confusão entre direito e religião não é própria do direito romano antigo, mas de toda civilização jurídica incipiente. Na Roma antiga é difícil diferenciar o campo de ação das normas jurídicas e das normas religiosas. As normas religiosas eram o fas, as normas jurídicas o *ius*. As mais antigas normas jurídicas, os mores *maiorum*, devem ter sido a inspiração religiosa[112].

O avanço didático e acadêmico da ciência jurídica partiu dos princípios que norteavam os primitivos no comportamento e no fortalecimento de sua "gens", onde o costume era contundente, influenciando as regras adotadas pelo seu povo, e, principalmente, as regras de vinculação jurídica.

O desuso do costume e a aplicação da vingança nas relações entre devedor e credor, em virtude das novas regras jurídicas, são catalogados pelo Direito Escrito e foi o ponto de partida para o homem jurídico contemporâneo.

Esse novo comportamento, aprovado aos olhos sociais contemporâneos, foi aos poucos estabelecendo uma hegemonia, uma cultura de comportamento. Isso faz pensar que o homem, mesmo na sociedade primitiva, sempre viveu de comum acordo com os demais de sua mesma *gens*.

Com essa harmonia social e moral, a evolução geográfica e o crescimento vegetativo humano, impuseram, sob a necessidade de sobrevivência, quer seja individualizada ou coletiva, a necessidade de estabelecer comportamentos para determinar relações com outras comunidades tribais.

---

[111] NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**. Trad. Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006. p. 62.

[112] CHAMOUNS, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Forense, 1950. p. 26.

Enfim, com esse estabelecimento de regras de comportamento social, voltados à necessidade, fez com que, de forma natural, o aspecto comercial fosse se tornando algo necessário e bom e as relações contratuais tiveram a sua forma materializada.

Com isso, o conceito prático da vingança, aos poucos, foi perdendo força na sua aplicação e foi aos poucos sendo substituído por outros meios de compensação. Conforme alude a Arangio-Ruiz, “era pasible originariamente de uma venganza sobre la persona, y solo posteriormente la venganza se evito com el pago de uma suma de dinero a título de composición”[113].

Nas sociedades contemporâneas, para o homem moderno, consolidado no desenvolvimento através da religiosidade da sociedade e dos bons costumes, os conceitos de rudeza e de crueldade, como expostos, estão além das possibilidades da convivência humana, excluídos em virtude da boa convivência social e da boa-fé, partes do atual Direito Moderno.

Como se pode perceber, com o desenvolvimento aliado à gênese do Direito, na era do Direito Não Escrito, muitas fontes primárias na seara do Direito estavam relacionadas aos usos e aos costumes.

Esta transação por sua vez, está centralizada no comportamento do homem, é um costume, uma regra puramente retributiva, na forma de um equilíbrio no comportamento com a sua tribo, ou clã, e com os seus pares, pois não há subordinação, apenas para uma pessoa que administrava e ordenava o funcionamento da tribo.

Um dos alicerces para que fossem disciplinadas as regras que ora eram adotadas pelo homem primitivo, evidentemente está no conceito da *obligatio*, o qual influenciou o comportamento e o aspecto vingativo do homem em questão, pois, como foi demonstrado, o homem primitivo que não honrasse com seus compromissos firmados verbalmente, era considerado contraventor das normas de costumes, pois essa relação de compromissos tinha uma característica ampla de reciprocidade, uma obrigação.

À época, os laços de sangue e a palavra dita por uma pessoa, possuíam um valor inestimável e de honradez diante de todo o grupo primitivo, pois estava sendo

[113] ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de Derecho Romano**. Trad. José M. Caramés Ferbo. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 319.

exposto mais que a própria honra, a qual vinculava com as obrigações impondo a própria vida, haja vista ser um contrato verbal com a sua família tribal como forma de comprometimento de suas obrigações.

São nessas obrigações, assim conhecidas amplamente como contratos e dívidas, substantivos da *obligatio*, e, é claro, com o aperfeiçoamento das relações jurídicas, o conceito de vingança foi aos poucos perdendo a sua eficácia.

Esse desuso da vingança foi um marco importante para que as relações contratuais se tornassem eficazes no seu cumprimento e não apenas em crivar o devedor de sua vida, ou de algum ente e bem familiar. Surge assim, o contrato, muito conhecido pela sociedade contemporânea, através do qual se estabeleceram formas e conteúdo.

Faz necessário nesse momento menção às escritas de Pietro Francisci, sobre o aspecto evolutivo e a eficácia inércia do emprego da vingança, e o fortalecimento do conceito da *obligatio*, adaptando-o, para isso, como regras escritas através dos determinados tipos de comportamentos, denominados de costumes. Observa-se que:

> Podia pretender perfeitamente que o ofendido credor, que ao ser pago a compensação, estivera assim garantido mediante a entrega do refém culpável ao terceiro garantidor. Assim nascia realmente a *obligatio* (garantia do futuro a ser pago), porém nascia de um ato voluntário das obrigações, ou seja, o contrato[114]. (tradução nossa)

O contrato, enfim, teve sua gênese nas regras coercitivas da *obligatio*, lembremos que a política do *Potlatch* antecede à essas relações obrigacionais, isto posto,é o estopim das relações sociais, voltadas às compensações retributiva.

As compensações eram a garantia no cumprimento e no compromisso firmado de um direito celebrado entre as partes, e também nesse momento, surge figura de um terceiro, que garantiria que o negócio celebrado teria o seu fiel cumprimento.

Uma vez estabelecido o mecanismo do contrato, alicerçado evidentemente por uma dívida a ser cumprida, uma relação de prestação, independentemente qual

[114] Podia pretender perfectamente el ofendido acreedor que el pago de la compensación estuviera garantizado mediante la entrega de rehén Del culpable o de um tercero garantizador. Y ahi nacia realmente la *obligatio* (garantia Del futuro pago); pero nacia de um ato voluntario del *obligatus*, o sea, de um *contractus.* FRANCISCI, Pietro de. **Sintesis Histórica Del Derecho Romano**. Trad. Urcinio Alvarez. Madri: Rev. de Derecho Privado, 1954. p. 172.

seja a sua natureza, a *obligatio* foi necessária para a execução da ação jurídica, idêntica ao que se praticava nas tribos, uma prestação vinculativa jurídica, a qual estava sob a seara da vinculação abstrata existente entre os povos.

Conclui-se assim que a *obligatio* efetivamente teve a sua eficácia para a transição entre o "Direito Não Escrito" e o "Direito Escrito", e aos poucos o sepultamento do costume que reinava entre os povos daquela época.

A vingança e a compensação aparecem como forma de pagamento de uma dívida, um dever jurídico, bem se faz novamente na obra de Pietro de Francisci[115] "Y así como ya em el campo de las obligaciones ex contractu la antigua obligatio se habia reducido al deber jurídico de realizar uma determinado prestación, o dever jurídico está necessariamente ao cumprimento de uma obrigação, uma compensação.

Nesse ponto, o contrato e as dívidas surgidas no estabelecimento da vontade das partes, pelo que foi exposto, não divergem nos valores culturais, morais e políticos, o que apenas diferencia é o cumprimento nos dias atuais, ou melhor, no jurídico contemporâneo.

O contrato sempre esteve na vontade e no desejo das pessoas, e as dívidas são um reflexo desse instrumento, vigente no Direito Não Escrito, e assim denominado pelos costumes.

Esse instrumento de contrair obrigações, conforme disposto, é uma ferramenta que adveio com as relações interpessoais, e deu abertura a um Direito Privativo que, aos poucos, foi se consolidando entre as tribos e clãs.

Com o crescimento vegetativo e como conseqüência dessa consolidação cristalizadora de aproximação com a embriologia conhecida atualmente como sociedade, emerge a figura política do Estado.

A unidade denominada de Estado, ou *status*, é uma terceira pessoa nas relações sociais embrionárias. Sobre isso, cabe aludir às escritas Del Vecchio, o qual descreve que "É notório ter a teoria que põe no contrato o fundamento da Sociedade e do Estado origens muito antigas[116]", de forma que o instrumento

[115] FRANCISCI, Pietro de. **Sintesis Histórica Del Derecho Romano**. Trad. Urcinio Alvarez. Madri:Revista de Derecho Privado., 1954, p. 172.
[116] DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, Estado e Filosofia**. Rio de Janeiro: Liv. Ed. Politécnica, 1952. p. 352.

denominado contrato estabelece conceitos aprofundados de relações obrigacionais, advindos da *obligatio*.

O aspecto comportamental da gênese tribal e as relações interpessoais contratuais da política do "escambo" proporcionaram o aparecimento da figura política do Estado, na qual o comércio se estendeu bem como os seus usos e costumes.

E com o forte crescimento vegetativo e o expansionismo comercial, foi inevitável o surgimento de entrepostos conhecidos como vila e vilarejos, e o fortalecimento do direito escrito e a formação de vários clãs, para oferecer o cumprimento da lei e a manutenção dos territórios. Isso deu origem um novo fenômeno denominado de Estado, necessário para resguardar a soberania dos territórios.

2.7 **Idade média: o Direito na fé e na razão**

A idade Média foi um período de grandes transformações, tendo em vista que os inúmeros povos estavam habituados às suas regras e aos seus costumes. Conhecida também – ainda que erroneamente – como período das trevas, a Idade Média começa com o declínio político do Império político Romano e o fortalecimento da religião e as invasões dos bárbaros, os quais permitiram que uma nova regra na forma de pensar o racionalismo do homem e sua espiritualidade se apresentasse:

> Desde seu surgimento, o cristianismo procurou incorporar às obrigações a tarefa de explicar às pessoas e às autoridades romanas seus ensinamentos e, principalmente, SUS proposta de vida, por meio de um trabalho de convencimento e de conquista espiritual[117].

Constatou-se o fortalecimento religioso e, mesmo com essa rigidez legislativa da junção das leis romanas com a religião, surgiram vários pensadores, mesmo nos alicerces da própria religião católica predominante na época, padres pensadores e filosóficos fizeram as pessoas observarem o mundo através do racionalismo e da religião, ou a razão e da fé, segundo Jhering:

[117] PEREIRA MELO, José Joaquim; PIRADELI, Marcos Roberto. **Ensaios sobre o cristianismo na antiguidade**: história, filosofia e educação. Maringá: Eduem, 2006. p. 80.

> A religião aparece entre os romanos como companheiros inseparável de qualquer instituição importante, como laço interno e externo do Estado e representante dos sentimentos de honra e dignidade, e assim preside a toda resolução importante da vida pública e privada[118]

A fé, aliás, era o principal foco do cristianismo então necessariamente deveria estar separada da razão, pois, para esse período, a fé e a razão não se excluem, elas se complementam.

Até hoje é possível observar nos textos bíblicos os ensinamentos que são aplicados na vida cotidiana, como exemplo a criação do mundo, a ressurreição, o juízo, etc.

Nesse sentido, o pensamento cristão foi se formando a partir dos "pais" da igreja (patrísticas), os quais se empenharam para a criação dos textos sobre a revelação cristã e a moral, propagando uma finalidade única e o objetivo da política da patrística, cujo foco essencialmente era unir a fé e a razão.

Esses primeiros padres que deram à palavra o espectro de ponto de equilíbrio e de apoio tinham por base para os seus estudos e ensinamentos nas epístolas dos apóstolos Paulo e de São João.

Dentre de tantos objetivos da patrística, merece destaque a sua fundação ideológica com o objetivo de consolidar o papel da igreja em propagar as idéias do verdadeiro cristianismo. Esse momento propiciou o exercício de consciência do homem, o qual passou a pensar, desenvolvendo a fé e a razão.

Parece injusto não mencionar que a Idade Média foi o período que se apresentou como um reflexo de uma endoculturação, nada diferente de outros momentos históricos, mas a quem foi atribuída a alcunha de "período das trevas", talvez em virtude da guerra que assolou a Europa medieval, mas que também pode ser vista como mera conseqüência do próprio desenvolvimento histórico.

A Idade Média sofreu dois momentos essenciais para a sua caracterização no campo filosófico, e que foram, aliás, momentos importantíssimos para a formação de opiniões: a patrística e escolástica.

---

[118] JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**.Trad. Rafael Benaion, 1934. v. I. p. 236.

O período da patrística consolidou-se pelo resultado das doutrinas dos padres da religião católica, para conciliar a nova religião no Império Romano, com o pensamento voltado à reestruturação no campo filosófico.

Desta reestruturação religiosa, além das regras religiosas, estavam em pauta as legislações romanas, as quais foram absorvidas nas regras da igreja, bem como explana John Gilissem:

> No Império Romano, uma nova religião, pregada por Cristo e pelos seus discípulos no século I, impôs-se no século IV; o Império torna-se cristão. Um sistema jurídico próprio da comunidade dos cristãos. O direito canônico, desenvolve-se à margem do direito romano, sem o absorver; instala-se um sistema dualista – direito laico e direito religioso – que vai manter até o século XX[119].

Após essa transição, o pensamento medieval estava consolidado na sua estrutura religiosa como o marco da Idade Média.

Todavia, com o enfraquecimento do Império Romano e as conseqüentes – isto é, dos germânicos e de outras etnias também fixaram as suas moradias em terras romanas – surgiu uma miscigenação cultural. Tal miscigenação atribuiu ao período histórico uma característica única. Ademais, podemos compreendê-lo em duas etapas, denominadas “baixa Idade Média” e “alta Idade Média”.

Acaso posta em comparação, essa divisória aponta para a constatação da presença da fé e da existência de deus, como fronteira do conhecimento e a liberdade humana, *"*para a história do problema da liberdade, a tradição cristã tornou-se de fato o fator decisivo. Quase que automaticamente equacionamos liberdade com livre-arbítrio*[120]"*.

Ademais, o cristianismo foi um evento importantíssimo no pensamento e nas histórias das religiões, fazendo com que o modo de vida cristão, fosse modo de vida diferente, capaz de um impactar na vida das pessoas naquele período.

Sabe-se que não apenas o cristianismo está no modo de vida e sim no modo de pensar, de reflexão.

---

[119] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 127.

[120] ARENDT, Hannah. Que é liberdade? In: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972. p. 204.

Nesse sentido, a filosofia cristã não se trata de fato de uma contradição, pois a filosofia desenvolveu idéias e pensamentos, a teologia, a religião, isto é, enquanto a religião busca achar as respostas para as inúmeras perguntas cruciais na vida cotidiana das pessoas, a fé e a razão se entrelaçam para as respostas.

Para os filósofos cristãos, todavia, a razão vai explicar aquilo que antes que já se acreditava pela fé. Ou seja, os filósofos medievais eram influenciados tanto pelo cristianismo como pela filosofia grega, de Platão e de Aristóteles.

A patrística foi um período que ocorreu nos primeiros séculos, promovido pelos padres católicos da igreja, de onde, inclusive, deriva o termo “Patrística”.

Nos primeiros anos da era cristã, a fé se sobrepunha à razão; a razão era vista como algo secundário e seria apenas para explicar a fé, isto é, a razão era submetida às teorias da fé.

No entanto, entre os padres apologistas existia uma necessidade de conciliar a fé e a razão, para fortalecer uma argumentação a respeito dos dogmas da fé cristã. Além de propagar e discernir os ideais do cristianismo, eles combatiam as heresias e defendendo o cristianismo contra o paganismo que estava se infiltrando na igreja, e ainda fornecer argumentos racionais para a fé cristã.

Com a liberdade do culto aos cristãos, durante o Império Romano, vários grupos familiares se formaram, entre estes grupos estavam os hereges pela ortodoxia, entendendo aqui o ortodoxo como aquele que possui uma opinião correta certa que o acompanha através dos dogmas da religião.

A liberdade estava atrelada ao sentimento participativo do povo ou das pessoas com a política e na religião, isso faz presente também nos pensamentos dos filósofos gregos, uma vez que Agostinho tinha a simpatia platônica. Nesse sentido:

> o uso do termo liberdade, entre os gregos, tem, portanto, uma conotação fortemente política e jurídica (liberdade/isonomia), sem ligação, porém, com as noções subjetivas de ato voluntário em oposição ao involuntário. Não que os gregos desconhecessem essa oposição, mas a ela não conferiram o atributo de liberdade[121].

[121] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002. p. 77

A liberdade dos gregos possui uma conotação voltada mais para o seio social, diferentemente do que Agostinho pregava, pois, a liberdade para ele era algo de seu interior, seu íntimo, a liberdade estava ligada com o livre arbítrio. O que se acreditava era que a liberdade era algo divino e que foi concedida para o indivíduo, para que ele tivesse o direito de se manifestar livremente.

Tal pensamento reflete os ensinamentos de Platão, bem por isso as obras de Agostinho são entendidas como sistema platônico do cristianismo, isto é, aproveita-se o modo como Platão exalta a idéia como o caminho para a verdade; em Agostinho o que se exalta é Deus para o caminho da verdade; segundo Ricardo Castilho:

> Concordando com Platão (seu principal inspirador), Santo Agostinho achava que o homem, mesmo submetido à predestinação de origem divina, devia permanecer livre, em sua vontade. Estava posta, portanto, a diferença entre a *Lex aeterna* (lei natural, ou lei de Deus, que se preocupa com a alma) e a *lex temporalem* (lei temporal, ou lei dos homens que trata da justiça)[122].

Como forma social, o indivíduo permaneceria na sua mais individualidade, como pessoa, obedecendo à forma natural de vida conforme a sua vontade, seus credos e seus desejos.

As idéias filosóficas se tornaram idéias reveladas por Deus através da bíblia e dos santos, tornando-se dogmas pela formulação das idéias do próprio pensamento cristão, dando origem às verdades reveladas e às verdades humanas.

A partir do momento que é considerado o dogma como fonte fundamental, passa a ser discutido se aquilo que não é ortodoxo, aquilo que não é certo é uma heresia, e, nessa disputa de verdades é que a fé passa a necessitar embasamento filosófico que movimentou os padres que deram início à patrística, de modo a unir fé e razão.

Convém mencionar que Santo Agostinho, antes de adentrar no cristianismo foi, um adepto ao maniqueísmo[123], uma doutrina filosófica e religiosa que afirma que

[122] CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

[123] O maniqueísmo é uma filosofia religiosa sincrética e dualística fundada e propagada por Manes ou Maniqueu, filósofo cristão do século III, que divide o mundo simplesmente entre *Bom*, ou Deus, e *Mau*, ou o Diabo. A matéria é intrinsecamente má, e o espírito, intrinsecamente bom. Com a popularização do termo, maniqueísta passou a ser um adjetivo para toda doutrina fundada nos dois

há duas forças no universo: o bem que vem do espírito e o mal que vem da matéria. Só depois é que Santo Agostinho busca as doutrinas platônicas: "À primeira vista, parece que o platonismo é a filosofia e, particularmente, a antropologia natural de um cristão[124]". O padre estava diante de um conflito, entre as leis divinas que estavam com ele e a lei dos homens, permanentes calabouços das regras dos usos e costumes antropólogos, bem como as suas dúvidas a respeito do mal.

Santo Agostinho foi o precursor deste período, foi autor de várias obras, tais como Cidade de Deus e de Confissões, viveu em um período de instabilidade na Europa provocado pelas invasões bárbaras, afirmando serem incompatíveis para o indivíduo, o qual aponta como única possibilidade de salvação a vontade de Deus. Santo Agostinho, contudo, não foi único pensador de renome da Idade Média a ser relembrado nessa pesquisa. Cabe trazer também São Tomás de Aquino e a Escolástica para dar continuidade ao presente levantamento histórica do tema.

Na Idade Média, surge com mais força um ensino dialético que estava alinhado com fundamento da proposta patrística, isto é, de compreender a fé pela razão. Em adendo a esse modo de pensar, surge a escolástica, a qual proporá a utilização da razão para compreender a fé.

É nesse período da escolástica que a influência do neoplatonismo e as idéias de Aristóteles são revigoradas pela filosofia. "Não quero saber para crer, mas crer para saber" é a frase de Anselmo de Cantuária, que demonstra como o objetivo da fé é buscar o conhecimento ou a razão, uma verdadeira fé viva.

Vale lembrar que a Patrística, (como o expoente Santo Agostinho e dentre outros), teve o seu auge na alta Idade Média, e tinha como objetivo propagar os ensinamentos religiosos aos pagãos e aos hereges, através dos seus ensinamentos.

> Ao presenciar a decadência do Império Romano e os ataques dos bárbaros, Santo Agostinho não via nos valores pagãos nenhuma

princípios opostos do bem e do mal. MANIQUEÍSMO. In: WIKIPÉDIA, a **enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Manique%C3%ADsmo&oldid=48287595>. Acesso em: 3 mar. 2017.

<https //pt.wikipedia.org/wiki/Manique%C3%ADsmo>. Acesso em: 3 mar. 2017.

[124] GILSON, Étienne. **O espírito da filosofia medieval**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 230.

> perspectiva para a restauração da sociedade, entendendo que só seria possível uma ordem social mediante valores cristãos[125].

No mesmo sentido, a escolástica surgiu na era medieval, na transição da alta e baixa idade média, foi um método de ensino dialético que ocorria nas universidades, nas quais a igreja católica promovia os ensinamentos religiosos pautados nas regras do catolicismo. As escolas funcionavam como verdadeiras cópias das regras romanas.

Nesse período, merece um destaque o encontro das idéias cristãs com as ideias da filosofia grega, bem como o modo com que o catolicismo teve uma grande influência dos filósofos gregos, enquanto Agostinho recorria à Platão, São Tomás de Aquino encontrou refúgio na filosofia aristotélica.

Assim, a primazia sentimental da escolástica tinha a característica da fusão do pensamento racional com a fé cristã, ou seja, a escolástica demonstrava que a razão e a fé não eram opostas, mas complementares, uma vez que elas se explicam por si só.

Nesse período, não há escolhas entre a fé e a razão, como se fossem opostas, tudo que a razão apresenta e descobre a fé já possui o domínio e o conceito da existência e da razão, e é através do conhecimento e as investigações da fé que se provara a conceitualização da existência.

Aqui, o objetivo da fé é conduzir ao conhecimento, pois a fé não anula o conhecimento. Por isso, os ensinamentos dos escolásticos eram ministrados nas catedrais e posteriormente foram estendidos às universidades.

O que diferencia entre esses dois momentos filosóficos é que na patrística havia uma relação entre a fé e a razão, na qual a primeira (a fé) estava sobre a razão, e em Agostinho a fé restabeleceria a ordem social diante das invasões bárbaras.

Já no período escolástico, há uma inversão, a razão de se colocar em prova de determinados conceitos que a teologia religiosa já possuía como absoluto, ou seja, determinados assuntos já eram creditados pela fé e o que se buscava eram respostas através da razão, através de provas.

---

[125] ASSIS DIAS, José Francisco de. **Ética e estado Agostinho de Hipona**. Maringá: Vivens, 2014. p. 166-167.

A busca por respostas e das provas da existência de Deus não era uma questão relevante, para os praticantes da patrística, pois, para Santo Agostinho, a existência de Deus era provada pela fé.

Cabe mencionar que, no século XIV, durante a baixa Idade Média, ocorreu uma grande retração na Europa, a qual vinha em uma crescente evolução expansionista, com essa retração ocorreu uma violenta e duradoura crise, proporcionando três fatores que concomitantemente agiram para devastar a Europa, a guerra, a doença (peste negra) e a fome.

Nesse período, houve um grande desequilíbrio que transformou todas as coisas em mercadorias, a produção capitalista destruiu todas as antigas relações tradicionais e substituiu os costumes herdados e os direitos históricos pela compra e venda “livre contrato”[126].

2.8 **A formação política estatal, a transposição do Estado de Natureza ao Estado de Sociedade, na visão de Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau**

No primeiro capítulo as formações das instituições jurídicas, como fonte de normas e regras, é claro, que o direito doméstico de cada instituição teve a sua influência significativa para o desenvolvimento do Direito.

E nos tópicos anteriores deste capítulo, foi redirecionada a pesquisa para as atividades comerciais, com a finalidade de demonstrar o desenvolvimento do Direito, pautados nos usos e costumes dentro da ótica das sociedades gentílicas.

E, conseqüentemente, dessas sociedades gentílicas, em virtude do expansionismo populacional, as mercadorias excedentes teve seu papel fundamental para a aproximação de outros clãs; com o aparecimento da política do *Potlatch* e logo em seguida o aparecimento do Escambo.

Em ambas as modalidades de caráter mercantil, mas apenas com uma diferença, o primeiro estava na honra, no respeito e na boa fé da mesma comunidade, uma dádiva e verdadeira reciprocidade comunitária, o segundo proporcionou a estender os laços comerciais às outras comunidades distintas.

---

[126] Engels, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 2ª ed., São Paulo.: Expressão Popular, 2010, p. 104.

E para isso se faz necessário o cumprimento das normas, oriundas dos usos e costumes, que doravante era transmitido pelos sacerdotes e daqueles que a tribo, clã ora delegava poderes para dizer o direito.

Sabe-se que para discorrer sobre o tema em questão, devemos ter em mente que a vida cotidiana dos povos não era algo pré-existente; para esses povos emergentes, as primeiras gêneses sociais não sobreviviam isoladamente, mas sim a necessidade de se aproximarem para constituírem um mesmo corpo familiar.

Para essa reunião de famílias, ou seja, as primeiras instituições jurídicas se formavam em Estados, com um número tal e de contingência que tinha a regra em si, na mesma cadeia hereditária, que era a reciprocidade, fenômeno como tal que estava enraizado nas políticas do *Potlatch* e posteriormente a um gigantesco sistema ora denominado de escambo.

Logo exclusivamente o agrupamento de algumas famílias da mesma consangüinidade e aquelas que tinham a mesma afinidade religiosa enraizados nos usos e costumes, se fez necessário a aproximação e formar a política estatal.

No primeiro capitulo, foram discutidas as primeiras instituições que para tal, acreditamos ser a gênese social de um grande organismo jurídico.

Tais instituições sobrepunham o seu comportamento na mais rigidez social, dentre das suas características que se transmitia de gerações a gerações, um modelo que se segue para se tornar justo e fazer justiça, e assim, é o mais forte que detem as regras absolutas para a melhor conveniência, sempre do mais forte:

> Aqui tens, meu excelente amigo, aquilo que eu quero dizer, ao afirmar que há um só modelo de justiça em todos os Estados, o que convém aos poderes constituídos. Ora estes é que detêm a força. De onde resulta, para quem pensar corretamente, que a justiça é a mesma em toda a parte: a conveniência do mais forte[127].

Um Estado de poder e de soberania sobre o seu povo é a justiça do justo, um sinônimo de igualdade.

Nesse sentido a base sólida de um Estado, está na estrutura fundamental para a sua existência, é o povo de forma jurídica transfere um direito originário para determinados representantes, de tal sorte, está transferência vem percorrendo ao longo dos tempos, e se satisfaz até os dias atuais.

[127] PLATÃO. **A república**. 2. ed. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 25.

Temos dois elementos que podemos extrair da existência dos elementos essenciais que caracteriza o Estado, assim sendo, o elemento formal, que está na imagem do poder político da sociedade, se não há poder não há hierarquia e conseqüentemente não há ordem social.

O outro elemento, agora constituído pela materialidade, reveste-se na sua essência como primeiro elemento o homem, agregado diante de uma população e juridicamente de seu povo, com a sua cultura, agentes considerados administradores políticos, todos estes que estão no caráter material compõe a mitocôndria celular de um Estado.

Para este tópico, elencado Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, dos quais parte do princípio que a sociedade vive em um determinado momento na qual não existe a instituição doravante denominada de Estado, o homem delimitava seu Estado Natural, e para uma melhor compreensão, eles abordam não apenas a formação estatal, mas sim, apresentam argumentos que retratam a influência do homem em sociedade.

De igual modo, no sentido de que as pessoas vivessem por conta própria sem nenhuma interferência do Estado em sua vida cotidiana.

Nesse momento em que não existe, ou seja, o presente Estado de Natureza, a pessoa vive literalmente em contato com a natureza e na qual pelo ponto jurídico os indivíduos tem alguns direitos naturais que irão variar, impondo as suas defesas à outrem.

As pessoas que vivem no Estado de Natureza, por sua própria natureza de convivência, proporcionar o equilíbrio em virtude dos fatos e valores dos seus mais variados usos e costumes, com isso, a criação de uma instituição é a mais valia para solução dos conflitos.

De comum acordo, Hobbes e Rousseau, ambos não divergem quanto ao contexto e na propositura de um pacto entre os clãs, para proporcionar o equilíbrio social, e por finalizar, unânimes contratualistas.

Com o contrato social, eis que surge a instituição ora doravante denominada de Estado, um contrato social, um Estado de sociedade ou sociedade civil, e que não se furta que tal conceito de instituição, teve o seu apogeu nas instituições familiares, bem decifradas no primeiro capítulo.

Nesse sentido ultrapassa o Estado de Natureza e avançamos o Estado moderno, nasce o exercício da soberania Estatal na administração do território.

Para deixar claro o conceito dessa transposição estatal de natureza para o moderno, passaremos a demonstrar a visão de cada autor, ou seja, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, as formas de formação de transferência de poder, e evidentemente o que seria viável para que esse contrato social tenha uma melhor efetividade na vida social de cada um.

2.8.1 **Thomas Hobbes**

Filosofo inglês, parte do princípio de que todas as pessoas são más por sua própria natureza, pensando nesse sentido, é claro que o homem possui essa condição de “mau”, em virtude de sua primitividade, pois a sua psique estava voltada exclusivamente à vingança, mas viviam em um Estado de Natureza, aonde nessa condição não há um controle, e se assim for, a pessoa faz o que bem entender.

Nesse Estado de Natureza, e por ser o homem mau, existirão necessariamente conflitos entre as pessoas, desses conflitos se recorre da premissa que estando o indivíduo nessa condição de Estado de Natureza, possui que assim por entender um direito natural; um direito da sua própria natureza individual, e nesse sentido, desse direito natural de comportamento, a pessoa não tem a pretensão da necessidade de ter um Estado que venha a domesticá-lo, impondo regras.

Para Hobbes, o direito natural é propriamente o direito á vida, onde que todas as pessoas no Estado de Natureza tem o direito á vida, isto posto que se pressuponha não apenas a vida em si pelo simples ato de viver, mas acima de tudo pressupõe também a utilização de todos os meios necessários para essa concretização, ou seja, se utiliza de todos os meios e quaisquer sejam, o direito á direito, bem estado natural.

É nesse ponto de partida, o estado natural do indivíduo que Hobbes irá chamar de estado de guerra de todos contra todos, ou seja, ele vai partir do pressuposto da idéia de que o indivíduo tem o direito à vida, tem que se alimentar e conseqüentemente irá buscar o alimento, e fazer o que bem entender:

> O direito natural, que os autores geralmente chamam de jus naturale, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida [...] por liberdade entende-se a ausência de impedimentos externos, que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem[128].

Se a pessoa entende que possui direito a vida, e para manter essa premissa necessária, do direito á vida, ele não reconhece a instituição chamada de Estado, pois para a busca do alimento não existe regras, pois a busca se faz de todos os meios necessários, sem regras.

Não existindo leis que geram a ordem, ou que mesmo criam a ordem para esse grupo de pessoas, cada indivíduo vai refletir nesse sentido, pois cada um vai defender a sua própria manutenção da vida.

Nesse sentido, Thomas Hobbes, utilizará do princípio que a situação mais preponderante e a forma de agir é agir de maneira preventiva; a pessoa não existe no estado de Natureza o direito de propriedade privada, e nesse caso não há proprietário de um território, não existe dono, ressalta-se que apenas há dono daquilo que se possa manter durante o Estado de Natureza, isso faz sentido, pois o nomadismo no Estado de Natureza era a mais valia.

Se esse sistema de nomadismo estava relacionado em que a pessoa apenas utiliza o território até que outras pessoas mais violentas, ou que tenha outra característica superior venha e toma posse do território, pois é uma das características do Estado de Natureza, guerra de todos contra todos.

Assim, quem se utiliza desse território deverá se defender, de todos os meios necessários que se tem, e é com esse sentimento protetivo de posse do território é que o possuidor antecipa e irá se lançar ao ataque aos possíveis invasores é dessa modalidade é que há uma reciprocidade de ataques, mesmo que não esteja nos planos, mas o ataque é uma forma de modalidade de defesa alicerçada exclusivamente pelo sentimento de necessidade do território para a sua sobrevivência.

A consciência do Estado de Natureza está na psique primitivo em que o indivíduo pensa apenas na garantia da sua vida, e este vai fazer o que bem

[128] HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Ed. Martin Claret. São Paulo. 2007, pg. 101.

entender, pois entre o Estado de Natureza não há regras de comum acordo, o que se normatizava eram os usos e costumes, mas apenas na célula mitocondrial familiar.

Logo, é nesse sentido que se fundamenta no indivíduo possuir o direito natural à sua vida, e que seguramente na visão de Thomas Hobbes a melhor defesa é o ataque, pois se vivia na insegurança, e nesse Estado de Natureza o homem vive com a sensação do medo, por isso que o ataque é a melhor defesa.

Os homens neste Estado de Natureza, pelo simples fato de auto se desenvolver, chegaria a um determinado momento em que essas pessoas que iriam ter o pensamento e o racicionio o que seria melhor, para barrar tanta brutalidade de insegurança.

Para isso, a conveniência em ter que ceder certos caprichos e de prerrogativas que são de próprio indivíduo para fazer com que todos possam viver de uma maneira menos violenta, mais harmoniosa e pacifica, foi o primeiro passo para se dizer que os homens são racionais.

Se, os homens sendo racionais, é evidente que se agrupam de forma social e com essa socialidade vão criar um contrato social e assim parte na constituição e na formalização na figura do Estado; para a criação desse Estado, serão necessários que cada indivíduo deverá transferir o seu direito natural, a este Estado.

Percebe-se que aqui não é apenas a decisão á vida, de viver ou de morrer, mas primordialmente às conseqüências deste direito natural, ou seja, se tem o direito natural á vida no Estado de Natureza automaticamente terá o direito de proteger à própria vida, utilizando para isso a força física contra o outro.

Com a transposição, do Estado de Natureza e por fim, criar a instituição jurídica do Estado, teve um papel importante que enfim, o homem, transferiu os seus direitos naturais, tais como o uso de força, para o Estado, ficando na condição de soberano para exercer o direito individual daquele que o fez pela transmissão, assim:

> Desta lei fundamental de natureza, mediante a qual se ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: Que um homem concorde, quando os outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar ao seu direito a todas as coisas,

> contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo[129].

Com isso, segundo Thomas Hobbes, o Estado vai nascer com a única objetividade e de exclusividade de garantir a segurança, para aquele que lhe transferiu coisa em que o estado de natureza não proporcionava ao indivíduo, bem como não fazia a extensão das regras de comum acordo, pois não havia leis, bem como não havia um poder superior ao poder daquele que arbitrariamente exercia o poder individual.

No estado de natureza todos são livres e todos eram iguais perante aos usos e costumes, para essa comunidade livre, exercitavam seus direitos como queriam para protegerem as suas vidas e seus territórios, mesmo que não estavam sob a égide da agressão, se empunhavam em armas e iam de encontro às outras comunidades com o sentimento de serem agredidas, por reciprocidade.

Então, para enfim surgir a figura do Estado, será necessário centralizar a soberania em uma única instituição jurídica e conseqüentemente em uma pessoa, fazendo com isso o surgimento do estado absolutista aonde todos os poderes dos clãs, famílias e tribos, estarão centralizados nas mãos de uma única pessoa.

A essa transferência dar-se-á o nome de contrato social, que é a organização dos homens, transferindo os seus direitos naturais á vida para o estado em formação, assim, a pessoa não tem mais nenhum direito, e o Estado então se torna um ente absolutista, é este que vai mandar como bem entender a vida alheia.

É nesse sentido que Thomas Hobbes s declina que o Estado é soberano, é absoluto o qual não admite questionamentos sobre as edições de suas normas e regras, e se assim houver voltaria ao estado de Natureza, ressuscitar a política de “todos contra todos”.

Com a formação do Estado Moderno, ou o estado absolutista, é possível destacar algumas das condições em que a pessoa teria de se submeter, pois houve uma transmissão de direitos, as quais iriam proporcionar para o equilíbrio social, segundo Thomas Hobbes:

> Garantia à segurança, que por vezes, no Estado da Natureza, isso era impossível, pois cada pessoa desenvolvia a sua

[129] HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Ed. Martin Claret. São Paulo. 2007, pg. 102.

segurança de forma extrema, o Estado Absolutista, absorvia à essa garantia e de proporcionar o equilíbrio entre as pessoas;

Garantia á liberdade, pela psique primitiva, e a aurora da guerra de todos contra todos; e sendo que esses “todos” em constância ameaças, o estado absolutista, seria o garantidor desse direito;

Garantia á igualdade, se para o Estado da Natureza, esse conceito estava aquém de suas proporcionalidades, o Estado Absolutista garantia essa igualdade, pois as desavenças estavam concernentes à garantia da sobrevivência através dos territórios;

Garantia á educação pública, no Estado da Natureza, onde todos tinham o direito de fazer e de se defender como bem entendesse, não havendo para isso uma educação social para a imposição das regras, o Estado Moderno, para ter o efetivo domínio, o povo deveria ter o discernimento, e acatar as ordens do Estado Absolutista.

Garantia á propriedade material, com o Estado Absolutista, enfim o homem não temia mais as eminentes invasões, e concernentemente, também o colocava em uma condição de não ataque, uma segurança jurídica, por entender que outrem poderia fazer contra si, como era de costume no Estado de Natureza.

O Estado Moderno foi instituído para sanar de uma vez a insegurança que existia entre os indivíduos, abandonando a sensação de medo que era a característica principal do Estado de Natureza.

E para que ocorresse essa sensação de segurança, somente seria possível a realização de um contrato social, de um lado o Estado Absolutista e de outro todos

aqueles que almejavam a sensação de segurança, onde o Estado Absolutista era o garantidor dessa condição.

Mas, uma vez que este Estado não garantisse tal condição às pessoas retornariam ao Estado de Natureza e recriariam todo o processo de formação de Estado bem como a sua transposição dos direitos naturais ao Estado e o restabelecimento do Estado Absolutista.

Com isso, uma única pessoa ou grupo de pessoas exerceriam as funções básicas do Estado, ou seja, de criar, executar as leis, administrar e julgar as pessoas, uma vez que estas não honrarem conforme o pacto firmado no contrato social.

2.8.2 Jean-Jacques Rousseau

Filosofo de natureza suíça, um iluminista por ascensão, ele diverge a respeito da transposição do estado de natureza para o Estado moderno, proposto por Thomas Hobbes este filósofo busca está na análise da sustentação jurídica do Estado, o seu perímetro social.

Para que se alcance os resultados de sua análise, ele irá observar três aspectos essenciais de como deveria ser o Estado, assim, teremos o estado de natureza, o estado de sociedade e o contrato social, este último, Rousseau está de acordo com Hobbes, o qual trata exatamente sobre a matéria, disciplinando que não há Estado no estado de natureza.

Rousseau parte do princípio que no estado de natureza o homem não é um ser sociável; para Hobbes o homem no estado de natureza já tem contato com outros indivíduos e por isso que surge o conflito “de todos contra todos”.

Para o homem no início da civilização não tinha o contato com outros indivíduos, não havia essa natureza sociável, bem como não havia a aproximação com outras entidades jurídicas (famílias, tribos ou clãs), o indivíduo vivia pela sua própria natureza, todo o seu sustento tirava da natureza e como não havia o contato com outras pessoas, desconhecia a propriedade privada, por estar livre na natureza.

Pela força do desenvolvimento do ser humano, no crescimento vegetativo como uma forma natural e da própria característica hereditário e genético do

indivíduo, com o crescimento populacional, esses grupos irão se encontrar, e irão transferir os direitos naturais a um Estado, e com isso vai ocorrer o que o Rousseau argumenta:

> O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais não deixa de ser mais escravo do que eles. (...) A ordem social, porém, é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. (...) Haverá sempre uma grande diferença entre subjugar uma multidão e reger uma sociedade. Sejam homens isolados, quantos possam ser submetidos sucessivamente a um só, e não verei nisso senão um senhor e escravos, de modo algum considerando-os um povo e seu chefe. Trata-se, caso se queira, de uma agregação, mas não de uma associação; nela não existe bem público, nem corpo político[130].

Em poucas palavras a máxima de Rousseau que “o homem é bom e a sociedade o corrompe”, pois é com essa aproximação as famílias vem a se prevenir e passa a se corromper, o estado de natureza deixa de ser bom e passa a ser um incomodo.

No estado de natureza, irá surgir o conceito de propriedade privada, e com esse surgimento não será nada agradável para o homem, será ruim, que segundo Rousseau, surgindo a propriedade privada e a idéia de território, os homens irão entrar em conflito, um vai desejar o que é de outro.

E devido á essa concepção de desejos, e com a finalidade de evitar o conflito, o homem irá criar o Estado, ocorrendo à transposição do estado de natureza para o estado de sociedade, aonde os diversos grupos se tornarão unidos para criar um perímetro de segurança de seus territórios, unindo forças e oferecer resistência aos estrangeiros, bem se descreve abaixo:

> Ora como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e dirigir as que existem, eles não tem outro meio para se conservar senão formar por agregação uma soma de forças que possa prevalecer sobre a resistência, colocá-las em jogo por uma só motivação e fazê-las agir de comum acordo[131].

Ora esse estado de sociedade, segundo a ótica de Rousseau, não demonstrará algo bom, bem distinto é nas escritas de Hobbes que a passagem do

[130] ROUSSEAU. Jean-Jacques, **Do Contrato Social**. São Paulo: Ed. Abril, 1973, pp. 28 e 36.
[131] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Paulo Neves. Ed L&PM. Porto Alegre, RS, 2012. p. 32.

estado de natureza para o estado de sociedade é gratificante, pois para eles o indivíduo sai daquela situação insegura e vai para uma situação de segura.

Esta antipatia pela transferência de estados, para Rousseau não será bem vinda, como se sustenta, tendo em vista que em relação a propriedade privada irá gerar desigualdades, pois entende bem que o estado irá garantir na lei a igualdade para todos em relação a propriedade, mas as pessoas não são iguais em condições econômicas.

Pois bem, o estado de sociedade não simpatiza Rousseau, pois defende a propriedade privada e conseqüentemente em uma eleição quem vai ter a chance de ser eleito será uma pessoa que possui dotes financeiros; isso quando ele se refere a desproporcionalidade das riquezas das pessoas, aonde todos serão iguais perante a lei neste estado de sociedade, no entanto o estado será desigual em relação às condições financeiras das pessoas.

Nesse estado de desigualdade, a exemplo daquele rico ser eleito, ele não irá modificar o campo jurídico, pois a este se beneficiara tal condição de poder, e sendo assim, como por ser admissível pelos direitos iguais, se os ricos detem o poder pelas suas riquezas neste estado de sociedade, isso faz prova e diverge o que Hobbes defende, pois a pessoa não é totalmente livre.

Já no campo político, o indivíduo será eleito quem esteja disponível, irão escolher apenas aqueles candidatos, ou exclusivamente aqueles candidatos, e a pessoa não terá outra chance ou liberdade de escolhas; pois como bem retrata Rousseau, que essa liberdade é uma liberdade falsa e o conceito de igualdade também é falso, por isso que nesse sentido o estado de sociedade não é bem receptivo.

Quando Rousseau se refere ao contrato social é aquele momento em que o indivíduo vai sair do estado de sociedade que é ruim e ingressará no contrato social:

> Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, ao unir-se a todos, obedeça somente a si mesmo e continua tão livre quanto antes. Esse é o problema fundamental para o qual o contrato social oferece a solução[132].

[132] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Paulo Neves. Ed L&PM. Porto Alegre, RS, 2012. p. 33.

Proporcionaria uma situação boa, agradável, aonde as pessoas saem daquela situação alienada onde estão, ou seja, o indivíduo deve entender que no estado de sociedade ele não é livre, pois a lei diz que ele é livre, mas não é.

O indivíduo não faz o que quer e sim o que os outros definem para ele fazer, com isso não irá escolher o emprego, irá escolher apenas aqueles que estão disponibilizados.

Liberdade é sinônimo de democracia; o indivíduo participa do processo de criação das leis a qual ele será submetido.

Uma verdadeira democracia representativa é aquela na qual o indivíduo escolhe o seu representante, e quem cria a lei é este; o representado obedece a lei, por isso que Rousseau trata de que os indivíduos são as mesmas pessoas em um conjunto a qual se submetem, pois este participa do processo que cria a lei, assim ele é livre.

Para Hobbes, o rei absolutista cria uma lei que garante a liberdade de expressão e do ponto de vista de Rousseau, o indivíduo não é livre, a lei foi criada por uma só pessoa e é imposta sobre todos os demais.

Nesse sistema de democracia direta, se todas as pessoas resolvem editar as leis, impondo uma censura, nessa situação mesmo com a censura, os indivíduos seriam livres, o que importa é a participação popular para a criação de uma lei, pois a vontade geral não é a vontade da maioria, não é a vontade de todos; a vontade geral é fazer aquilo que é o correto, pressupondo que todos os indivíduos são bons por natureza, todos sabem que é certo e o que é errado, independentemente do fato do qual estão vinculados.

Esse fato, que se pressupõe a maioria na edição de uma lei, e se todos observarem o fato concreto, independente, ai é aonde ocorre o fenômeno da corrupção, perdendo-se os princípios, se todos sabem que é o correto, o certo, então nesse sentido é a vontade geral, assim toda a lei não será justa.

O legislador para Rousseau, não tem o mesmo significado nos dias atuais, pois é a pessoa excepcional boa, bom caráter, cabendo a ela a vontade geral, o legislador é um conselheiro, geral, e não de uma maioria.

Para o soberano, o povo é o soberano, nesse processo de contrato social não irá transferir os seus direitos naturais, não vai ceder os seus direitos ao estado.

Soberano é o povo, este sim, possui prerrogativas de criar e editar as leis, o governo apenas executa a lei; os súditos são todas as pessoas, e a lei, é a vontade geral.

A lei é a vontade do povo, e a este irá disciplinar as desigualdades, pois se assim se resume, alguns critérios que deveriam ser observados, quando se trata de constituição de um estado, regidos sob a égide da soberania popular:

> Inalienável, é intransferível;
>
> Indivisível, não pode existir a separação dos poderes;
>
> É infalível, se baseia no que é certo, e a soberania irá se fundamentar o que é certo;
>
> A lei será absoluta, será executada de forma correta, de igualdade entre os indivíduos, não havendo lacunas, pois as lacunas proporcionam o desequilíbrio social, entre ricos e pobres.

O que se subtraí neste tópico, é a relação das atividades que, a princípio, proporcionou a aproximação dos povos, de diferentes culturas e etnias, nas relações intra e extra-consangüinidade.

E nestas relações e atividades comerciárias, se evidência, um verdadeiro sistema retributivo, em virtude das obrigações, uma *obligatio*.

Os usos e os costumes foram estreitados nas comunidades nas comunidades primitivas, uma forma de justiça, aonde, o que é justo é bom nas relações comerciais e adaptando um direito que outrora não escrito passando a ser escrito, eis o nascimento do contrato.

O inadimplemento continuou sendo uma repulsa, mas aos poucos foi se conquistando um fenômeno chamado de confiança, isto posta, em virtude de tão agressiva era o cumprimento de uma obrigação.

A idade média não mereceu muita guarida, pois foi um momento que de fato houve avanços, pois o feudalismo e a influência feroz da religião encabrestaram inúmeras culturas.

As conquistas marítimas e o expansionismo territorial foram o resultado da busca, e de muita sede, para a conquista de novos povos e a busca insaciável de alimentos para saciar a fome de inúmeras pessoas na Europa, e em conseqüência a isso, violentas guerras, doenças (peste negra) e fome ceifou varreu um contingente populacional de milhares pessoas na Europa.

E por fim, com o exaurimento da idade média, e a ascensão do absolutismo, aos poucos foi criando pensamentos e surgimento de filósofos os quais passaram a discutir empiricamente o ser social, o iluminismo ou a era das luzes, rompeu os laços do estado absolutista e condicionou o homem a sua verdadeira essencialidade, o ser.

O século da razão e das idéias se aproxima, o iluminismo começa a ganhar forças através da era da “razão”, a realidade política se transforma, grandes pensadores e filósofos insurgem para debater sobre a relação Estado (absolutista) e o homem, um contrato social, Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau, dentre outros expoentes do fenômeno iluminista, que influenciaram a queda do Estado Absolutista, sob os gritos da Liberdade, Igualdade e a Fraternidade.

CAPÍTULO III - A inteligência racional; um modelo para a inteligência artificial

Nos capítulos anteriores, foi abordada a gênese das formações das instituições jurídicas, conhecidas como famílias. Tais instituições, a princípio, são a primeira forma de organização e de regras comportamentais.

A *obligatio*, como fonte das relações pessoais, tornou-se uma sinapse capaz de interligar as várias modalidades sociais obrigacionais, quer seja familiar, tribo ou familiar consangüíneo, proporcionando um avanço para as regras costumeiras.

Com essa evolução, a relação comercial, baseada nos fenômenos naturais da *obligatio*, fez com o indivíduo chegasse ao ápice das relações pessoais e comerciais, estabelecendo regras.

O não cumprimento das relações pessoas ou comerciais fazem que indivíduo seja banido do grupo, isto é, que haja uma quebra de regras, tornando-se um *homo saccer*, uma pessoa sem alma.

Com a transposição do estado de natureza para o estado moderno nas relações obrigacionais, o homem se tornou um ser social. Assim ficam evidente o acordo entre as atrizes e atores e os coadjutores da espécie humana.

Vale lembrar ainda que os costumes como fonte e forma de regras normativas, tiveram sua participação para essa consolidação, e, para os povos, o costume era algo que estava no mais profundo suspiro mitocondrial de um sistema celular, conhecida como regras.

A família era a base fundamental e as suas vertentes estavam baseadas na sólida proteção, havia, nesse momento, o sistema retributivo que era de comum acordo, pois todos faziam juramentos ao chefe familiar, para que ele fornecesse o lado protetivo e as vantagens materiais. Em síntese, tudo estava concentrado na política familiar.

O termo familiar comporta além do que usualmente tratamos, pois não está no vínculo sanguíneo apenas, mas faz parte tudo aquilo que é assimilado pelo conceito apropriado de parentesco e honra. Enquanto indivíduo social, o ser humano passou a interagir com outras tribos, estabelecendo relações de expansão dos próprios usos e costumes: vieram as celebrações de casamento, associações de interesse mútuo, e as regras de comum acordo.

Há características que equalizou a vida social primitiva, como a coletividade, o conservacionismo, a causalidade; mas, também as vinganças tiveram todas as formas do processo de endoculturação do indivíduo, as quais agiam como regras de um estado de natureza que acompanhava os fenômenos e atos que circundavam o homem.

Convém lembrar que relações comerciais também sempre estiveram presentes. Nascidas como forma de proteção e sobrevivência, a troca comercial entre tribos nasce da necessidade evidente de relacionamento. Desse momento histórico advém o escambo que, como visto, foi de forte influência mercantilista cuja semente estava entrincheirada em um sistema de trocas de especiarias, que, até então, não tinha sido praticada no ocidente.

Discorremos ainda sobre a prática do *Potlatch*, o qual identificou como sendo a gênese de tal sistema. Há evidências de suas práticas nas comunidades indígenas ao norte dos Estados Unidos e oeste do Canadá, lugares onde essa cultura se pratica até os dias atuais, como maneira de cultivar os ensinamentos deixados pelos antepassados.

O racionalismo, representado principalmente por René Descartes e o Empirismo de John Locke formam as duas bases opostas que trabalharam sobre o pensamento humano e desenvolveram pontos essenciais: de um lado, a vertente das ideias inatas; de outro extremo, os aspectos sensoriais como forma de construir o pensamento humano. Para além dos pontos de vista explanados, uma obra fundamental que discorre sobre ontologia, partindo do existencialismo do indivíduo e das causas fenomenológicas é “O Ser e o Nada”, de autoria de Jean Paul Sartre.

Para Sartre, tudo se determina pela própria existência, ou seja, o homem é aquilo que ele mesmo faz de si, e é a partir da sua existência que ele passa a se desenvolver, criando relações, se projetando para o mundo, adquirindo as possibilidades de exercer de fato a sua própria espécie. Mesmo no existencialismo sartreano, o indivíduo sente-se ameaçado pela sua própria espécie, se depara com a existência da alteridade, do outro.

É em função disso que acaba criando uma consciência negativa, podendo ser absorvido ou absorvendo, influenciado pelo estado vingativo presente no seu próprio instinto de sobrevivência; mas, de qualquer forma, compadece-se por um

único detalhe a sinonímia homem-homem, a qual estabelece condutas e comportamentos a partir dos sistemas virtuais de relações.

A ascensão social estava no clamor latente da própria evolução do homem, enrustida na sua vivência e passou a se tornar cada vez mais independente. A similaridade com outras formas de vida animal e silvestre foi sendo deixada para trás, conquistando e aperfeiçoando novas técnicas e regras, rompe-se, assim, a linha fronteiriça:

> [...] a fronteira entre o humano e o animal está completamente rompida. Caíram as últimas fortalezas da defesa do privilégio da singularidade (humana) – a linguagem, o uso de instrumento, o comportamento social, os eventos mentais, nada disso estabelece, realmente, de forma convincente, a separação entre o humano e o animal[133].

Houve, então, um rompimento das relações que aproximavam sobremaneira homens e animais, hierarquizando-se entre si. A evolução estava na própria lei natural das coisas e tudo aquilo que continha vida; ela impulsionava além das fronteiras, de forma que o conhecimento passou a ser uma verdadeira ferramenta para a independência da humanidade. O homem passou, assim, a exercitar o seu conhecimento e adquirindo sabedoria, através da regência natural das leis. Segundo Montesquieu:

> As leis no seu sentido mais amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas e, nesse sentido, todos os seres têm as suas leis: a divindade possui suas leis; o mundo material possui suas leis; as inteligências superiores ao homem possuem suas leis; os animais possuem suas leis; o homem possui suas leis[134].

Contudo, em termos sociais de organização, essa incorporação das etnias também obedecia aos usos e costumes, e principalmente ao aspecto da religião de cada família, pois assim, o que chama a atenção é o fato de que a religião, em épocas remotas, era o grande alicerce no comportamento e no equilíbrio social.

---

[133] HARAWAY. Dona J. **Antropologia do Ciborgue:** as vertigens do pós humano**.** Organização e tradução Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 40.
[134] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das leis (Os Pensadores)**. Traduções Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 25.

Com essa aproximação, advém a transposição do estado de natureza para o estado moderno. A filosofia, representada pelos contratualistas Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, discorre sobre diversos pontos a respeito da fundamentação do estado moderno.

A teoria hobbesiana trata sobre o estado de natureza, aquele em que o homem, por medo do ataque por antecipação de outro homem, acaba por estabelecer uma guerra generalizada de todos contra todos.

A intenção do homem é sempre se manter vivo, em movimento e Hobbes identifica nessa intenção a ação por medo da perda: receosos de serem atingidos, os homens passam a entrar em guerra, passando a ser “lobo do próprio homem”. Uma norma, dirá Hobbes, capaz de controlar a vida e a morte deve instaurar um poder, o qual submeterá todos, em prol do bem comum: esse poder é o Leviatã, o estado soberano.

Os fatos, os valores e a constituição de uma norma, baseados através do comportamento social da raça humana, fazem da norma genitora do direito; pois o direito é um exercício praticado apenas pelas pessoas nas relações antropológicas normativas, dentro das inúmeras prerrogativas das grandes ciências naturais, que acompanham a própria espécie humana.

Vale lembrar que a Idade Média rompe com a Antiguidade e o imperialismo romano declina diante do expansionismo que ele mesmo promoveu, enfraquecendo os territórios conquistados, dando abertura às diferentes invasões bárbaras, principalmente as germanas.

Na ocasião, a religião, aceita por Roma, passou a absorver as suas regras e se compor com os seus ensinamentos religiosos. Para coibir e tratar as relações sociais, o império impõe a fé como um mecanismo de união perante os bárbaros: a esse período dá-se o nome de patrística, quando a fé passa a ser vista como regra matriz.

Para restabelecer a ordem social, os ensinamentos religiosos foram essenciais para a educação dos povos bárbaros em territórios romanos. Discorremos também sobre a era escolástica, a qual não questionava sobre o que a fé já determinava, mas defendia a “razão” das coisas. A razão e as idéias influenciaram o rompimento do Estado absolutista, dando origem as revoluções burguesas, cujo ápice foi a Revolução Francesa, em 1789. A era das luzes trouxe

em seu bojo o iluminismo e sua possibilidade de Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

O Iluminismo e as revoluções burguesas contribuíram para o fortalecimento das atividades que impuseram inovações. Nasce a Era Industrial, a possibilidade de a máquina agir pelo homem na confecção de produtos.

A máquina passou a ser o objeto inanimado a disposição do homem, proporcionando uma nova era de descobertas e de construções, os resultados e os lucros através da produção conquistavam espaço.

Não tardou e a eletrônica surgiu e influenciou o grande expansionismo intelectual artificial e cibernético. As mudanças estavam à disposição da humanidade. Ao menos, em teoria.

Hoje, na Idade Contemporânea, contemplam-se os rápidos avanços, principalmente no campo tecnológico. Merece destaque o fortalecimento do Estado, que pode ser observado pelo modo jurídico e pela maneira política de observá-lo, editando regras e normas para uma convivência adequada.

Enfim, de forma sumaríssima, retomamos algumas informações dos capítulos anteriores para ilustrar a evolução da humanidade até o presente momento e gradativamente a evolução das ciências das leis naturais, fundamentadas nos reflexos do comportamento humano, usos e costumes.

3.1. A inteligência racional e a inteligência artificial, no processo do conhecimento.

Descartes, representante da teoria racionalista ficou reconhecido pela famosa frase “penso logo existo”, a qual repercutiu nos mais diferentes ambientes acadêmicos, abrangendo, de forma significativa, a essencialidade da subjetividade humana, ou seja, o homem racional, aquele que pensa e prova disso a sua própria existência.

John Locke, representante do empirismo, parte dos fenômenos sensoriais como fonte das idéias humanas, embora não descarte que tais idéias partem de um princípio de construções inato. No empirismo, o homem pertence a natureza, de onde vem todo o sentido para a vida. A subjetividade humana, desenvolvida pelos

filósofos, e conceito fundamental para entender as transformações culturais humanas:

> É, entretanto, na teoria cultural que analisa as radicais transformações culturais pelas quais passamos que podemos ver o desenvolvimento de um pensamento que nos faz questionar radicalmente as concepções dominantes sobre a subjetividade[135].

A humanidade, é preciso ressaltar, foi, é e continuará sendo a espécie que ao longo dos tempos não interrompeu sua evolução, pois ela não está somente no ambiente externo ou do meio em que ele está vivendo, mas sim, nas atividades orgânicas desenvolvidas nas estruturas de seu próprio organismo. Ou seja, a regra matriz do seu desenvolvimento está contida naquilo que se pode afirmar como sendo o núcleo celular:

> Von Neumann disse uma vez que a vida como nós conhecemos não poderia ter ocorrido a menos que um certo grau de complexidade estivesse presente; uma vez atingido um nível determinado, um processo evolucionário começou a criar moléculas cada vez mais complexas, que, em algum momento, se tornaram os organismos como os conhecemos hoje[136].

A teoria evolutiva através das células aduz que a evolução se dá em decorrência do exercício contínuo da memória, por isso, o homem não se finaliza por si só. O cérebro humano está cada vez mais evoluindo, fazendo novas descobertas e adquirindo informações, e, para isso, tem como aliado um componente conhecido como eletrônica, capaz de poder armazenar todas as informações que se julgam necessárias.

Todo o corpo humano está estruturado e organizado e impulsionado através da razoabilidade, observa-se que, por ser uma estrutura organizada, ela obedece a sua constituição nas regras dentro de um contexto da ciência biológica. A fisiologia humana trata sobre a organização celular como código de funcionamento do organismo celular biológico, isto é, estrutura humana organizada.

---

[135] HARAWAY. Dona J. **Antropologia do Ciborgue:** as vertigens do pós humano**.** Organização e tradução Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 10.

[136] BARONE, Dante. **Sociedades artificiais: a nova fronteira da inteligência nas máquinas**. Porto Alegre: Bookman, 2003. p. 22.

Todavia, o que realmente faz a essa estrutura funcionar é a relação da regra matriz biológica, mais conhecido como neurônio biológico, o qual está localizado no interior do cérebro humano, representado pela célula e suas organelas, cuja função é o processamento das informações adquiridas no mundo, através dos sentimentos.

Ora, nesse sentido, tanto Descartes e Locke são contemplados por suas doutrinas, apenas divergindo na caracterização das ideias do conhecimento. De certa forma, os valores se mantêm.

O homem é um ser inteligente, em virtude de sua racionalização, ou, a capacidade de exercitar na sua própria estrutura o “pensar”; o ensinamento de Descartes continua a acalorar grandes mentes humanas, e provando que o fato do exercício de pensar é uma particularidade humana.

O cérebro ainda continua como um grande mistério e desafio para o homem, visto como um sistema de autocontrole, um sistema elétrico, capaz de coordenar, processar e ordenar a grande estrutura do corpo humano.

Além disso, o sistema cognitivo é o que garante ao homem uma condição única entre as espécies que habitam este planeta, dada a sua capacidade de antecipar as ameaças ou o resultado delas, imaginando saídas para situações nunca enfrentadas. Uma das particularidades permitidas pelo sistema cognitivo humano, por exemplo, é a capacidade de cálculo e raciocínio.

Essa reação também é um resultado de uma experiência acumulada desde os primórdios da humanidade, quando os hominídeos, por pura necessidade e em busca de proteção, buscavam viver em sociedade. Trata disso o primeiro capítulo dessa pesquisa.

Com a evolução ao longo do tempo, o cérebro humano garantiu a expansão pré-frontal responsável pela análise e respostas às mais diversas situações, incluindo os mecanismos de avaliação do grau do perigo. Em outro sentido, o cérebro pode ser equiparado como um computador, posto que armazene os dados que são guardados para o uso em curto e longo prazo.

Há um detalhe que merece destaque no homem: as informações encontram-se na consciência cognitiva ou memória humana, aonde as informações adquiridas são armazenadas e evocadas através dos neurobiológicos e dos fenômenos

empíricos do mundo sensorial externo. No entanto, as informações podem permanecer por longo ou curto prazo.

A conquista e as descobertas induzem a humanidade a buscar respostas que permeiam na sua sã consciência. No primeiro capítulo, tratamos do o desenvolvimento social, isso se deve em virtude dos inúmeros comportamentos em que o homem sofreu, por pura interação comunicativa (virtual) social, uma interação eletrônica de comunicação, assim:

> O mundo é subdividido por fronteiras diferencialmente permeáveis à informação. A informação é apenas aquele tipo de elemento quantificável (unidade, base da unidade) que permite uma tradução universal e, assim, um poder universal sem interferências, isto é, aquilo que se chama de "comunicação eficaz[137].

Com a evolução cientifica, questionamentos passaram a ser feitos e novas respostas criadas, cotidianamente. E, para que isso ocorra, a informação é de grande valia, pois "uma ciência desenvolvida desde o início com alta precisão matemática e técnica deparou-se com uma disciplina filosófica desenvolvida com muita acuidade: a teoria do conhecimento[138]". Assim:

> ...o conhecimento repousa em todos os níveis sobre a interação entre o sujeito e os objetos, ... mesmo quando o conhecimento toma o sujeito como objeto, há construções de interações entre o sujeito-que-conhece e o sujeito-conhecido. (Tradução nossa)[139].

Para demonstrar essa evolução e desenvolvimento humano da inteligência racional, faz-se necessário elencar Jean William Fritz Piaget, epistemologia responsável pela epistemologia genética, a qual trata do desenvolvimento psicológico do raciocínio do homem

---

[137] HARAWAY. Donna J. **Manifesto Ciborgue Ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX**. Organizado e traduzido por Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 65.

[138] BENNATON, Jocelyn. **O que é cibernética**. São Paulo: Nova Cultural, 1986. p. 12.

[139] la connaissance repose à tous les niveaux sur des interactions entre le sujet et les objets. [...] même quand la connaissance prend le sujet comme objet, il y a construction d'interactions entre le sujet-qui-connaît et le sujet-connu. Piaget, Jean. Les Problèmes Principaux de L'Épistémologie des Mathématiques. In: PIAGET, J. (Org.). **Logique et Connaissance Scientifique**. Dijon: Gallimard, 1967. p. 590.

> [...] a inteligência é a adaptação e sua função é estruturar o universo, da mesma forma que o organismo estrutura o meio ambiente, não havendo diferenças essenciais entre os seres vivos, mas somente tipos específicos de problemas que implicam em níveis diversos de organização[140].

Um dos pontos que de fato importa na presente pesquisa é exatamente sobre o desenvolvimento da inteligência e da funcionalidade do cérebro, não de forma profunda cientificamente, que não é o objeto da pesquisa, mas de maneira anos fornecer informações e elementos suficientes para que seja comprovado o processo de desenvolvimento do conhecimento humano.

No entanto, será necessário abordar alguns pensadores que efetivamente tratam sobre a questão desse desenvolvimento do conhecimento e da sabedoria. Ou, em outras palavras, demonstrar de forma cientifica, o desenvolvimento do cérebro humano.

Para isso, existem tantos e vários autores e personagens que contribuíram para a literatura cientificam.

Recorreremos a Jean Willis Fritz Piaget, de origem suíça, biólogo, psicólogo. Piaget construiu a obra denominada de “A Epistemologia Genética”, o qual busca as origens e os processos de formação do pensamento e do conhecimento humano.

Para compreender Piaget, cabe explanarmos sobre o conceito de epistemologia, a qual discorre a racionalidade do conhecimento cientifico, analisando todo o processo da ciência sob o ponto de vista lógico, assim, pode ser definida como:

> Conjunto de conhecimentos que tem por objeto o conhecimento cientifico, visando explicar os seus condicionamentos (sejam matemáticos ou linguísticos), sistematizar as suas relações e esclarecer os seus vínculos e avaliar os seus resultados e aplicações[141].

A lição de Piaget com a qual iniciaremos trata juntamente sobre o conhecimento, sobre o que o autor entende por Epistemologia Genética, isto é:

---

[140] PIAGET, Jean. **A epistemologia genética**: sabedoria e ilusões da filosofia: problemas de psicologia genética. Traduções de Nathanael C. Caixeiro, Zilda Abujamra Dacir, Célia E. A. Di Pietro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. X.

[141] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda**. Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Coord. Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 817.

> [...] a filosofia da ciência e, num sentido mais geral, o estudo das teorias do conhecimento (segundo vários registros e diversas concepções de conhecimento). Epistemologia genética, estudo da evolução das estruturas sucessivas de conhecimentos durante o desenvolvimento cognitivo do indivíduo (segundo J. Piaget, estas se orientam para uma conceitualização cada vez mais abstrata e geral; o pensamento obtém uma interiorização progressiva das ações sob a forma de um sistema de operações)[142].

Nessa estrutura, vê-se que inteligência cognitiva se desenvolve e os elementos externos contribuem para o crescimento intelecto do indivíduo. Mais uma vez o emprego do termo "genético" é algo que vem à baila para demonstrar que geneticamente o homem tem o poder de instituir e organizar, bem como de se auto organizar, algo que está intrínseco à essencialidade humana.

Considerando essa questão, o fator intelecto deve ser definido como uma função e sustentada de uma estrutura receptora das informações e absorvida pelo cérebro humano, através das adaptações, em um determinado intervalo, assim:

> O sistema nervoso não executa instruções codificadas; em vez disso, ativa ligação entre neurônios, conhecidos como sinapses. Cada ativação do gênero equivale a executar uma instrução digital, de forma que é possível comparar o número de conexões ativadas no cérebro a cada segundo com o número de instruções que um computador executa no mesmo intervalo de tempo[143].

Para Jean Piaget, a função é a adaptação, a sobrevivência, ou seja, modificar-se de acordo com o meio; essa seria a função da inteligência, descrita como uma organização de processos que permitem graus de complexidade, nesse sentido:

> Afirmar que a inteligência é um caso particular da adaptação biológica equivale, portanto, a supor que ela é, essencialmente, uma

[142] LAROUSSE. **Grande enciclopédia Larousse cultural**. São Paulo: Nova Cultural, 1998. p. 2134.
[143] BOAHEN, Kwabena. Scientific American. **Chips Neuromórficos**, Campinas, SP, ano 4, n. 37, p. 73, Nov. 2005.

> organização e que sua função consiste em estruturar o universo tal como o organismo estrutura o meio imediato[144].

O crescimento da inteligência não se dá por acúmulo de informações, mas sim de uma maneira de reorganização da própria essência e funcionalidade da inteligência. Nesse ponto, crescer é reorganizar a própria inteligência para obter mais possibilidades de assimilação de informações.

Piaget corrobora alguns conceitos e, para compreender esse crescimento organizacional, descreve o conceito da assimilação. Para o autor, o observador visualizará o mundo e os seus fenômenos naturais e as ações delas decorrentes, lançando os olhares nestes em busca de respostas, que serão interpretadas.

Nisso, a assimilação é quando os novos dados do meio em que está localizado são inseridos em um sistema de relações que adquire significativos para a pessoa, uma verdadeira interação entre a subjetividade e a objetividade, e desenvolvendo os níveis motores sensoriais.

Outro ponto é o aspecto da acomodação, isto é, as estruturas mentais, são responsáveis por fazer o indivíduo conhecer o mundo e se modificar para dar sustentabilidade às singularidades do objeto.

No entanto a acomodação, para esse sistema de relações com idéias e conceitos que a pessoa já possuía e que foi justamente o que ajudou a compreender o novo dado, fora assimilado; de tal forma esse sistema será modificado com a inserção de novos dados, uma alimentação de informações, reajustando e aperfeiçoando-se para a o desenvolvimento da subjetividade. Nesse sentido:

> A assimilação nunca pode ser pura, visto que, ao incorporar os novos elementos nos esquemas anteriores, a inteligência modifica incessantemente os últimos para ajustá-los aos novos dados. Mas, inversamente, as coisas nunca são conhecidas em si mesmas, porquanto esse trabalho de acomodação só é possível em função do processo inverso de assimilação[145].

[144] PIAGET, Jean. **O nascimento da inteligência na criança**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 15.
[145] PIAGET, Jean. **A formação do símbolo na criança**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar. 1975. p. 18.

É assim que se associa a assimilação e a acomodação, ao conhecer o objeto e a sua organização, modifica-se para entender o objeto: é a acomodação do processo do conhecimento.

Frisam-se, nesse sentido, que a acomodação e a assimilação são mecanismos de adaptação na interação com o meio, pois são os modos de que o homem se adapta a cada mudança para lidar com os novos desafios que essa mudança traz, nisso:

> [...] entende o termo assimilação com a acepção ampla de uma integração de elementos novos em estruturas ou esquemas já existentes. A noção de assimilação, por um lado, implica a noção de significação e por outro expressa o fato fundamental de que todo o conhecimento está ligado a uma ação e de que conhecer um objeto ou acontecimento é assimilá-lo a esquemas de ação[146].

Outro conceito é a equilibração, que, segundo Piaget, trata do sujeito que se depara com um objeto novo com o qual poderá conflitar e, por isso, passa a ser um objeto que apresenta uma dificuldade em ser reconhecido.

O mesmo objeto apresenta características distintas das que ele conhece costumeiramente, pois se sabe que no vértice de sua inteligência um mesmo objeto encontra-se organizado e assimilado como tal. A distinção promovida por este objeto na presença do indivíduo faz com que ingresse em uma fase denominada de desequilíbrio; que, quando suprimido, permite o raciocínio absolvê-lo, acomodando e reestruturando a inteligência do indivíduo.

É evidente que, para conhecer esse novo objeto, a inteligência acomodar-se-á, criando uma estabilidade de organização mental do conhecimento do objeto, proporcionada pelo equilíbrio e desequilíbrio. Essa é uma fase dinâmica que propõe o conhecimento da inteligência. Vale frisar que Jean Piaget adota o conceito da equilibração justamente por acreditar na dinâmica das propriedades hermenêuticas do conhecimento humano.

O cérebro humano instiga a todos os pensadores, especialmente porque é um órgão que se apresenta como uma estrutura complexa e dinâmica. Pensando

[146] PIAGET, Jean. **A epistemologia genética**: sabedoria e ilusões da filosofia: problemas de psicologia genética. Traduções de Nathanael C. Caixeiro, Zilda Abujamra Dacir, Célia E. A. Di Pietro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. XI.

nisso e recorrendo a lição piagetiana da equilibração, notamos que a mente humana recebe informações, processa, armazena, reestrutura todas as informações através dos objetos.

Essa é uma verdadeira autopoiese, definida por Maturana, a qual acontece a cada instante, incessantemente e de muitas maneiras simultâneas. É o palpitar da vida[147], diz o mesmo autor, que se manifesta a respeito da conservação e da manutenção regenerativas dos processos de assimilação:

> Assim, a autopoiese das células que compõem um metacelular também se subordina à sua autopoiese como sistema auto-poiético de segunda ordem. Portanto, toda mudança estrutural acontece num ser viva necessariamente demarcada pela conservação de sua autopoiese. As interações que desencadeiem nele mudanças estruturais compatíveis com essa conservação serão perturbadoras. Do contrário, serão interações destrutivas.

Nesse mesmo sentido, para Jean Piaget, conhecer é organizar, estruturar e fornecer explicações a realidade dos fatos a partir da vivência e das experiências com os objetos do conhecimento. O que as mudanças proporcionam é demarcado na própria conservação do homem.

Logo, o que se percebe, a princípio, é que há uma aproximação, também entre Piaget e a doutrina de John Locke, especialmente quando este se refere aos aspectos sensoriais externos, ou, as fontes externas induzem e produzem para a construção de seu conhecimento no indivíduo:

> O conhecimento não pode ser concebido como algo predeterminado nem nas estruturas internas do sujeito, porquanto estas resultam de uma construção efetiva e contínua, nem nas características preexistentes do objeto, uma vez que elas só são conhecidas graças à mediação necessária dessas estruturas, e que essas, ao enquadrá-las, enriquecem-nas[148].

[147] MATURANA. Humberto R. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001. p. 114.

[148] PIAGET, Jean. **A epistemologia genética**: sabedoria e ilusões da filosofia: problemas de psicologia genética. Traduções de Nathanael C. Caixeiro, Zilda Abujamra Dacir, Célia E. A. Di Pietro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 1.

O conhecimento sofre inúmeras influências, não há o que comentar quando se pensa que o indivíduo já está determinado de forma estrutural a sua inteligência, a qual se renova a cada instante através dos objetos do mundo sensorial. Aliás, é deste mundo através dos fenômenos sensoriais que provém a acomodação das idéias.

3.1.1. O processo do conhecimento na sociedade

Outro ícone que merece destaque para a evolução da inteligência é Lev Semionovich Vygotsky, bielorrusso, nascido no mesmo ano que Jean Willis Fritz Piaget.Vygotsky é o precursor da corrente mais importante, de dimensão social e histórica, o seu referencial é o materialismo dialético[149].

Segundo Vygotsky, o indivíduo originou-se da vida em sociedade, das relações sociais, do sentimento da percepção do mundo em relação a como ele se comporta, moldando-se conforme as regras que regem todo o segmento social.

Nesse sentido, o processo do conhecimento depende das condições sociais, é esse o processo que impulsiona o desenvolvimento humano, sua maturidade e a reação aos sentidos e regras biológicas construídas entre as pessoas.

Vygotsky parte de uma vertente que discorre sobre a zona de desenvolvimento proximal, e são dois conceitos usados por ele para explicar a formação do indivíduo.

A primeira é a zona de desenvolvimento real, na qual o indivíduo é capaz de realizar tarefas e ainda aprender com isso. Parte-se do princípio que a pessoa possa voltar ao passado, reaprendendo e reformulando conceitos, como um verdadeiro sistema de *feedback*, ou retroalimentação:

> Até aqui, o *feedback* manifestou-se para nós como um meio supremo que a máquina possui para imitar a vida. E a retroação parece conter

[149] Palavra oriunda do grego (*dialectike*), na Grécia era conhecida como a arte do diálogo, que é a somatória da tese, antítese tendo como resultado a síntese; o expoente naquele período foi o Heráclito de Efeso. Sócrates era considerado como o criador da dialética; sendo seguido por Platão e Aristóteles. A dialética enfraqueceu na idade média em virtude do monopólio religioso; veio novamente a ganhar impulso nos meados do século XVII através de Thomas Hobbes, Gottfried Wilhelm Leibniz e dentro outros filósofos, que proporcionaram a grande revolução iluminista sob os auspícios da Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

> todo o princípio dos “regulamentos”, em virtude dos quais os seres vivos se adaptam às circunstâncias[150].

A zona de desenvolvimento proximal, formulada por Vygotsky, argumenta que o modo de agir e de raciocinar ainda estão em pleno desenvolvimento do indivíduo, ou seja, ele não se torna imutável, e a dinâmica desenvolvida no ser continua.

Assim, os modos de agir e de raciocinar não se reproduzem por si só, de modo que se faz necessária a ajuda de uma terceira pessoa para partilhar deste experimento. O compartilhamento que a zona proximal oferece permite ao indivíduo, que, a partir das condições sociais, ele seja impulsionado a realizar tais tarefas adquirindo uma formação, maturidade organicidade.

Nesse sentido, essa fase (zona proximal) está relacionada às características futurísticas, pois o indivíduo não tem condições para promover a realimentação do conhecimento.

O contexto social influi no comportamento mais do que as próprias crenças, visto que tem uma profunda influência sobre as formas de pensamentos como uma prática da forma de pensar. Além disso, é parte de um processo de desenvolvimento, sendo, assim, um modelo de processo de cognição. Nesse modelo, o contexto social é considerado em vários níveis, sendo um deles chamado de nível interativo imediato. Este nível é constituído por indivíduos interagindo socialmente, aprendendo e compartilhando de forma recíproca.

O segundo nível é constituído pelas estruturas sociais, parte influente exclusivamente na família; o terceiro e último nível é chamado de cultural e social, integrado pela sociedade em geral, e sob as influências das linguagens, dos números e da tecnologia. Cotidianamente, a tecnologia se aproxima a cada dia mais do homem, sendo receptora e adquirindo formas, pensamentos e hábitos para exercer o ofício humano.

O fato de eleger Piaget e Vygotsky para esse tópico, no que diz respeito ao construtivismo da inteligência racional, tem como finalidade compreender a

[150] LATIL, Pierre de. **O pensamento artificial**. Tradução Jerônimo monteiro. 3. ed. São Paulo: Ibrasa,1973. p. 260.

inteligência do homem frente aos fenômenos sensoriais externos e a forma de assimilação e acomodação das informações no desenvolvimento cognitivo.

A epistemologia piagetiana estuda a origem e o desenvolvimento das habilidades cognitivas, no aspecto orgânico e biológico, fato que o conduziu a descobrir que cada indivíduo se desenvolveu no seu próprio ritmo de vida. A partir disso, Piaget argumenta que a evolução cognitiva é uma reorganização das estruturas e também é o resultado dos processos adaptativos na assimilação do conhecimento e da acomodação nas estruturas cognitivas.

O desenvolvimento e o exercício do conhecimento são inerentes ao próprio desenvolvimento cognitivo, sem a interferência de terceiros: é a mais pura essencialidade que o cérebro é capaz de realizar, de forma gradativa, através das estruturas cognitivas corporificadas no próprio indivíduo, como o convívio familiar.

Essas estruturas cognitivas acontecem por assimilação e acomodação: primeiro o indivíduo assimila o que está se processando - é um conhecimento prévio contida dessas estruturas - o que lhe permite, assim, recriar e entender o conhecimento, algo semelhante ao *feedback*.

A retroalimentação e o processamento das idéias proporcionam para o indivíduo a manutenção, ampliação e modificação da estrutura cognitiva, expandindo-a para a recepção de novas informações, uma verdadeira e real equilibração, segundo o Piaget.

Se, para Piaget, o desenvolvimento se dá através do processamento das informações, assimiladas, acomodadas e equilibrados na consciência da pessoa; para Vygotsky os fatores externos sensoriais são essenciais como formas de aprendizagem, e do desenvolvimento da inteligência do indivíduo. Assim, ele trata dos elementos genéticos, agregando e condicionando o desenvolvimento da inteligência através da cultura.

Igualmente, ele argumenta que os processos de aprendizagem e de conhecimento estão condicionados pela cultura do indivíduo, em outras palavras, Vygotsky abrilhantou a tese sobre o desenvolvimento da inteligência racional, na qual o indivíduo está intrinsecamente relacionado à sua própria cultura e interfere maciçamente na cultura local, através das regras dos usos e costumes.

Há uma relação ao que foi apresentada no primeiro capítulo sobre cultura dos povos e a condição daquela sociedade, pois o culto aos usos e aos costumes era a regra e, nesse desenvolvimento cultural, obtinham os resultados das construções sociais relacionadas ao crescimento do raciocínio retributivo familiar.

O uso da linguagem, considerada como uma extensão das atribuições de aproximação das pessoas é um reflexo dos meios de comunicações com aparências, *a priori*, voltadas à cibernética. A tecnologia proporcionou a expansão da cultura e da inteligência cognitiva, expondo idéias e conceituando o conservadorismo aos cultos do passado, enriquecendo o presente e projetando para o futuro. Segundo Levy:

> A inteligência ou a cognição são o resultado de redes complexas onde interagem um grande número de atores humanos, biológicos e técnicos. Não sou "eu" que sou inteligente, mas "eu" com o grupo humano do qual sou membro, com minha língua, com toda uma herança de métodos e tecnologias intelectuais (dentre as quais, o uso da escrita)[151].

Assim, Vygotsky ressalta a importância dos processos sociais e culturais no processo da construção cognitiva dos indivíduos, nos quais assimilar é interiorizar os processos dos usos e costumes pertinentes ao que é peculiar na sociedade em que se vive.

Mais uma vez, fica válida a doutrina e tese defendia por John Locke, quando este questiona sobre os fenômenos sensoriais, e a influência destes, com a personificação da inteligência humana, mas ressalta-se, tanto Locke quanto Descartes, ambos defendem o conceito de que o homem pertence à natureza.

3.1.2 As tendências cognitivas da inteligência artificial

Os esforços empreendidos pelos especialistas da inteligência artificial (IA) têm sido direcionados à produção de uma nova versão mais avançada daquilo que

[151] LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993. p. 137.

se pode chamar de inteligência humana e convivência - leis e regras biológicas para que possa interagir socialmente entre as pessoas:

> Se a ciência que fundamenta a inteligência artificial fez alguma contribuição ao conhecimento humano, esta se deu na confirmação de que a inteligência não é um vapor místico que permeia os homens e os anjos, mas sim o efeito de um conjunto de princípios de mecanismos que podem ser entendidos e aplicados no projeto de máquinas inteligentes[152].

As técnicas de inteligência artificial permitem com que o computador tenha um raciocínio aproximado ao do homem, por exemplo, alguns veículos que estão sendo adaptados para se locomoverem sem a ajuda humana; outro exemplo da inteligência artificial, por exemplo, é o avião, o qual já pousa e levanta vôo sem a interferência humana, apenas sob os controles que estas aeronaves proporcionam tal maestria.

Além desses, há outros sistemas inteligentes que são projetados para agirem ou se comportarem como humanos, assim, terão os aplicativos, os quais são usados para auxiliar em pesquisas ou até mesmo administrarem ou monitorar veículos de transportes e particulares. Para esses sistemas, é delegada à máquina uma forma de trabalho repetitiva, rápida e carente de operacionalização.

A sistemática de tal delegação é limitada, assim, ao detectar um problema, a máquina passa a informação para uma pessoa que tenha as habilidades humanas para resolver tal problema, ou seja, por enquanto, a máquina ainda serve para o homem.

Observando nesse sentido, da relação homem-máquina, e as suas benfeitorias no conforto que proporciona ao homem, será que neste momento seria válido questionar se existe, ainda, a evolução das relações sentimentais entre as pessoas?

Vimos no segundo capítulo que a política e a gênese do *Potlatch* do Escambo são verdadeiros sistemas de mecanicismo que influenciaram o surgimento das comunidades, vilas, cidades, Estados e assim a soberania estatal; isso sem

[152] LUGER, George F. **Inteligência artificial**: estruturas e estratégias para a solução de problemas complexos. Trad. Paulo Engel. 4. ed. Porto Alegre: Bookmann, 2004. p. 705.

questionar a importância da aproximação das mais diversas culturas de diversos povos, incorporando os usos e os costumes.

As trocas são verdadeiros sistemas de crédito rotativo e com a inteligência artificial não é diferente, porque o que de fato diferencia estes dois sistemas é que, por exemplo, uma instituição financeira, a qual presta informações e autoriza nas relações de consumo compras e vendas podem identificar a ausência de saldo do comprador, que será acusada por mensagem eletrônica.

Essa transição entre homem e máquina no sistema de crédito é prova de que o homem está delegando os seus dados pessoais para uma máquina, isto é, uma inteligência apartada ou externa criada por ele mesmo para administrar um crédito.

Isso faz com que a máquina seja capaz de identificação a relação comercial de compra e venda, e, dentro dos critérios da inteligência, criar um histórico de consumo justamente para exercer a eficácia da segurança jurídica de um negócio. Todo esse aparato preserva ambas as partes em um verdadeiro exercício de direito, auxiliado pela eletrônica.

É válida, nessa circunstância, certa desconfiança, ou dizer ainda que, um dia, poderão existir sistemas que agem de forma racional, que possuam comportamento humano a ponto de aproximarem da capacidade de pensar das pessoas, terem sentimentos, desejos, tristezas e alegrias, amor e esperança:

> Sim, certamente um robô poderá sentir felicidade, tristeza e dor. Cog, o robô humanóide que estamos construindo no Instituo de tecnologia de Massachusetts, em Boston está projeto para ter estas capacidades[153]

Estão sendo desenvolvidas várias técnicas de inteligência artificial, que buscam reproduzir o funcionamento do cérebro humano, desde o seu funcionamento neuroquímico até as funções psicológicas mais complexas, para serem implantados em máquinas robóticas a serviço da humanidade. Nota-se que o homem já é capaz de fazer sistemas que aprendem a reconhecer a exemplo das imagens, nisso,

[153] DENNET, Daniel Clement. **Somos todos robôs**. 1996. São Paulo: Editora Três. p. 5. [Entrevista na Revista Isto É].

estamos nos fenômenos visuais mais complexos, como a consciência e a emoção, ainda muito distantes de uma existência efetiva.

O que se constata, hoje, é que a inteligência artificial é apenas uma ferramenta para amplificar e estender a inteligência humana, pois é um grande ramo multidisciplinadora, no qual diversos e modernos sistemas integram as engenharias e as ciências humanas. Dessa forma, a tecnologia permite ao homem se inspirar pela ideia daquilo que se pode constituir e tornar perfeitos, buscando a excelência e a perfeição para o homem do futuro.

Cabe aqui um resgate de obra cinematográfica como exemplo do que está ocorrendo com os avanços tecnológicos, a qual foi exibida em meados da década de 20, intitulada “Metropolis”. Dirigida por Fritz Lang, o filme fez uma inusitada mensagem futurística da relação entre homem e máquina, com cenas marcantes para história do cinema. Em determinado momento no filme, um dos atores diz: “dê-me outras 24 horas e ninguém, Joh Fredersen, ninguém será capaz de dizer se é um robô ou um mortal[154]”: esse diálogo denota, surpreendentemente, os fortes indícios e desejos na robótica, de como o homem estaria transferindo a roupagem biológica para uma máquina.

A indústria cinematográfica produz diversos filmes e seriado relacionado à ficção cientifica, muitos de grande sucesso e de bilheterias milionárias. O que chama atenção é a essência dessas obras televisivas, sempre tendo eletrônica como fonte inspiradora das temáticas, as quais vêm trazendo à baila a aproximação da humanidade com estes humanóides.

Podemos retomar grandes clássicos: “Steve Austin, astronauta, um homem semimorto. Senhores, nós podemos reconstruí-lo. Temos a capacidade a capacidade técnica para fazer o primeiro homem biônico do mundo. Muito melhor do que era. Mais forte e mais rápido”, essa era a vinheta de entrada do seriado “O homem de seis milhões de dólares[155]”, um humano aonde seus principais órgãos funcionavam com o auxílio de máquina, formando um exemplo de relacionamento hibridez entre humano e máquina.

[154] Metropolis (1927) Fritz Lang - **Rescoreby The New Pollutants**, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Q0NzALRJifI>. Acesso em: 24 jan. 2017.
[155] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5XT_0A_7pZ8>. Acesso em: 1 Jun. 2017.

É inesquecível também o lendário “O exterminador do futuro” com o astro e atualmente governador do Estado da Califórnia, Arnold Schwarzenegger, protagonista com tecido vivo sobre um endoesqueleto metálico, capaz de executar diversas ações iguais a um homem, o que o tornava mais próximo ainda de um humano.

São diferentes metáforas que evidenciam o híbrido entre homens e máquinas. Trata-se de um sistema híbrido, no qual há junção da máquina com o homem; mas então como seria essa hibridação? Para essa resposta, Hanna Haraway comenta:

> No fim do século XX, neste tempo, um tempo mítico, somos todos quimeras, híbridos –teóricos e fabricados – de máquina e organismo; somos, em suma, Ciborgues. O Ciborgue é nossa antologia; ele determina nossa política. O Ciborgue é uma imagem condensada tanto da imaginação quanto da realidade matéria: esses dois centros, conjugados, estruturam qualquer possibilidade de Transformação histórica[156].

Há uma seqüência de hibridação e da conjugação do desenvolvimento da espécie humana e, com a ajuda da epistemologia, é possível constatar que a hibridação teria uma ordem seqüencial do desenvolvimento

Seria possível identificar subtrair nesta lógica: homem; homem-máquina; máquina-homem e máquina; poderia ser essa a seqüência do desenvolvimento, da relação entre homem e máquina? Questiona-se a possibilidade de a automação ser uma realidade que percorre desde as grandes invenções e revoluções industriais, voltada ao crescimento. Ensina Teixeira que:

> Von Neumann concebia a vida como essencialmente transmissão de informação realizada através de um sistema dinâmico suficientemente poderoso para se reproduzir e gerar um descendente mais complexo do que seus genitores. Atrás disto estava a intuição de que os seres vivos eram os melhores modelos para inspirar a construção de sistemas artificiais mais poderosos[157].

---

[156] HARAWAY, Donna J..**Manifesto Ciborgue: Ciência, tecnologia e feminismo socialista no final do século XX**. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 37.

[157] TEIXEIRA, João de Fernandes. **Mentes e máquinas**: uma introdução à ciência cognitiva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998. p. 123.

Nesse cenário, artificializar a própria vida humana torna-se apenas um desafio técnico, no sentido de projetar as condições de sobrevivência da raça humana; se a vida é um bem maior da humanidade:

> O conceito de vida é preocupação da ciência desde os antigos gregos. Para Aristóteles, a totalidade da criação podia ser dividida em duas classes: matéria animada ou inanimada. A primeira abrangia todos os objetos incapazes de ação autônoma, isto é, que requeriam intervenção externa para realizar algum feito – por exemplo, uma pedra só é capaz de se mover caso alguém imprima uma força sobre ela. A segunda categoria agrupava todos seres capazes de, por si mesmos, agir sobre o mundo. O problema de tal sistema de classificação é que mesmo seres complexos, como o homem, apenas são capazes de ação graças ao que lhes é fornecido pelo ambiente. Apesar de regidos por relações muito mais complexas, seres animados, assim como inanimados, podem ser vistos como máquinas que agem em função de estímulos provenientes do exterior[158].

Os aspectos sensoriais, extraídas pelo próprio meio ambiente, induzem e reforçam o conceito de que a natureza que circunda o próprio comportamento humano é responsável por exercer uma influência misteriosa para que os fatos aconteçam, sejam eles promovidos pelo próprio indivíduo, quanto aos objetos existentes a sua volta.

Alterando as estruturas biológicas do corpo, nos seus aspectos físicos no tamanho, forma e a sua função; seja no tocante à implantação de chips que possam interferir em nossa memória, acrescentando e até mesmo excluindo informações indesejadas, um efetivo *feedback*. Seja, enfim, no que concerne à criação de nanorobôs[159] inteligentes, capazes de extrair da corrente sanguínea os nutrientes de que precisamos, assim define André Górz:

> A idéia não mais da assistência do intelecto pelo computador, mas da transferência do intelecto para ele, atingiu sua fantasmagórica maturidade com Hans Moravec, que desenvolveu robôs avançados para a NASA. Em Mind Children, e depois em Robot: Mere

[158] BARONE, Dante. **Sociedades artificiais:** a nova fronteira da inteligência nas máquinas. Porto Alegre: Bookman, 2003. p 16.

[159] A medicina será a grande beneficiada pela nanotecnologia em um curto espaço de tempo. Já é possível imaginar um robô de proporções microscópicas, com tamanho seis vezes menor que um glóbulo vermelho, capaz de possuir múltiplas aplicações como disponibilizar drogas e fármacos ao nível de células e realizar cirurgias minimamente invasivas. Disponível em: <http://juliaciencias.blogspot.com.br/2009/02/nano-robos.html>. Acesso em: 10 abr. 2017.

> Machineto Transcendent Mind, ele vislumbra a possibilidade de 'transplantar' o espírito ligando feixes neurais do cérebro aos cabos de um computador que permitiria, escreve ele, 'ao espírito, ser salvo das limitações de um corpo mortal', ou seja, ser estocado num computador, copiado num número ilimitado de exemplares, e ressuscitado à vontade[160].

O fato é que tais iniciativas apontam para mudanças de grande valor na compreensão sobre o que atualmente se entende como progresso da evolução da inteligência artificial, e sobre qual uso deve ser dada a empregabilidade voltada à tecnologia.

A estruturação alternada e factícia de uma unidade de funções práticas, análogas ao cérebro humano, está concentrada no que se convencionou chamar de Inteligência Artificial.

O termo Inteligência Artificial corresponde à habilidade de um programa de computador de desenvolver as funções concentradas de um e raciocínio tipicamente assimilado ao da mente humana:

> IA é a parte da ciência da computação voltada para o desenvolvimento de sistemas de computadores inteligentes, i.e. sistemas que exibem características, as quais nós associamos com a inteligência no comportamento humano - e.g. compreensão da linguagem, aprendizado, raciocínio, resolução de problemas, etc[161]. (tradução nossa)

Ao que tudo indica, a princípio, o construtivismo do racionalismo da mente humana necessita de influências externas, para a memória artificial não fica distante diante da sua própria evolução, pois o próprio racionalismo humano induz e aproxima a inteligência artificial. A cibernética é, dessa forma, a parte prática, o resultado dessa relação.

A Inteligência Artificial é uma área muito discutida entre cientistas e inúmeros pensadores os quais se manifestam dialeticamente, não só sobre os

---

[160] GÓRZ, André. **O imaterial**: conhecimento, valor e capital. Tradução: Celso Azzan Junior. São Paulo: Annablume, 2005. p. 91.

[161] (AI) is the part of computer science concerned with designing intelligent computer systems, that is, systems that exhibit the characteristics we associate with intelligence in human behavior— understanding language, learning, reasoning, solving problems, and so on. AVRON, Barr; FEIGENBAUM, Edward A. **The handbook of Artificial Intelligence**. California: Heuristech, 1981. p. 21. Disponível em: <http://archive.org/details/handbookofartific01barr>. Acesso em: 12 jun. 2016. Intelligence. 1981. p. 21. Disponível em: <http://archive.org/details/handbookofartific01barr>. Acesso em: 12 jun. 2016.

aspectos teóricos, como também em relação a praticidade tecnológica. Associados ao debate do desenvolvimento do cérebro e da sua relação com o processamento das informações neurais encontraram outras manifestações, as quais interferem no resultado prático que se pretende obter por meio da Inteligência Artificial, dentre os quais, a consciência e a cognição.

A relação dual entre mente e cérebro divide os mais conhecidos pesquisadores e doutrinadores sobre a relação o racionalismo e o artificialismo. Influenciados atualmente pelo contexto *niilista*[162][163] ou relacional entre mente e cérebro, os mais notórios profissionais buscam, constantemente em seus estudos, a evidência mais simples de suas teses. Isso porque o conteúdo científico da Inteligência Artificial é extraordinariamente amplo e multifacetário.

Em todas as etapas do seu desenvolvimento, seu estado foi determinado, em última instância, por demandas objetivas de acesso àquela força que se chama cérebro humano. É estimulado por ele que ditas demandas se aprofundem nas indispensáveis premissas materiais para o trânsito de sua formação interior e superior[164].

As teses fundamentais e teóricas que permitem sustentar sobre uma firme base científica o estudo da Inteligência Artificial estão sintetizadas no conjunto de dados concretos que põem a descoberta à dimensão do cérebro humano e até que ponto é possível estendê-la através da inteligência artificial:

> Uma das grandes expectativas da humanidade, durante as últimas décadas, tem se concentrado na criação que apresentem aspectos da inteligência humana, que se comportem como seres humanos,

[162] Formado do latim *nihil* (nada), em sentido filosófico quer exprimir o aniquilamento ou a redução a nada. No sentido político, no entanto designa a seita ou a organização social, que preconiza a destruição de toda ordem de coisas existentes, para a formação de uma nova ordem. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 555.

[163] Doutrina política, segundo a qual é necessária a destruição de tudo o que existe socialmente, para posterior formação de uma nova ordem. Em outro sentido, ausência de toda e qualquer crença. Um dos maiores representantes do niilismo na era moderna, foi o filósofo alemão Friedrich Nietzsche, destacando-se, nesse sentido a famosa parábola “A criança, O Camelo e o Leão”, vinda em sua obra “Assim Falou Zaratrusta”.
NETTO, José Oliveira. **Dicionário jurídico universitário, terminologia jurídica e latim forense**. 4. ed. São Paulo: Edijur, 2011. p. 396.

[164] BITTENCOURT, Guilherme. **Inteligência artificial**: ferramentas e teorias. 2. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2001. p. 19.

> que tenham, por exemplo, a capacidade de resolução de problemas, sem que sejam explicitamente programadas para isso[165].

No decorrer do tempo, essa conclusão não significou em absoluto a negação do significado dos fatores objetivos para o avanço da Inteligência Artificial. Desprendida da compreensão exata do papel do cérebro humano nas suas relações fundamentais com a noção de mente, a Inteligência Artificial avançou, progressivamente de modo a atender às demandas da sociedade[166]. Assim, o objetivo central da Inteligência Artificial é promover a criação de teorias e modelos para a capacidade cognitiva e prática na implementação de sistemas computacionais, baseados nesses modelos.

O intenso processo de formação do sistema computacional é o substrato físico, no qual a Inteligência Artificial se materializará. E esse substrato normalmente é o computador digital.

Desde os primeiros sinais da existência dos computadores, com os primeiros mecanismos artificiais construídos para marcar o tempo ou para simular o comportamento de animais ou de pessoas, os chamados autômatos, foram desenvolvidos. Primeiro como relógios, depois máquinas de calcular e, finalmente, computadores[167]. Ainda nesse sentido:

> O maior risco que nossa ordem social atual corre é tentar utilizar o novo processo da automação na preservação de nosso atual sistema sócio-econômico. Ai sim, o desequilíbrio, as tensões internas indevidas que e criarão poderão trazer à nossa sociedade um fim catastrófico[168].

A idéia desses autômatos sempre esteve ligada à sua capacidade de realizar tarefas surpreendentes, de engajar pessoas para as soluções voltadas às programações computacionais, criando memórias ou raciocínios artificiais, conhecidas como Inteligência Artificial. Essa tarefa titânica de substituir o cérebro

---

[165] BARONE, Dante. **Sociedades artificiais:** a nova fronteira da inteligência nas máquinas. Porto Alegre: Bookman, 2003. p. 75.
[166] McDOWELL, John. **Mente y mundo**. Trad. Miguel Angel Quintana. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2003, p. 67.
[167] FRANCESCO, Michele di. **Introduzione alla filosofia della mente**. Roma: Carocci, 2002, p. 21.
[168] D'AZEVEDO, Marcello Casado. **Cibernética e vida**. Petrópolis, SP: Vozes, 1972. p. 77.

humano por meio de mecanismos engenhosos vem encontrando resistência, em razão da capacidade única do ser humano em definir-se, intencionalmente, pela consciência.

Isso se explica pelo fato de a consciência seria o fator determinante e limitador do processo de desenvolvimento da Inteligência Artificial. Podemos encontrar aporte teórico sobre o assunto em Searle, o qual trata disso quando discute seu Naturalismo Biológico. Segundo ele, desenvolver consciência exige uma intencionalidade que só o cérebro humano é capaz de realizar.[169].

Mas esse cenário poderá sofrer mudanças, pois, no campo das ciências, os teóricos já buscam respostas e resultados, quanto as funções do cérebro, conforme relata a revista cientifica American Scientific:

> Num futuro distante, é possível que os neuro-cientistas consigam regenerar neurônios lecionados ou programas células-tronco (capazes de diferenciam células de diversos tipos) para sua substituição. Mas, no futuro próximo, as interfaces cérebro-máquina (ICM), ou neuro-próteses, parecem ser a opção mais viável para a restauração de funções motoras[170].

Serve aos mesmos fins de limitar e impedir a concepção mais ampla de uma consciência não humana, por ausência de intencionalidade, a existência de setores práticos de aplicação, de regras legais que impeçam, igualmente, agora por força de lei, a criação de um mecanismo com a mesma capacidade de um juiz de produzir um julgamento[171].

A principal peculiaridade da tese defendida por Searle é de que a consciência não poderia existir em outro lugar senão no cérebro humano, isto é, na concepção especificamente comparativista, há uma limitação por natureza.

Ao lado dessa concepção, sublinhamos outra: a da limitação por força de lei. A lei pode independentemente da capacidade de sua realização, proibir que algo mesmo possível de ser feito possa existir[172], isto é, o homem é um organismo

---

[169] SEARLE, John R. **O mistério da consciência**. Trad. André Yuji Pinheiro Uema e Vladimir Safatle. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 25.
[170] NICOLELIS, M.; CHAPIN, J. Controlando robôs com a mente. **Scientific American**, New York, ano 1, n. 6, p. 50, nov. 2002,
[171] ATIAS, Christian. **Épistémologie juridique**. Paris: Dalloz, 2002. p. 145.
[172] GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. **Traité de Droit Civil**. Paris: LGDJ, 1983. p. 47.

puramente biológico capaz de, a partir de sua própria evolução, desenvolver e achar soluções para humanidade, todavia, ele não deve humanizar a tecnologia, e sim, humanizar o que está se fluindo na sua própria essência humana:

> Cremos nós que a grande questão não seja a de humanizar a tecnologia – posto que ela é humana – mas, de fazer o homem reconhecer, recuperar e utilizar os valores básicos que neles foram incutidos, por Deus ou pela ciência (teoria da evolução) – sem polemizar[173].

Provavelmente existam certas coisas que o cérebro realiza que não podem ser descritas em termos computacionais. Coisas como sentimentos de felicidade, amor, sensibilidade à dor, estética, vontade, entendimento etc., talvez não possam ser enquadrados apenas a imagens e procedimentos tecnólogos.

3.3 A terminologia da Cibernética (κυβερνητικός)

A inserção das palavras κυβερνητικός, *Kybernetikes*, Kybernetes, teve a sua gênese na Grécia, ou mais propriamente no Grego Arcaico. Tais termos possuem o mesmo sentido e significado, ou seja, navegar ou conduzir, a essência da Kybernetes está na sua extensão empírica no leme do timoneiro. Ou seja, define o marinheiro que conduz uma Nau[174], traduzida para o latim como gubernetes. Desse termo derivou a palavra *gubernator*, cujo sentido passou a ser o de governar, ou, a arte de governar:

> s.f. (Do Gr. Kybernetike, arte de governar, pelo ingl. Cybernetics. Palavra criada por N. Wierner em 1948). Ciência do comando e do controle, orientada para fins, fundada sobre o estudo dos processos de comunicação nos sistemas tecnológicos, biológicos, sociológicos e econômicos[175].

---

[173] CASSARO, Antonio Carlos. Humanizando a tecnologia. **Revista Alvares Penteado**, São Paulo, v. 4, n. 10, p. 77, 2010.

[174] Grande embarcação de guerra ou Mercadante, do antigo tipo; tripulação; marinhagem; (p. ext.) qualquer navio ou embarcação. (Do prov. *nau*).

[175] LAROUSSE. **Grande enciclopédia Larousse cultural**. Ed. Nova Cultural. São Paulo. p. 1393.

Entendemos que o termo cibernético diz respeito ao universo eletrônico, uma ferramenta usual dos sistemas de software e hardware. Mas a questão é bem mais ampla e extensiva em que possamos imaginar, pois a própria definição descreve que são processos de comunicação, dentro das ciências, biológicas, sociológicos, econômicos e tecnológicos, relação de comunicação entre todas as ciências, incluindo o indivíduo.

Ainda nesse mesmo sentido sobre a importância de cibernética:

> s.f. Estudo do funcionamento e controle das máquinas de calcular, cérebros eletrônicos, autômatos, teleguiados, etc. (fig.) estudo das conexões nervosas nos organismos vivos; estudo das reações dos grupos humanos ou indivíduos reduzidos a autômatos[176].

Os termos de comunicação e de controle encontram respaldo um no outro. Nesse estado evolutivo, é possível perceber que a palavra sofreu algumas variadas mutações no sentido da palavra, mas, em sua essência, permanecem os mesmos valores, pois ao longo de vários anos, o termo foi empregado por diversos autores, atores, cientistas, pesquisadores, doutrinadores, estudiosos na mais complexidade das mais diversas ciências.

O termo *Kybernetes,* origem de cibernética, tem longa data, e pode ser encontrado na passagem transcrita do primeiro livro de Alcibíades, obra produzida pelo Filósofo Platão, na qual o filósofo discorre sobre a arte de governar:

> Sócrates: Bem, que arte é essa? Supõe que te perguntasse novamente, como fiz há pouco: qual é a arte que torna os homens conhecedores de como comandar marinheiros que participam da navegação?
>
> Alcibíades: A arte do piloto.
>
> Sócrates: E qual conhecimento – para repetirmos o que foi dito há pouco – dissemos que capacita os homens a dirigir aqueles que participam do canto?
>
> Alcibíades: O que mencionaste, ou seja, o do mestre de dança coral.
>
> Sócrates: Bem, como chamarias o conhecimento que capacita a governar aqueles que participam da cidade como concidadãos?

[176] FERNANDES, Francisco. 1900-1965. **Dicionário brasileiro globo**. 56. ed. São Paulo: Globo, 1996.

> Alcibíades: Eu o chamaria de bom aconselhamento, Sócrates.
>
> Sócrates: E quanto ao aconselhamento do piloto? É mau aconselhamento?
>
> Alcibíades: De modo algum.
>
> Sócrates: É bom aconselhamento?
>
> Alcibíades: Eu pensaria que sim, já que ele tem que cuidar da segurança de seus passageiros.
>
> Sócrates: Está correto. E qual é a finalidade do bom aconselhamento a que te referes?
>
> Alcibíades: A melhor administração e preservação do Estado[177].

De algum modo, o método de governar politicamente estava embutido nos diálogos filosóficos, anteriores a Cristo, nesse sentido, o que se observa é um estreitamento entre o homem e o objeto; a política e a arte de governar e ser governado, seguindo Hari Kunzu:

> Wierner extraiu o nome 'cibernética' do grego *kybernetes*, significando 'o homem que dirige': a imagem do clássico piloto, com as mãos no timão de um barco a velas, capta perfeitamente a essência de sua idéia[178].

Por semelhança, a palavra *gubernator*, teve a sua extensão através do conceito da *Kybernetikes*, origem grega, que é justamente o ato de conduzir algo, assim, por semelhança, tem a figura ilustrativa da pessoa do capitão, o qual conduz uma embarcação. Em síntese:

> O termo '*cibernética'* vem da palavra grega *kybernetes*, que significa timoneiro. Platão faz uso dela para descrever o aspecto prudencial da arte de governar. Ampère em seu Ensaio Sobre a Filosofia da Ciência usou o termo *Cybernétique* para a ciência do governo civil. O termo latino gubernator é derivado do grego e daí também nossa palavra *gobernador*. No inglês usamos o termo *governor*

[177] PLATÃO. **Diálogos VII** (suspeitos e apócrifos): Alcibíades, Clitofon, Segundo Alcibíades, Hiparco, Amantes rivais, Teages, Minos, Definições, Da justiça, Da virtude, Demódoco, Sísifo, Hálcion, Erixias, Axioco/Platão; Traduções, textos complementares e notas Edson Bini, Bauru: Edipro, 2011, p. 75

[178] KUNZRU, Hari. **Antropologia do Ciborgue**: as vertigens do pós humano. Organização e tradução Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 124.

> (governador) pelo menos em dois sentidos: primeiro, no sentido tradicional, de líder público ou de executivo político; ou então, para nos referirmos a um mecanismo de válvula que se ajuste automaticamente numa máquina de vapor, a fim de mantê-la numa velocidade constante em variadas condições de carga[179].

O que se observa é que a cibernética vem, ao longo dos tempos, exercendo a sua influência na vida cotidiana das pessoas, quer seja pela política quer seja na vida diária.

Nos dias atuais, a palavra cibernética está relacionada aos sistemas de comunicação, entre homens-homens e esta relação foi sendo estendida entre homens-máquinas.

Essa vinculação, entre homens e máquinas, está consolidada no alcance dos mais diferentes valores subjetivos da própria condição do indivíduo, ou, a verdadeira compreensão na vontade e no seu desenvolvimento intelectual, participando influenciado pelo conservacionismo com os seus antepassados, aos atuais valores sociais, e porque não se projetar, como pinças para um futuro:

> A experiência humana sempre está penetrada pela compreensão racional, pela avaliação volitiva e emocional, pela recordação do passado e pela antecipação do futuro. No nosso mundo da experiência nos encontramos antes de tudo, como homens, entre homens. O ser-no-mundo é inseparável do ser-com-o-outro. A compreensão do mundo é social: somente pela relação com os outros homens participamos dum mundo histórico-cultural[180]**.**

Mesmo com os mais diferentes experimentos, na aventura de se lançar aos mais distintos mistérios, o homem não se esquiva no seu valioso sentido volitivo emocional de satisfação. Para o homem vier verdadeiramente uma experiência, necessariamente ela precisa de outra pessoa, ou seja, do apurado dualismo do homem-homem.

Certamente o futuro nos reserva surpresas, pois desde que criou os primeiros instrumentos para tatear o objeto para a sua sobrevivência, assim como se consagrou na lança para abater o seu alimento, o homem depositou nas suas ações

---

[179] DECHERT, Carles R. **O impacto social da cibernética**. Trad. Adilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Bloch, 1970. p. 21

[180] RABUSKE, Edvino Aloisio. **Antropologia filosófica**: um estudo sistemático. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992. p. 38.

a sua vontade, incorporando o seu valor caráter nos seus objetos. Foi uma união do estado natural com a modernidade do estado. Pelo seu querer, assim ele o fez:

> [...] a vida social não é simplesmente uma questão de objetos e de fatos que ocorrem como fenômenos de um mundo natural: ela é, também, uma questão de ações e expressões significativas, de manifestações verbais, símbolos, textos e artefatos de vários tipos e de sujeitos que se expressam através desses artefatos, procurando entender a si mesmo e aos outros pela interpretação das expressões que produzem e recebem[181].

Passados tempos e tempos, séculos após séculos, os artefatos que antes remetiam à figura de ferramentas da mais pura sobrevivência e de segurança de seu clã tribal, avançaram de forma rápida. Desse modo, a veneração a esses artefatos, bem como o seu aperfeiçoamento, tornou-se algo primordial na vida, até redundar no fenômeno da "eletrônica".

O enigma da eletrônica assegurou, mais ainda, o que já existia: a independência humana. Porém, há aqui uma relação dialética, haja vista que tal independência vem associada a uma submissão a tudo aquilo que está emparelhado com o homem, servindo-o. A eletrônica é um instrumento cibernético, capaz de proporcionar, na mesma medida, o conforto e dependência. Isso porque, com a eletrônica, o que homem faz é alimentar, com as suas próprias características, antes inalienáveis da sua personalidade, um artefato.

Desde as datas mais primitivas, a necessidade de se obter objetos para seu auxílio fez com que homem criasse artifícios para o seu conforto e segurança, estendendo o real objetivo dos utensílios que ele mesmo produzia, assim:

> O homem primitivo assumia de tal maneira sua atitude de submissão aos animais, vegetais e até aos utensílios que havia produzido com grande destreza e cuidado que chegava a oferecer-lhes rezas e oferendas[182].

A questão que daqui deriva é acerca da submissão do homem primitivo aos animais, vegetais e ainda, aos utensílios que outrora incorporara. Vemos essa

[181] THOMPSON, John, B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação em massa. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1990. p. 165

[182] CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e Antropologia: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe**. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 47.

dependência atualmente, o que nos permite questionar se já aqueles utensílios poderia ser considerado como os primeiros instrumentos cibernéticos. Tal questionamento pode ser feito se pensada à vontade como propulsora da necessidade. Essa vontade passa a ser transferida aos instrumentos.

> Os ciborgues vivem de um lado e do outro da fronteira que separa (ainda) a máquina do organismo. Do lado do organismo: seres humanos que se tornam, em variados graus, "artificiais". Do lado da máquina: seres artificiais que não apenas simulam características dos humanos, mas que se apresentam melhorados relativamente a esses últimos[183].

Para que se pudesse obter êxito no desejo de alcançar aquilo que tanto se necessitava, era necessária a autogovernabilidade, de forma que o objeto atingisse, por extensão, a sua arte, cultura e forma de vida. Para isso é que o homem projeta o seu desejo em um instrumento, conferindo-lhe uma real existência. A subjetividade, o elementar do pensar, a vontade, os costumes e crenças, tudo constrói o valor essencial da existência humana:

> Tudo que é elaborado pelo homem, não se reduz às letras, às artes e à filosofia. A cultura é universo amplo e complexo, constituído por costumes, hábitos, normas, valores e sistemas de pensamento, crenças, ética, arte, técnicas, política, economia, organizações, estilo de vida e formas de hierarquia[184].

As técnicas projetadas pelos fatos e os mais diferentes valores estão na própria essencialidade humana, uma verdadeira estrutura celular, capaz de se auto-organizar e ser organizada, como *feedback*, que ocorre através das sinapses e neurônios, alimentados por hormônios glandulares localizados nos pontos essenciais dessa grande máquina chamado corpo humano. Aqui, está visível a aproximação do possível e do impossível da racionalidade humana, o verdadeiro abalroamento de uma fronteira imaginária, que separa o homem do seu próprio imaginário.

Dado esse contexto, é notável que a cibernética não se encontra apenas nos utensílios ora manipulados. Ela pode ser compreendida como um prolongamento da

[183] TADEU, Tomaz. **Antropologia do ciborgue**. Trad. Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 11.
[184] ARDUINI, Juvenal. **Antropologia**: ousar para reinventar a humanidade. São Paulo: Paulus. 2002. p. 90.

vontade da pessoa, bem como da virtude e do poder de conseguir manejar algo para o seu benefício.

3.5 A expansão do Direito Cibernético na sociedade contemporânea

Influenciados pelo contexto *niilista* ou relacional entre mente e cérebro, os mais notórios profissionais buscaram de forma meticulosa, em seus estudos, compreender a problemática da relação mente-cérebro, os quais confrontaram, nesta pesquisa, com aspectos externos à cognição, permeados pelas instituições, pela sociedade e pela ordem jurídica dos povos.

O regime judicial construído desde Roma antiga, adotado no Brasil, é apresentado como outro obstáculo ao debate da relação mente e cérebro, no que se refere à sua aplicação prática nos tribunais brasileiros e, especialmente, em todos os países do chamado sistema romano-germânico (*Civil Law*).

Ademais, de todos os problemas que a Filosofia da Mente vem enfrentando, nenhum encontra maior dificuldade de solução do que a controvérsia sobre a utilização da Inteligência Artificial em complementação ou no exercício da própria atividade de julgar.

Prevalece, sobre o tema, a orientação de que a mente humana não poderia ou não pode ser substituída no exercício da atividade de julgar, função puramente humana. Assim, a celeuma instaurada sobre essa possibilidade tem como principal fundamento a seguinte premissa: o desenvolvimento e a evolução da Inteligência Artificial seriam compatíveis com a atividade de decidir os atos contrários aos usos e os costumes do indivíduo que fez um ato contrário estipulado ao contrato social?

Vale lembrar que o juiz exerce a jurisdição[185] e se manifesta em nome do Estado. Isto é: ele não é um representante do Estado, mas um agente do órgão Estado, como conclui o princípio da imputação volitiva ou a Teoria do Órgão. De maneira mais simples, o magistrado empresta a sua própria garganta para o Estado pronunciar a sua vontade, são esses os atos volitivos do próprio Estado, pronunciados por ele juiz em pessoa:

[185] Do latim *jurisdicto*, ou seja, prerrogativa de dizer o direito, decidir, enfim. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico**. 11. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2000. p. 797.

> O juiz tem, portanto, uma posição à parte, um status próprio, razão por que o Conselho de Estado da França certa ocasião justamente decidiu que “les membre des Cours et des tribunaux ne perdaient jamais le caractères judiciaire et ne puvaient être en aucun cas considerés comme des agents administratifs, même quand ils faisaient des actes ayant le caractpere administratif materiel”[186].

O automatismo que poderia ser propiciado por técnicas de Inteligência Artificial preencheria o conteúdo do ato, porém, o ato de decidir não é reconhecido pelo seu conteúdo de inteligência, mas sim pela vontade declarada pelo juiz.

> Por sua parte, o pai da cibernética, Norbert Wiener, argumentou que a lei pode ser definido como o controle ético aplicado a linguagem como uma forma de comunicação, especialmente quando o aspecto reguladora está sob o controle de qualquer autoridade forte o suficiente para dar decisões eficazes de sanção social. também observa que os problemas de direito pode ser considerado comunicacional e cyber, que é, um problema são o controle ordenado e respeitável de certas situações críticas[187].

Para um leigo, pode parecer que o ato do juiz seja um ato que o demonstre ter competência pelas reiteradas práticas no exercício da função judicial. Pode-se admitir que o ato do juiz contenha essa expertise, porém o seu ato é preponderantemente fruto da vontade, mesmo que não seja reputado correto, inteligente ou mesmo justo, há uma credibilidade de seus atos.

Dessa forma, é relevante esclarecer quais as relações estabelecidas entre os atos de vontade e os atos de inteligência. Sem essa necessária distinção, não se poderá realizar a iniciativa profícua de lançar mão dos recursos de Inteligência Artificial para auxiliada atividade jurisdicional.

---

[186] MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **Dicionário Jurídico e repertório processual**. Rio de Janeiro: Didática Cientifica, 1984, v. 2, p. 343.

[187] Por su parte, el padre de la cibernética, Norbert Wiener, sostenía que el derecho puede ser definido como el control ético aplicado al lenguaje como una forma de comunicación, especialmente cuando el aspecto normativo está bajo el control de alguna autoridad lo suficientemente fuerte como para dar a sua decisiones uma sanción social efectiva. Señala también que los problemas Del derecho pueden ser considerados comunicacionales y cibernéticos, esto es, son problema de um ordenado y respetable control de ciertas situaciones críticas. GRÜN, Ernesto. **Una visión sistêmica y cibenetica del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 55.

Reconhece-se, no Brasil, que a formação da vontade do Estado-Juiz é de corte italiano, assim como é de origem italiana a formação da moderna concepção do Estado-Juiz, remotamente concebida segundo as linhas traçadas por Montesquieu[188]. Segundo essa concepção, o juiz pronuncia palavra da lei. Essa orientação desenvolveu-se e se aperfeiçoou até consolidar-se como sendo, na pessoa do juiz (pessoa natural), a única e exclusiva forma de se emitir vontade válida pelo Estado, no exercício da função jurisdicional[189].

Desde Rousseau, vale notar, predomina, entre os juristas, entre os juristas de que a lei é ato de vontade. A lei é, remotamente, expressão da vontade do povo e, imediatamente, a vontade do legislador, sua autoridade, o qual impõe como obrigatória a norma escolhida. O elemento vontade imposta seria, então, a nota única a distinguir o conselho da lei. Logo, o *imperium* é característica da lei[190].

A lei é obra da razão e da vontade, e passa ao ato individual do juiz, a fim de promover o bem comum. Não divergem o ato do legislador e o ato do juiz.

Em ambos os casos, põe-se em prática as faculdades do espírito humano que lhes dão origem. Neles, a inteligência e a vontade sempre estarão presentes.

Dizer qual delas deve ser considerada como prevalente é solução que depende de ponto de vista, pois é a vontade que dá o impulso inicial para que a inteligência exponha os vários bens que surgem em perspectiva.

É vontade, também, que, depois de escolhido dentre todos os bens a alcançar faz com que a razão se manifeste sobre os meios que, de maneira mais conveniente, levam ao fim colimado. Destarte, pode-se classificar à vontade como motora e a inteligência como instrumento[191].

Da colaboração entre vontade e inteligência nasce a lei e o produto da operação entre lei e vontade é atribuído ao juiz: a decisão judicial.

---

[188] Montesquieu afirma que o Poder Judiciário era apenas um executor das leis, ressaltava que o Legislativo e o Executivo tratava das coisas relacionado aos direitos das gentes. O judiciário considerado como o terceiro poder, este sim, tinha o poder de julgar, tanto para punir os contrários às leis penais quanto aquelas querelas civis entre as pessoas.

[189] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. v.1, p. 130.

[190] CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del nuevo proceso civil italiano**. Trad. de Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942. p. 61.

[191] VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. **Procédure civile**. 27. ed. Paris: Dalloz, 2003. p. 9.

A lei não pode ser atribuída, exclusivamente, nem à razão, nem à vontade, pois ela é imposta aos jurisdicionados pela vontade do juiz que a justifica[192].

A sentença contém um elemento volitivo e é ato da razão. Não pode haver uma sentença que não seja, ao mesmo tempo, ato da razão e da vontade. Sem o elemento da vontade, a sentença não teria força obrigatória. Sem o elemento razão, a sentença seria puro arbítrio. É por isso que a sentença exige fundamentação. Assim, nula é a sentença que não for fundamentada[193].

Verificando-se que o fato se acha provado e, caso afirmativo, subsumindo-se a uma norma legal, o juiz exerce um ato de inteligência. A sentença é o epílogo de um ato de inteligência. Ou seja, proclamando o resultado dessa pesquisa intelectual, o juiz determina a conduta dos interessados e declara uma vontade. Nem a razão, nem a vontade podem faltar a qualquer sentença, pelo mesmo motivo que lei alguma pode dela carecer[194].

Uma dificuldade do problema não está em resolver se a decisão é ato de inteligência pura ou da pura vontade, mas em saber se tal vontade é da lei ou do juiz. Dessa forma, se a vontade é da lei, ficará destituída de significação qualquer questão, pois, o problema formal de expressão de julgar será repetir a aplicação da autoridade do direito.

Consumada a vontade da lei, temos uma eficácia e de nada valeria a vontade do juiz. O juiz apenas preencheria a ordem em branco que o legislador assim instituiu; e, nesse caso, é a vontade da lei que domina a inteligência racional do juiz.

Portanto, a decisão seria não um ato de inteligência e vontade do juiz, mas um ato de inteligência do juiz com a vontade da lei. Por outro lado, se a vontade é do juiz, ele não representará um papel meramente passivo, mecânico, mas ativamente procura na lei qual tenha sido a intenção, o pensamento do legislador prudente, em benefício do bem comum e o melhor e mais fácil meio de encontrá-lo[195].

O juiz é a boca da lei, não apenas o bocal, é a *lex loquens*. É que no íntimo da palavra está o espírito da lei, que é preciso buscar para entendê-la. Já a

---

[192] BONNARD, Jérôme. **Introduction au droit**. 2. ed. Paris: Ellipses, 1995. p. 12.
[193] BOUCOBZA, Isabelle. **La fonction juridictionnelle**. Paris: Dalloz, 2005. p. 9.
[194] ATIAS, Chistian. **Épistémologie juridique**. Paris: Dalloz, 2002. p. 73.
[195] ROCCO, Alfredo. **La sentencia civil**. Trad. de Rafael Greco. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2005. p. 49.

sabedoria divina enunciava, na Roma antiga, que a letra mata e o espírito dá vida. O texto, meramente em sua letra, não se ajusta ao caso concreto[196].

Em todas essas circunstâncias, o conteúdo da sentença é um ato de vontade do juiz e o conteúdo da sentença é o ato praticado pelo juiz em proteção do Direito. O juiz manifesta de modo concreto, na sentença a vontade enunciada na lei de maneira abstrata[197].

O Estado expressa, na lei, a sua vontade a respeito de cada relação ou situação jurídica, pacífica ou litigiosa, mas o faz de maneira geral e abstrata, sem atenção às peculiaridades de cada caso específico ou concreto.

Ao surgir a obrigação de dizer o direito em determinado caso concreto, é o magistrado quem deve pronunciar a norma aplicável. Tal situação exige uma atividade racional e é a vontade da lei que, por vontade do juiz, é aplicada ao caso concreto. É vontade e da vontade associada a ato intelectual do juiz[198].

Convém ressaltar que a sentença é uma declaração de vontade concreta da lei, operada pelo juiz, em razão de um trabalho intelectual realizado. A vontade da lei é tornada certa, no caso concreto, por um trabalho intelectual, um aspecto lógico, exatamente porque é a lei que pede ao juiz que ele a perfilhe[199].

Destacamos, inicialmente, o fato de que o Estado proibiu seus súditos de fazerem justiça pelas próprias mãos e a famosa frase “olho por olho, dente por dente” foi por terra.

Pelo fenômeno do contrato social apresentado no segundo capítulo, o Estado chamou para si a tutela dos direitos que ele mesmo criou, arrogando-se do poder jurisdicional. Reconheceu o Estado que os particulares teriam o poder de provocá-lo, no caso de violação de seus direitos[200].

Doravante, então, Estado criaria as normas de comportamento para os seus nacionais e asseguraria a sua aplicação, por meio da função jurisdicional do juiz. Por presunção, o juiz conhece o direito e o aplica segundo sua vontade e inteligência.

Ao regular a vida dos homens, o direito que surge das normas de comportamento e é aplicado pelo juiz, é sempre coativamente imposto, de modo que

---

[196] CABRILLAC, Rémy. **Introduction générale au droit**. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 35.
[197] BOUCOBZA, Isabelle. **La fonction juridictionnelle**. Paris: Dalloz, 2005. p. 9.
[198] VINCENT, Jean; GUINCHARD, Sege. **Procédure civile**. 27. ed. Paris: Dalloz, 2003. p. 199.
[199] GUINCHARD, Serge et al. **Droit processuel**. 4. ed. Paris: Dalloz. 2007. p. 61.
[200] VINCENT, Jean;GUINCHARD, Serge. **Procédure civile**. 27. ed. Paris: Dalloz, 2003. p. 13.

a não observância das normas, de forma voluntária, importa na aplicação coativa ou involuntária.

Ademais, a expectativa de o juiz impor a observância da norma legal desencadeia e estimula o seu cumprimento espontâneo pelos seus e para os seus destinatários. O que acontece é que a sua inobservância voluntária implica a sua observância involuntária; essa imposição é determinada pelo juiz, agente do Estado a quem foi confiada a tarefa de fazer cumprir coativamente a vontade da lei, diante da recalcitrância de um destinatário da regra legal[201].

Os modelos conexionistas e computacionistas, no estudo dos fenômenos estatais, integram uma forma de extrair aspectos do Estado e sustentam atitudes administrativas que, em linha de princípio, alimentam a idéia de estrutura ou de rede neural para todo o sistema estatal.

Remotamente, essas estruturas eram associadas à Biologia. Atualmente, a sua complexidade na compreensão de todo o fenômeno do Estado e a partir de modelos elementares de conexões neurais, tenta-se explicar o Estado ou o comportamento do Estado e dos seus agentes a partir de idéias que muito bem poderiam ser extraídas da Filosofia da Mente[202].

Uma leitura do Estado, a partir da Filosofia da Mente, significa o abandono do modelo biológico original e a adesão à idéia da complexidade artificial e funcional que os sistemas computacionais apresentam[203].

Inclusive, é bem conhecido o efeito principal da Inteligência Artificial: as práticas computacionais, com o potencial para a simulação de comportamento inteligente. Disso poderíamos indagar se o surgimento desse engenho atenderia aos importantes aspectos da organização social, da democracia e da liberdade.

A primeira indagação seria quanto aos limites territoriais da soberania nacional?.

O espaço cibernético é distinto do espaço físico, com uma arquitetura caracterizada por sua maleabilidade e flexibilidade. Qualquer um pode redefinir códigos e interagir, o que o converte em um objeto inacessível e refratário às regras

---

[201] VINCENT, Jean. GUINCHARD, serge. **procédure civile**. 27 ed. Paris: dalloz, 2003. p.231.
[202] CATELLANI, Patrizia. **Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario**. Bolonha: Il Mulino, 1992. p. 46.
[203] OLIVERIO, Alberto. **Biologia e filosofia da mente**. Bari: Laterza, 1999. p. 34.

legais que levem em conta o elemento territorial para determinar os inúmeros aspectos jurídicos da questão[204].

Em segundo lugar, o tempo virtual na sua aceleração de massiva difusão imprimiria um estado de coisas divorciado das categorias comunitárias e naturais que configuram o tempo real. Do mesmo modo, a privatização dos espaços virtuais e a sua inevitável vulnerabilidade[205].

Ademais, o paradigma judicial contemporâneo da decisão judicial daria margem a que fosse substituído pelo dilema da melhor solução inteligente – já que pode ser mais de uma. Uma *Lex* informática ao invés de uma *Lex fundamentalis* seria a nova referência dos estudos jurídicos[206].

O princípio da vinculação à lei e ao direito seria a única fonte para os julgamentos, certamente. Todavia, como ficam os contornos que a equidade oferece? Se as regras de experiência comum e especial seriam beneficiadas, assim como os fatos notórios, o princípio da livre convicção motivada seria possível?

É pertinente recordar o exemplo da literatura jurídica da estação de trem que proibia animais no seu interior, mas que, por exercício de equidade, deixava o cego com um cão condutor passar, ao lado de outra estação de trem que permitia o acesso de animais, mas não que um urso fosse também levado.

Em ambos os exemplos, prevaleceu a decisão, norteada pelo bom senso, que ponderou as regras existentes para torná-las adequadas e próprias aos fins que lhe deram causa. É bom lembrar, nesse contexto, a célebre frase de São Paulo, com as suas devidas adaptações: “o direito deve servir ao homem e não ser servido por ele”[207].

As mudanças estruturais de uma nova sistemática de julgamentos proporcionariam pouca margem para caracterizar, na amplitude que assegura a Carta Política, o conceito remoto e distante de justiça. Mais ainda, suscitam discussões sobre a ética e os valores jurídicos imbricados na aplicação da justiça no controle social na era cibernética.

---

[204] FRANCESCO, Michele di. **Introduzione alla filosofia della mente**. 9. ed. Roma: Carocci, 2002. p. 145.
[205] CATELLANI, Patrizia. **Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamentogiudiziario**. Bolonha: Il Mulino, 1992. p. 47.
[206] SEVE, Ren. **Philosophie et théorie du droit**. Paris: Dalloz, 2007. p. 127.
[207] SEVE, Ren. **Philosophie et théoriedudroit**. Paris: Dalloz, 2007. p.127.

3.6 A ética e os valores jurídicos na aplicação da justiça no controle social na era Cibernética

A concepção atual de Justiça é provecta e, desde a época Aristóteles era observada, pois o modelo era colocado como um risco à sua não obtenção, tendo em vista a condição relativa da personalidade humana, consoante ilustra Gilissen: "Aristóteles é um dos primeiros a admitir a relatividade humana: uma forma de governo pode ser boa ou má conforme o grupo social ao qual se destina"[208].

Os resultados da modernidade sinalizam desilusão, no entanto, ao mesmo tempo, apresentam sinais de superação frente ao desenvolvimento da sociedade e dos aspectos que a envolvem.

Segundo Bauman[209], na maior parte de sua história, a modernidade vive uma ilusão, sem se preocupar com os muitos males advindos de suas conseqüências, o que aponta para a necessidade de superar a cegueira moderna, a fim de que as condições da pós-modernidade possam processar-se de uma forma mais positiva.

A tecnologização do Judiciário precisa atingir seu núcleo operacional da demanda processual, contribuindo com o aperfeiçoamento de seus resultados em todos os aspectos, no entanto, sem ameaçar o desenvolvimento e as conquistas historicamente obtidas.

Com isso, o paradigma da modernidade passa a ter como marca o uso da tecnologia em todos os meios, devendo fazer com que a nova espécie de conhecimento e inteligência esteja presentes em todos os momentos e espaços de maneira positiva, inclusive na difícil e importante missão de conduzir a sociedade para muito além das condições exigidas por sua limitação cognitiva.

O sentido através do qual a história da humanidade se desenvolveu deixa claro que os conhecimentos se encontram todos mesclados entre si e, por esse motivo, a sistematização tecnológica da Justiça é mais que a aceitação das novas

---

[208] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**.Tradução A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p.77.

[209] BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar,1998. p. 76.

tendências: é a prova viva de que a realidade é constituída de partes totalizantes e não de fatias do saber.

O conhecimento nada mais é do que o exercício das adversidades cognitivas e é dessa relação que as pessoas devem participar, a fim de que seja possível validar as normas reguladoras das realidades estabelecidas. Dessa forma, a transposição desta estrutura para uma linguagem torna-se legítima para a resolução de conflitos e, conseqüentemente, sua pacificação social, através de uma linguagem tecnológica.

A relação entre o homem e a máquina assemelha-se a vias paralelas, ou seja, não permite cruzamento, pois são graus cognitivos que não esbarram. Por isso, a Inteligência Artificial, mais do que ajudar o homem, tem como objetivo assegurar-lhe uma via mais célere e segura em um cenário ultramoderno, que demanda maior precisão e objetividade. Essa nova estrutura cognitiva, conforme explica Santos:

> [...] permite uma lida com simplicidade e simplificação das complexidades oriundas da mutabilidade da vida humana, por intermédio de redes inteligentes devidamente programadas. Em tal contexto, a razão artificial é superior pela própria natureza, ao ser dotada de uma racionalidade e uma logicidade diferente da humana[210].

A vivência dessa nova etapa requer a aceitação da concomitância de vidas, de consciências, de motivações e outras faculdades que tornam únicas cada uma das estruturas cognitivas, bem como suas respectivas finalidades.

Não há porque então questionar o determinismo das máquinas, nem inquirir se elas podem ou não alcançar o mesmo dinamismo do homem ou a previsibilidade da Justiça.

O determinismo, enfim, está aliado à ética humana, responsável por ordenar o funcionamento do sistema, já que a consciência da máquina está pré-determinada por sua programação e, portanto, detém um potencial, por enquanto, limitado.

---

[210] SANTOS, Fábio Marques Ferreira. **O limite cognitivo do poder humano judicante a um passo de um novo paradigma cognitivo de justiça**: poder cibernético judicante – o direito mediado por inteligência artificial. 668 f. Tese (Doutorado)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, 2016. p. 541.

3.7 O Direito Cibernético na sociedade contemporânea: a evolução do Direito e suas conseqüências

A Cibernética é compreendida, atualmente, como uma relação com a tecnologia e a informação, as funções das máquinas e com a sua interação com os humanos; termo bem usual nos dias de hoje, posto que:

> As relações entre seres humanos produzem, transformam e administram constantemente os espaços heterogêneos e entrelaçados. Uma mera conversa pode ser considerada uma construção em comum de um espaço virtual de significações que cada interlocutor tenta alterar segundo seu humor, seus projetos. Esses espaços plásticos, que nascem da interação entre as pessoas, compreendem ao mesmo tempo as mensagens, as representações que elas evocam, as pessoas que as trocam e a situação como um todo, tal como é produzida e reproduzida pelos atos dos participantes[211].

Estamos diante de um desafio dentro de tantos outros que ainda hão de vir, como um verdadeiro tabuleiro de xadrez, em que a raça humana é mera espectadora de seus próprios instintos investigativos, assim como o próprio homem é o responsável pelos resultados obtidos na essência da ciência jurídica.

Mais uma vez, estamos diante do sentimento de desvendar os mais diversos mistérios que envolvem a fantástica essência da raça humana e do seu desenvolvimento.

A vontade fronteiriça da evolução humana se rompe os mais distintos obstáculos das mais diferentes ciências que circundam na existência humana. O que se sabe, desde a veneração das obras conquistadas e na admiração na constituição dos artefatos e utensílios para o seu próprio uso e no emprego para as guerras; é que o homem sempre se maravilhou pelas suas artes, e assim se dignificou pela sua capacidade. Isso lhe transmitia confiança e prazer pelos resultados obtidos através das suas ferramentas:

---

[211] LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. Trad. Luiz Paulo Rouanet. 9. ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 127.

> O sonho de melhorar as capacidades humanas por meio de uma reprodução seletiva tem constituído, desde muito, um item obrigatório do lado sombrio da literatura médica ocidental. Existe, agora, a possibilidade de se fabricar humanos melhores, ampliando as suas capacidades por meio de dispositivos artificial[212].

As descobertas e a busca por respostas quebraram vários paradigmas, rompendo barreiras das mais longínquas distâncias e das misteriosas ciências que estavam na sua própria existência; assim, houve a necessidade de aproximação e na organização das diferentes etnias, o que proporcionou ao homem adquirir maior conhecimento e sabedoria.

No mesmo sentido, a tecnologia digital transformou radicalmente o comportamento humano; as pessoas, principalmente os mais jovens, consideram a comunicação com a internet mais relevante do que praticar o ato de uma boa leitura de um livro:

> O potencial para as combinações entre vida artificial, robótica, redes neurais e manipulação genética é tamanho que nos leva a pensar que estamos nos aproximando de um tempo em que a distinção entre vida natural e artificial não terá mais onde se balizar. De fato, tudo parece indicar que muitas funções vitais serão replicáveis maquinicamente assim como muitas máquinas adquirirão qualidades vitais. O feito conjunto de todos esses desenvolvimentos tem recebido o nome de pós-humanismo[213].

Com tanta inovação tecnológica que nos acompanha, a cada dia, extraem-se mecanismos que proporcionam um conforto para as pessoas; no entanto, além de proporcionar conforto, trazem, em contrapartida, distorções em relação aos dados pessoais.

Manter o direito à privacidade nos dias atuais tornou-se algo fragmentado, quase impossível de proteção, em virtude da rápida expansão comunicativa do mundo cibernético em que vivemos. Bem relata Guerra:

---

[212] KUNZRU, Hari. **Genealogia do Ciborgue**. Org. Trad. Tomaz Tadeu. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Autêntica , 2009. p. 122.

[213] SANTAELLA, Lucia. **Culturas e artes pós-humano**: cultura das mídias à cibercultura. São Paulo: Paulus, 2003. p. 199.

> À medida que a pessoa se dispõe a “navegar” pela internet sua privacidade fica extremamente comprometida. É que com cada clique do mouse a pessoa vai deixando seu caminho marcado pela rede e, conseqüentemente os seus hábitos, seus vícios, suas necessidades e suas preferências[214].

O homem, que até antes estava partilhando o hábitat com outras espécies de vida biológica, hoje está compartilhando com mais um ser, criado por ele mesmo, as máquinas.

No mundo digital, não são apenas os dados das pessoas que estão vulneráveis; um direito fundamental garantido pela constituição brasileira, e reafirmado no Marco Civil brasileiro, também devem resguardar um cuidado, justamente a privacidade. O que se percebe é que a legislação brasileira não está sendo suficiente para atender a essa grande evolução e transformação na era digital.

Não há uma legislação supranacional ou até mesmo transoberânica capaz de resolver toda a problemática causada pela cibernética. Recentemente, foi promulgada a lei 12.737 de 30 de Nov. de 2012[215], a qual tipifica crime a invasão dos dispositivos de informática; invadir dispositivo informático particular, um grande e rápido avanço na tecnologia.

No entanto, as legislações que tratam sobre às tecnologias, deverão ser renovadas constantemente para acompanhar essa evolução rítmica que a tecnologia traz e para que seja possível acompanhar esse ritmo, a legislação não pode cair em desuso, como ocorre com as tantas e milhares legislações existentes, pois há que se deixar claro que as raízes lógicas da tecnologia estarão em paralelo com os sistemas. Dessa forma, essas legislações estarão adequadas às novidades do mundo artificial cibernético.

Em relação à violação da privacidade, o direito penal, matéria que trata sobre o assunto, ainda subsidia as demais matérias no âmbito do direito brasileiro. Nas outras searas, há de ser atual, ou no tempo do crime.

---

[214] GUERRA, Sidney. **O Direito à Privacidade na Internet**. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p.78.

[215] BRASIL. Lei nº 12.737, de30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 dez. 2012 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em 14 mar. 2017.

3.8 O Marco Civil da internet no Brasil, um método regulador da tecnologia cibernética

O Marco Civil tem foi instituído após longos debates e discussões acercado que se tinha proposto como projeto de lei. Essa discussão se deu através de um ambiente digital, no qual as pessoas debatiam e apresentavam propostas. Foi condensada a termo essa discussão digital e foi transformado em Projeto de Lei no Brasil, a PL 2126/2011.

Por sua vez, o Marco Civil estabelece princípios, garantias e direitos para aqueles que utilizam da tecnologia no Brasil; frisa-se que quando se comenta em que “todos” usufruem e utilizam dessa ferramenta, não há limites de idades ou até mesmo a vida pregressa daquele que se utiliza.

O Marco Civil na internet é conhecido como a constituição da internet, uma regulamentação de todos os atos e fatos que ali ocorrem: uma lei ordinária, disciplinando e regulamentando questões específicas sobre os direitos e os deveres dos usuários, servidores, empresas e computadores ligados na internet.

Ademais, trata de questões no âmbito do direito civil, do consumidor e processo civil. Estes assuntos, que aqueceram e influenciaram o Marco Civil, estavam relacionados no mundo da espionagem, pessoais e o foco principal, “a privacidade”.

Tal foi a base de toda discussão focada no Marco Civil da internet no Brasil; observa-se que, mesmo os primeiros ensaios da comunicação virtual -que já vinham ocorrendo em escalada assustadora-, só se materializaram em 2011, quando o legislativo brasileiro se manifestou para que fosse instituída uma legislação voltada a regulamentar a escalada gigantesca de comunicação e exposição da personalidade das pessoas no mundo virtual.

Tais questões e debates discursivos trouxeram inúmeros fatores que refletem não apenas a ótica do exercício da internet, como também em outros segmentos jurídicos que protegem e resguardam os direitos e o acesso à justiça.

Desses fundamentos, extrai-se sobre a liberdade de expressão, e esta liberdade no mundo virtual não obedece a fronteiras, territórios, chegando até a

invadir os lares e o lado da boa fé das pessoas; induzindo o modo de pensar e de agir de cada indivíduo, resumindo um verdadeiro arsenal de informações sensoriais de grande manobra populacional.

Por isso mesmo que o ambiente virtual é considerado ilimitado no seu objeto e objetivo, ou seja, a privacidade dos usuários condicionam a sua exposição e a sua personalidade humana cai em desencanto: “Os rituais, as religiões, as morais, as leis, as normas econômicas ou políticas são dispositivos para virtualizar os relacionamentos fundados sobre as relações de forças, as pulsões, os instintos ou os desejos imediatos[216]”. Como o mundo tecnológico expõe claramente a privacidade com apenas um clique, ele também proporciona a aproximação as comunidades, estreitando usos e costumes.

Desta aproximação, tanto social quanto política, e principalmente as atividades de mercancia, remetem às gêneses das atividades comerciárias, as trocas estavam estreitadas através das tribos consangüíneas, ou seja, uma relação intima e que aos poucos foi se desenvolvendo com outras etnias, em virtude dos excedentes e das necessidades que os povos tinham no seu hábitat: lembremos que o Escambo, fruto da política do *Potlatch*, proporcionou essa aproximação “social”.

Pode-se dizer que hoje a inclusão digital é um direito fundamental e que a segurança digital é um novo direito humano. Isto porque são poucas as ações cotidianas do homem que não requerem a informatização e, apesar disso, a regulamentação ainda é deveras rudimentar.

Além disso, a identificação dos criminosos virtuais é muito mais difícil do que a identificação de criminosos que cometem crimes típicos. Nesse cenário, a polícia científica ainda tem um longo caminho a percorrer. Por isso, é importante que sejam desenvolvidos meios para identificar os agentes que praticam delitos em meios digitais.

É preciso também conhecer os tipos de crimes que são praticados nesse meio, a fim de que sejam criadas leis específicas para delitos específicos, e não se use apenas a lei vigente de forma análoga, nesse sentido:

[216] LÉVY, Pierre. **O que é virtual**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1996. p. 77.

> [...] o espaço virtual possui características que demandam uma normatização própria, sob pena de eliminar a possibilidade de identificação dos infratores quando alguém tiver um direito violado, e ao mesmo tempo, de forma a respeitar os direitos fundamentais[217].

Antes da lei, que ficou conhecida como Marco Civil da internet, legislasse sobre acontecimentos que ocorriam no mundo virtual, criminalizar tais acontecimentos era ainda um grande obstáculo, pois não havia um conhecimento técnico por parte dos operadores do direito, enquanto havia um amplo campo de incidência aumentando o risco de ineficácia da norma.

Para preencher a lacuna, era necessário utilizar-se da analogia, de forma a sanar a omissão jurídica sobre a matéria. A analogia era realizada de forma flácida e superficial, adotando a melhor lei aplicável a cada caso concreto. Ressalte-se, ainda, que quanto às provas havia e ainda há dificuldade de estabelecer o que é prova ilícita ou não.

Cita-se, por exemplo, um caso ocorrido em 2010, quando a empresa Google foi condenada por violação de direitos autorais ao se apropriar de idéia registrada. Os criadores da ferramenta de busca já tinham efetuado registro anteriormente, fazendo com que a Google fosse condenada ao pagamento de R$ 54.500,00 (cinqüenta e quatro mil e quinhentos reais) aos proprietários do serviço[218]. Nesse caso, percebe-se que a prova utilizada foi oriunda dos meios virtuais e só assim foi possível o embasamento para o juiz proferir uma decisão nesse sentido.

Um dos objetivos principais do Marco Civil Internet sempre foi a regulamentação dos direitos e deveres aos destinatários da legislação. Como, por exemplo, o capítulo II, que é especificamente destinado a estabelecer garantias aos usuários, como a proteção dos direitos individuais e coletivos quanto ao uso da internet. Observa-se, assim, que a lei tomou por medida assegurar os direitos de inviolabilidade da intimidade e da vida privada, conforme previsto no artigo 7º inciso I que assim expressa:

---

[217] CARVALHO, Ana Cristina Azevedo. **Marco Civil da Internet no Brasil**. São Paulo: Altas, 2014. p. 89.

[218] HANNA, Munira. **Google condenado por violação de direito autoral**. Porto Alegre. 2011. http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI139021,41046-Google+condenado+por+violacao+de+direito+autoral>. Acesso em: 2 maio 2017.

> Art. 7º - O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação[219].

Percebe-se que a lei procurou regulamentar de forma especifica um direito já assegurado e amparado pela Constituição no seu artigo 5º, inciso XII, para dar ênfase ao propósito da lei maior, isto é, torná-la aplicável na esfera intima e privada das pessoas.

Ainda no art. 7º, tem-se a garantia do sigilo de comunicações, tanto das armazenadas pelo servidor, como daquelas transmitidas pela internet, conforme exposto:

> Art. 7º [...]
> II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
> III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;[220].

Percebe-se que a regulamentação desse direito foi de grande valia. Segundo Vancim e Neves[221]: "Além disso, o usuário passa a ter direito reconhecido em lei de não ter seus dados, incluindo hábitos de navegação e *logs* repassados a outras pessoas sem o seu consentimento expresso e livre". Passou-se também a regulamentar sobre registros de navegação algo que há muito tempo já se fazia necessário, bem como a monitoração ilegal de dados:

> Art.10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

---

[219] BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1, 24/4/2014, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

[220] BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, Seção 1 - 24/4/2014, Página 1 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

[221] VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. **Marco civil da Internet**. 2. São Paulo: Mundo Jurídico, 2015. p. 69.

> § 1 O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º[222].

Constata-se que o artigo tem por finalidade estabelecer a regulamentação do provedor responsável no que tange à intimidade de dados, registros de conexão de usuários, bem como o sigilo das informações armazenadas.

O artigo 14 dispõe que o provedor de conexão com a internet não pode armazenar registros de acesso a aplicações da internet, assim como o provedor de aplicação de internet também não pode guardar os registros de acesso sem a permissão do usuário, nem os dados pessoais que não sirvam ao fim para o qual se deu permissão, nos termos do artigo 16. No artigo 9°, §3º, proíbe-se que os provedores de internet, gratuitos ou onerosos, ou aqueles responsáveis pela transmissão, comutação e roteamento de dados, realizem bloqueios, filtros ou análises de conteúdo dos pacotes de dados[223].

Outra questão que recebeu atenção do legislador foi o combate às ilicitudes civis e criminais cometidas sob o manto da privacidade na rede mundial de computadores. Se, pela ótica social, a internet torna possíveis os contatos interpessoais anônimos, pelo ponto de vista técnico, toda ação realizada na internet pode ser registrada pelos provedores de acesso e de conteúdo, o que viabiliza a identificação dos usuários.

Dessa forma, o artigo 13, *caput*, do Marco Civil da Internet exige que os registros de conexão à internet sejam armazenados por um ano e, consoante o artigo 15, *caput*, o registro de acesso a aplicativos da internet por seis meses. No entanto, o acesso a esses dados, com fins de reparação civil aos danos causados às vítimas ou para fins de investigação criminal, apenas se dará com a autorização do Judiciário[224].

---

[222] BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União, Brasília, DF,** 24 abr. 2014. Seção 1 , p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

[223] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Revista USP**, São Paulo,v. 30, n. 86, p. 269-285, abr. 2016.

[224] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Revista USP**, São Paulo,v. 30, n. 86, p. 269-285, abr. 2016.

Estas são conquistas importantes, mas insuficientes, pois, quando se pensa em inteligência artificial, o que povoa o imaginário popular são situações improváveis e vistas somente em filmes de ficção científica. O fato é que o uso de tecnologias para realizar tarefas antes realizadas apenas pelos seres humanos está cada vez mais presente no mundo real.

A título de exemplificação, cita-se o caso de um rapaz que criou um *chatbot*[225]que conseguiu provimento em mais de 150 mil multas de trânsito nas cidades de Londres e Nova Iorque, em 21 meses. O robô de inteligência artificial é o *Do NotPay*[226], com índice de aproveitamento 64%.

No Brasil, recentemente, houve o lançamento do primeiro robô advogado, assim conhecido como ELI[227], empregando as melhores técnicas e selecionando as melhores e as possíveis alternativas na obtenção de resultados desejados, proporcionando uma otimização do ambiente ao acesso à judicial com mais rapidez. Tal fenômeno já vem ocorrendo com o sistema e-proc, que propõe os dados processuais e expedições de certidões[228].

Esses avanços tecnológicos possuem uma realidade que, de certa forma, traz conforto e segurança para os mais distintos ambientes sociais, mas junto a essas conquistas, também vem o lado negativo dessas inovações. Um exemplo negativo de danos causados pela inteligência artificial foi a proposta da @TayandYou, que diz respeito a um perfil criado pela Microsoft[229], no Twitter, provido de estética própria e de capacidade para publicar textos e imagens.

O estágio evolucionista a que chegamos é tão complexo, que já se fala em imortalização do homem através da máquina:

> Daqui em diante, parece que a máquina substituiu o homem não apenas no plano material, mas também intelectual. Ora, todos os atos, exceção dos reflexos puros, comportam uma parte de

[225] Programa de computador que simula a conversa com um ser humano no diálogo com as pessoas.
[226] Robô que exerce funções de advogado e que ajuda os motoristas a recorrerem de multas de trânsito.
[227] https://www.megajuridico.com/primeiro-robo-advogado-lancado-no-brasil/. Acesso em 09 Jul 2017.
[228] <http://www.trf1.jus.br/processos/epeticao/info/resolucao/resolucao_cnj_121_5_10_2010.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.
[229] **Microsoft Corporation** (NASDAQ: MSFT) é uma empresa transnacional americana com sede em Redmond Washington, que desenvolve, fabrica, licencia, apóia e vende *softwares* de computador, produtos eletrônicos, computadores e serviços pessoais. Entre seus produtos de *software* mais conhecidos estão as linhas de sistemas operacionais Windows, a linha de aplicativos para escritório Officee o navegador Internet Explorer.

> inteligência. Quanto esse ato passa à máquina, que acontece à sua composição intelectual?...Pessoa alguma, mesmo firmemente decidida a desdenhar a vil máquina, baixamente material, pode negar que a mais primitiva das máquinas já assume uma função que, em relação a seus atos, desempenha o mesmo papel que a inteligência em relação aos atos humanos[230].

Hans Moravec[231] é o principal defensor do uso da tecnologia para imortalizar o homem. Defende o *download* da mente humana para o computador, o que significaria sua continuidade além da simples existência ao ser convertido em informação.

Não muito distante da nossa realidade, pode-se citar os robôs inteligentes que estão sendo utilizados para ensino, inspeção de linhas aéreas, tomada de decisões pelas organizações, distribuição de energia elétrica, triagem de pacientes em instituições de saúde, combate a incêndios, para fins de salvamentos nas praias, dentre muitas outras finalidades.

Imaginemos a hipótese de que, por um erro de programação, um desses robôs ao invés de salvar, acabe levando a óbito a vítima que deveria ser salva?

Assim, o que as máquinas podem fazer pelos seres humanos pode ser fantástico ou muito perigoso e é por isto que as conseqüências jurídicas da inteligência artificial precisam ser consideradas e regulamentadas pelo Direito, a fim de que o ser humano não fique à mercê das máquinas.

O fato é que se antes a máquina estava a serviço do homem, para o seu conforto e na agilidade dos compromissos, agora estamos caminhando para que o homem fique à serviço da máquina.

Muitos afirmam que o homem comete menos erros que as máquinas e não se discute a veracidade da assertiva, mas a questão é: o ser humano é passível de responsabilização na esfera jurídica, mas as máquinas ainda não, mas para essa mesma máquina ela é rigorosamente produzida calculada para não se cometer erros. Essa é a questão que deve receber especial atenção do Direito.

Questões como a criação de uma personalidade jurídica para robôs inteligentes, criação de um fundo para garantir acidentes causados por robôs

---

[230] LATIL, Pierre de. **O pensamento artificial**. Tradução Jerônimo monteiro. São Paulo: IBRASA, 3ª ed. 1973. p. 50.

[231] LEMOS, André. **Cibercultura**: tecnologia e vida social na cultura contemporânea. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 211.

inteligentes, criação de um sistema de registro de robôs, criação de um código de ética para desenvolvedores de *softwares* e robôs dotados de inteligência e responsabilização dos criadores, empresas e usuários de robôs com inteligência artificial precisam ser urgentemente pensados, tal como já tem sido proposto por alguns países da União Européia.

Os governos instalam postos secretos de observação. Empresas e indústrias instalam circuitos internos de televisão que se estendem até às suas moradias, possibilitando o acesso das imagens de qualquer lugar em que se encontre. Testes pessoais tentam extrair dos homens os pensamentos mais íntimos[232].A situação é preocupante, pois as legislações no Brasil caminham a passos lentos e tardios e não há mecanismos para desacelerar essa velocidade cibernética.

O exemplo disso é que a internet está em uso no Brasil desde 1991 e somente em 2014 recebeu sua primeira regulamentação (o Marco Civil da Internet), mesmo tendo ocorrido nesse lapso temporal houve diversos conflitos que demandaram a intervenção do direito, principalmente no que tange à proteção da intimidade, privacidade, honra e regulamentação das relações de consumo.

Ressalte-se, que na seara penal ou criminal, ainda existem poucas legislações e doutrinas que visa a difundir a conduta pecaminosa do agente ou dos agentes proporcionando um desequilíbrio social; e qual seria os mecanismos regulatórios para obstruir essa avalanche daqueles comportamentos que utilizam a rede virtual para se auferir proveito das pessoas de boa fé?.

Há de vir de um consenso que é na própria sociedade é que se devem buscar os mecanismos judiciais, provocando o estado-juiz para que este, através do contrato social venha a tutelar o bem maior jurídico que é a integridade da pessoa.

É nesse sentido, que Rodotá afirma que, especialmente quando se trata de internet, a adoção de princípios jurídicos são grandes aliados para que se alcance a almejada pacificação social, frente às constantes mudanças tecnológicas:

> Por vezes, aliás, tem-se a sensação de que cresce a distância entre o velocíssimo mundo da inovação tecnológica e aquele lentíssimo do planejamento sócio-institucional. Com muita freqüência se percebe a

[232] DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 17, n. 66, p. 132, abr./jun. 1980.

> rápida obsolescência das soluções jurídicas que se referem a um único e isolado da do técnico ou problema. Adverte-se desta forma para a necessidade de individualizar princípios, de associá-los a tendências de longo prazo. Essa é certamente a lição proveniente de uma reflexão sobre o primeiro período de planejamento e de aplicação das leis sobre o tratamento eletrônico das informações[233].

Assim, diante do reconhecimento da rápida obsolescência das soluções jurídico-normativas, é na individualização dos princípios que se encontrarão as respostas para o julgamento sobre os casos concretos que têm surgido.

E que ainda não possuem um amparo adequado na legislação ordinária, o que é preocupante, podendo levar o homem a retornar ao estado de natureza, tal como defendeu por Thomas Hobbes[234], um estado anterior à regulamentação da sociedade civil, um estado sem lei que causava medo, insegurança e que levou o homem a firmar o pacto social em busca da proteção do estado, através do contrato social.

Por fim, atualmente, basta um clique para que se promova o relacionamento máquina e homem, nas relações pessoais, nas relações comerciais, nas buscas de respostas em que a humanidade é impossível de responder, e que as máquinas, em questões de minutos, possam suprir, agradando o usuário da máquina.

O homem, por enquanto, está se utilizando das máquinas, da robótica, mas não se deve se esquecer que, para se chegar até a atual civilização, se passou por vários momentos em que o seu relacionamento social e jurídico, formado pelas verdadeiras instituições jurídicas, foi transformado, seja pelas esferas familiares ou pelas legislações pautadas pelos usos e costumes.

É assim que o homem vai crescendo na qualidade da condição raça humana e conquistando os mais distintos e avanços tecnológicos, através da sua consciência e racionalização: pensar e agir conforme a sua *ratio*.

A tecnologia, diante de tudo isso, deve estar a serviço do homem. A submissão, o controle, e principalmente os mecanismos para acautelar, esse espantoso avanço da robótica são características absolutamente necessárias ao homem. Não se deve perder de vista a extrema necessidade de invocar o respeito à

---

[233] RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 42.

[234] HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 39

personalidade humana, absolutamente necessária para perpetuar a espécie, afinal *“não sóis máquinas, homens é que sois”*.

4 **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclusão é um termo que merece ser repensado, uma vez que o trabalho não se finda porque tenha se exaurido, mas pelos mesmos motivos e desejos que fez a obra cientifica brotar, ou seja, os desafios em elucidar vastos questionamentos, dúvidas e resultados. Tais desafios levam o leitor ter ao desejo de se aventurar durante a tão vasta vida acadêmica.

Da imensidão de possibilidades, a ciência se transforma e transborda a cada acontecimento, e se faz presente a cada resultado esperado, pois assim ela coaduna com aqueles que sabem respeitar e se autodisciplinar, resultando em benefícios incalculáveis ao conhecimento adquirido. Por isso, não se pode considerar a pesquisa concluída, pois, a partir dela, outras surgirão.

Na verdade, é chamativo para o que fato o que ocorreu, os seus acontecimentos, as mutações e os valores. Da pesquisa são obtidos resultados e a ciência viabiliza exatamente aquilo que a humanidade se autodisciplina e os fatos empíricos trazem o resultado.

Do resultado advém uma projeção do objeto de pesquisa e é no seu pleno desenvolvimento que é possível afirmar que para tudo que se busca cientificamente, obtêm-se as respostas, mas para chegar até nesse momento, é árdua a passagem. Com isso, cabe fazer uma urgente observação crítica para grande evolução para todos os fenômenos sociais.

No contexto literal, a pesquisa invoca uma problematização acerca da grande revolução em que a humanidade está assistindo - mas não se deu conta ainda - cujo resultado, evidenciado na presente pesquisa, aponta para uma era de comportamentos menos orgânicos, biológicos ou racionais, isto é, uma possível exclusão humana, ou uma submissão, a inteligência artificial dando vida à era cibernética:

> Se ainda se permite falar em "revoluções" hoje, é apenas em retrospecto - quando, olhando para trás, percebemos que uma quantidade suficiente de mudanças pequenas e aparentemente insignificantes se acumulou para produzir uma transformação não apenas quantitativa, mas qualitativa, na condição humana[235].

[235] BAUMANN, Zygmunt. **A arte da vida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009, p. 109.

Os efeitos do passado proporcionam a visão de inúmeras transformações na condição de vida de cada indivíduo, independentemente da sua cultura, ou dos usos e costumes. É fundado nesse parâmetro de observação, nos institutos das modificações, e nas grandes (des) realizações ao longo do extensivo período da presença vida humana da terra que foi possível expor no trabalho a gênese evolutiva e a transposição dos usos e os costumes do homem, consolidados nas verdadeiras instituições jurídicas, a família.

O objetivo de se realizar tal pesquisa é o de buscar respostas para entender de onde, quando e para onde a evolução da humanidade vai. As regras e os costumes foram se adaptando conforme às necessidades. Quanto à pesquisa realizada nesta tese, foi possível identificar conforme se demonstra e, ficou provado que:

1. As primeiras instituições verdadeiramente jurídicas, conhecidas como famílias, adotavam os usos e os costumes do chefe tribal, a regra era a voz do ancião, em virtude de sua experiência ao longo da vida que lhe proporcionou.
2. Os aspectos comparativos tiveram um papel fundamental, posto isto, foi possível caracterizar o desenvolvimento tribal através da endoculturação e o comportamento.
3. O racionalista René Descartes e o empirista John Locke são absolutamente necessários para comprovar que se os usos e os costumes foram a parte essencial do desenvolvimento do homem em sociedade, o homem tinha por obrigação adquirir a razão e o conhecimento para o seu desenvolvimento racional.
4. As relações comerciais tiveram um papel fundamental, dado que, além de aproximarem as pessoas e proporcionarem o surgimento de comunidades, fizeram com que fosse possível, identificar que as atividades conhecidas como “escambo” tinham sua gênese nas relações consangüíneas das comunidades, e, com os excedentes, partiu-se para escambo entre as comunidades distintas.
5. As atividades mercantis influenciaram o surgimento de comunidades e as trocas dos excedentes. Com o aspecto vingativo

do homem, aquele que não honrar a essa *obligatio* acaba cometendo o crimemais grave que existia, mas esse crime gravoso, foi aos poucos sendo substituído pelo valor metal e pelos *praes*, assumindo o lugar do *manceps*, o devedor.

6. O contrato social, firmado pelos povos para concentrar as regras dos usos e os costumes, foi o percursor que hoje em dia que se possa chamar de sociedade. Isto é, o homem saiu do estado da natureza e ingressou no estado moderno, Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau, foram concebidos na tese, pois ilustraram bem essa transição.
7. Por fim, o mais essencial e o objetivo desta pesquisa, a inteligência artificial, esse pequeno circuito que deu vida às inúmeras máquinas, que estão ocupando um novo lugar, outrora preenchido por outros seres orgânicos e biológicos.
8. Para a inteligência artificial ter “vida”, obrigatoriamente há de ter um criador, e, nesse sentido, o “homem”, assume seu papel de criador, dando-lhe condições sociais, e capacidade de raciocinar, porém, com uma semelhança a um cérebro humano, isto é, se o homem recebe as informações do mundo externo através dos seus sensores a inteligência artificial.
9. A cibernética é a parte estrutural, e, para esta ter êxito, a inteligência artificial deve estar à altura para comandar essa estrutura, conforme doutrinam as lições de Platão, a “arte de pilotar”. A robótica está assumindo as funções equiparadas ao que era do homem, além da agilidade de processar informações e de exercer as atividades braçais já existentes nas grandes indústrias, a robótica vem absorvendo as atividades domiciliares e estreitando as comunidades.
10. O marco civil da internet veio tardiamente em disciplinar essas atividades tecnológicas, mas não acompanha na forma legislativa em disciplinar.
11. A regulamentação é necessária, a máquina deve ter controle em todos os sentidos, o homem não deve ser subjugado pelo

> mecanismo, e sim deve impor regras, as pessoas estão se fragmentando em virtude da velocidade da inteligência artificial, ao que tudo parece, as tecnologias cibernéticas estão se adaptando no modo de vida do seu criador, o homem.

Dadas essas conclusões, vale lembrar que, se isso ocorrer, estaremos diante de uma possível submissão, na qual a humanidade estará às ordens de uma máquina; tal submissão, no passado, era estabelecida pelos fenômenos naturais e pelos animais. O futuro retorna ao passado, na inevitável seqüência: homem; homem-máquina; máquina-homem e máquina. Ou seja, a submissão poderá ocorrer e levar à fragmentação da humanidade na face da terra diante da independência das máquinas.

Por isso, finalmente, é preciso criar mecanismos legislativos para impedir essa dominação. Diante desse cenário, o objetivo da presente tese foi evidenciar que é possível que o homem reaprenda pelas regras que antes era imperativa através dos usos e costumes e transponha hoje, reaprendendo a constituir mecanismos que o mantenham no domínio e impedindo a submissão a esse avanço, ou à essa nova sociedade cibernética.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico**. 11. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2000.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de Derecho Romano**. Trad. José M. Caramés Ferbo. Buenos Aires: Depalma, 1973.

ARDUINI, Juvenal. **Antropologia**: ousar para reinventar a humanidade. São Paulo: Paulus. 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Paulo Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARENDT, Hannah. Que é liberdade? In: _____. **Entre o passado e o futuro**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972. p. 192.

ASSIS DIAS, José Francisco de. **Ética e estado Agostinho de Hipona**. Maringá: Vivens, 2014.

ATIAS, Chistian. **Épistémologiejuridique**. Paris: Dalloz, 2002.

AVRON, Barr; FEIGENBAUM, Edward A. **The handbook of Artificial Intelligence**. California: Heuristech, 1981. p. 21. Disponível em: <http://archive.org/details/handbookofartific01barr>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BARONE, Dante. **Sociedades artificiais**: a nova fronteira da inteligência nas máquinas. Porto Alegre: Bookman, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar,1998.

BENNATON, Jocelyn. **O que é cibernética**. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

BIBLIA. In: WIKIPÉDIA, a **enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2005. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Biblia&oldid=750983>. Acesso em: 27 out. 2016.

BITTENCOURT, Guilherme. **Inteligência artificial**: ferramentas e teorias. 2. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2001.

BOAHEN, Kwabena. Scientific American. **Chips Neuromórficos**, Campinas, SP, ano 4, n. 37, p. 73, nov. 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONNARD, Jérôme. **Introduction au droit**. 2. ed. Paris: Ellipses, 1995.

BOUCOBZA, Isabelle. **La fonction juridiction nelle**. Paris: Dalloz, 2005.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 dez. 2012 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em 14 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 24 abr. 2014. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. Dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências. Brasília, DF. Publicada no **Diário Oficial da União** nº 187/2010, em 11/10/2010, pág. 4-6. Disponível em <http://www.trf1.jus.br/processos/epeticao/info/resolucao/resolucao_cnj_121_5_10_2010.pdf> Acesso em: 11 jul. 2017.

CABRILLAC, Rémy. **Introduction générale au droit**. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007.

CAMPOS, Carlos. **Sociologia e Filosofia do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Cardal, 1961.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del nuevo proceso civil italiano**. Trad. de Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzshe. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Ana Cristina Azevedo. **Marco Civil da Internet no Brasil**. São Paulo: Altas, 2014.

CASSARO, Antonio Carlos. Humanizando a tecnologia. **Revista Alvares Penteado**, São Paulo, v. 4, n. 10, 2013. Disponível em: <http://www.hipertextus.net/volume1/artigo-xavier.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CATELLANI, Patrizia. **Il giudice esperto**: psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario. Bolonha: Il Mulino, 1992.

CHAMOUNS, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Forense, 1950.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. v.1.

COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma**. 5. ed. Lisboa: Liv. Clássica, 1941.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Filosofia do Direito**: prólogo de Giorgio Del Vecchio. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

D'AGUANNO, **Genesys y evolución Del Derecho**. Trad. Pedro Dorado. Buenos Aires: Impulso, 1943.

D'AZEVEDO, Marcello Casado. **Cibernética e vida**. Petrópolis, SP: Vozes, 1972.

DAL COL, Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da União Estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DECHERT, Carles R. **O impacto social da cibernética**. Trad. Adilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Bloch, 1970.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. São Paulo: Saraiva, 1960.

_____. **Direito, Estado e Filosofia**. Rio de Janeiro Liv. Ed. Politécnica, 1952.

_____. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Antonio Jose Brandão. 4. ed. Coimbra: Armébio Amado, 1972.

DENNET, Daniel Clement. **Somos todos robôs**. 1996. São Paulo: Editora Três. p. 5. [Entrevista na Revista Isto É].

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução, prefácio e notas de João Cruz Costa, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

_____. **Os pensadores**. Tradução J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

DIGESTO de Justiniano, líber primus: **Introdução ao Direito Romano.** Trad. Hélcio Maciel França Madeira. 4. ed. rev. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 17, n. 66, p. 132, abr./jun. 1980.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3. ed. Trad. H. Chaves. Lisboa: Editorial Presença: Livraria Martins Fontes, 1976.

FERNANDES, Francisco. 1900-1965. **Dicionário brasileiro globo**. 56. ed. São Paulo: Globo, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FLACH, James. **Les Origines de L'ancinne France**. Paris: Gallimard, 1886.

FRANCESCO, Michele di. **Introduzione alla filosofia della mente**. Roma: Carocci, 2002.

FRANCISCI, Pietro de. **Sintesis Histórica Del Derecho Romano**. Trad. Urcinio Alvarez. Madri: Rev. de Derecho Privado, 1954.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago. 1999.

GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. **Traité de Droit Civil**. Paris: LGDJ, 1983.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GILSON, Étienne. **O espírito da filosofia medieval**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GIORDANI, Mario Curtis. **Iniciação ao direito romano**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

GLUKMAN, Max. Obrigação e dívida. In: DAVIS, Shelton. **Antropologia do direito**: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Tradução de Neide Esterci e Lygia Sigaud. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

GONÇALVES, Julia S. **Descobrindo um novo mundo**. Blogspot.com.br. 2009. Disponível em: < http://juliaciencias.blogspot.com.br/2009/02/nano-robos.html>. Acesso em: 10 abr. 2017.

GÓRZ, André. **O imaterial**: conhecimento, valor e capital. Tradução: Celso Azzan Junior. São Paulo: Annablume, 2005.

GRÜN, Ernesto. **Una visión sistêmica y cibenetica del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**: a expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2013.

GUERRA, Sidney. **O direito à privacidade na Internet**. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

GUINCHARD, Serge et al. **Droit processuel**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2007.

HANNA, Munira. **Google condenado por violação de direito autoral**. Porto Alegre. 2011. http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI139021,41046-Google+condenado+por+violacao+de+direito+autoral>.
Acesso em: 2 maio 2017.

HARAWAY. Dona J. **Antropologia do Ciborgue**: as vertigens do pós humano. Organização e tradução Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

_____. **Manifesto Ciborgue Ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX**. Organizado e traduzido por Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007.

https://www.megajuridico.com/primeiro-robo-advogado-lancado-no-brasil/. Acesso em 09 Jul 2017.

https://www.youtube.com/watch?v=5XT_0A_7pZ8>. Acesso em: 1 Jun. 2017.

IGLESIAS, Juan. **Direito Romano**. Trad. Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: R. dos Tribunais.

JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**.Trad. Rafael Benaion, 1934. v. I.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e de Ferdinand Hämmerle. Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011.

KAUFMANN. Arthur. **Filosofia del Derecho**. Colombia: Panamericana, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KUNKEL, Wolfang. **História Del Derecho Romano**. Trad. Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1970.

KUNZRU, Hari. **Antropologia do Ciborgue**: as vertigens do pós humano. Organização e tradução Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

LAROUSSE. **Grande enciclopédia Larousse cultural**. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

LATIL, Pierre de. **O pensamento artificial**. Tradução Jerônimo monteiro. 3. ed. São Paulo: Ibrasa,1973.

LE BON, Gustave. **Les Premieres Civilisations**. Trad.Ernest Flammarion. Paris: Editeur, 1889.

LEMOS, André. **Cibercultura**: tecnologia e vida social na cultura contemporânea. Porto Alegre: Sulina, 2002.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. Trad. Luiz Paulo Rouanet. 9. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

_____. **As tecnologias da inteligência**. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

_____. **O que é virtual**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1996.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito**. Trad. Teruka Mina Missawa. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964.

LINTON, Ralph. **O homem**: uma introdução à antropologia. 12. ed. Trad. Lavínea Vilela. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LLOYD, Dennis; **A idéia da lei**. trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Trad. Pedro Paulo Garrido Pimenta. São Paulo: Martins Fontes. 2012.

LUGER, George F. **Inteligência artificial**: estruturas e estratégias para a solução de problemas complexos. Trad. Paulo Engel. 4. ed. Porto Alegre: Bookmann, 2004.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **Dicionário Jurídico e repertório processual**. Rio de Janeiro: Didática Cientifica, 1984, v. 2.

MANIQUEÍSMO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Manique%C3%ADsmo&oldid=48287595>. Acesso em: 3 mar. 2017.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013,

MATURANA. Humberto R. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAUSS, Marcel. [1872-1950]: **Sociologia e antropologia**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

_____. **Antropologia**. Organizador da coletânea Roberto Cardoso de Oliveira. Trad. Regina Lúcia Moraes Morel, Denise Maldi Meirelles e Ivone Toscano. São Paulo: Ática, 1979.

_____. **Sociologia e antropologia**. São Paulo: EPU, 1974.

McDOWELL, John. **Mente y mundo**. Trad. Miguel Angel Quintana. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2003.

MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luis César Amad. **História antiga e medieval**. São Paulo: Scipione, 1993.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis** Traduções Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Os Pensadores).

NETTO, José Oliveira. **Dicionário jurídico universitário, terminologia jurídica e latim forense**. 4. ed. São Paulo: Edijur, 2011.

NICOLELIS, M.; CHAPIN, J. Controlando robôs com a mente. **Scientific American**, New York, ano 1, n. 6, p. 50, nov. 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**. Trad. Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.

O GRANDE DITADOR. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2009. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=O_grande_ditador&oldid=17274568>. acesso em 10 Nov 2016.

OLIVERIO, Alberto. **Biologia e filosofia da mente**. Bari: Laterza, 1999.
PEREIRA MELO, José Joaquim; PIRADELI, Marcos Roberto. **Ensaios sobre o cristianismo na antiguidade**: história, filosofia e educação. Maringá: Eduem, 2006.

PIAGET, Jean. **A epistemologia genética**: sabedoria e ilusões da filosofia: problemas de psicologia genética. Traduções de Nathanael C. Caixeiro, Zilda Abujamra Dacir, Célia E. A. Di Pietro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **O nascimento da inteligência na criança**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

PLATÃO. **A república**. 2. ed. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2009.

_____ **Diálogos VII** (suspeitos e apócrifos): Alcibíades, Clitofon, Segundo Alcibíades, Hiparco, Amantes rivais, Teages, Minos, Definições, Da justiça, Da virtude, Demódoco, Sísifo, Hálcion, Erixias, Axioco/Platão; Traduções, textos complementares e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2011.

RABUSKE, Edvino Aloisio. **Antropologia filosófica**: um estudo sistemático. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

ROCCO, Alfredo. **La sentencia civil**. Trad. de Rafael Greco. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2005.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Ed. Abril, 1973.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Paulo Neves. Ed L&PM. Porto Alegre, RS, 2012.

SANTAELLA, Lucia. **Culturas e artes pós-humano**: cultura das mídias à cibercultura. São Paulo: Paulus, 2003.

SANTO AGOSTINHO. **A Cidade de Deus**. São Paulo: Ed. das Américas, 1964. Biblioteca da Cultura Cristã, Livro XIX, cap. XCI,

SANTOS, Fábio Marques Ferreira. **O limite cognitivo do poder humano judicante a um passo de um novo paradigma cognitivo de justiça**: poder cibernético judicante – o direito mediado por inteligência artificial. 668 f. Tese (Doutorado)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

SARTRE, Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Tradução de: Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Júnior. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

_____. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológico. Trad. de Paulo Perdigão. Petrópolis, SP: Vozes, 1997.

SEARLE, John R. **O mistério da consciência**. Trad. André Yuji Pinheiro Uema e Vladimir Safatle. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

SEVE, Ren. **Philosophie et théorie du droit**. Paris: Dalloz, 2007.

SKINOVSKY, J.; CHIBATA, M.; SIQUEIRA, D. E. D. Realidade virtual e robótica em cirurgia: aonde chegamos e para onde vamos? **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 5, set./out. 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-69912008000500011>. Acesso em: 2 dez. 2016.

SUMÉRIA. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Sum%C3%A9ria&oldid=49562099>.Acesso em: 20 jul. 2016.

TADEU, Tomaz. **Antropologia do ciborgue**. Trad. Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

TEIXEIRA, João de Fernandes. **Mentes e máquinas**: uma introdução à ciência cognitiva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

THOMPSON, John, B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação em massa. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1990.

VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. **Marco civil da Internet**. 2. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2015.

VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. **Procédure civile**. 27. ed. Paris: Dalloz, 2003.

VOGEL, Carlos Alfredo. **História Del Derecho Romano**. 5. ed. Buenos Aires: Perrot, 1993.

WATSON, James. **DNA**: o segredo da vida. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **O Direito nas sociedades primitivas**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.