

IDÉIAS E INSTITUIÇÕES NA MODERNIDADE JURÍDICA

Antonio Carlos Wolkmer¹

A cultura jurídica produzida ao longo dos séculos XVII e XVIII, na Europa Ocidental, resultou de um específico complexo de condições engendradas pela formação social burguesa, pelo desenvolvimento econômico capitalista, pela justificação de interesses liberal-individualistas e por uma estrutura estatal centralizada. Certamente que este entendimento não só compartilha da idéia de que subsiste em cada período histórico uma prática jurídica dominante, como sobretudo, confirma a concepção de que o Direito é sempre produto da vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes de necessidades humanas.

Há que se observar, assim, como essas diferentes estruturas causais compatibilizaram-se na constituição teórica e instrumental do moderno paradigma jurídico, marcado por determinadas características (geral, abstrato, coercível e impessoal) principais institutos (propriedade privada, liberdade de contratar e autonomia da vontade, direitos subjetivos) e cosmovisões jusfilosóficas hegemônicas (jusnaturalismo e positivismo jurídico).

Antes de tudo importa considerar, preliminarmente, a nova visão de mundo que emerge com a modernidade, fundada numa racionalização ético-filosófica e técnico-produtiva, expressando valores, crenças e interesses próprios de camadas sociais emergentes em luta contra o feudalismo aristocrático-fundiário. Fatores como o renascimento, a reforma, o processo de secularização, as transformações econômico-mercantis e o progresso científico favoreceram o advento de uma cultura liberal-individualista. Os princípios norteadores da concepção político-social liberal-individualista definem-se prontamente com o advento do sistema comercial capitalista e com a organização social da burguesia-individualista.

O liberal-individualismo, enquanto “princípio fundamental” que surge frente às condições materiais emergentes e às novas relações sociais, tornou-se uma proposta ideológica adequada às necessidades de um novo mundo, bem como à legitimação das novas formas de produção da riqueza e à justificação racionalista da era que nascia. O individualismo como expressão da moralidade social burguesa enaltece o homem como centro autônomo de escolhas econômicas, políticas e racionais; faz do ser individual um

¹Professor nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC.

“valor absoluto”. Nesta dinâmica histórica, a ordem jurídica é instrumentalizada como estatuto de uma sociedade que proclama a vontade individual, priorizando formalmente a liberdade e a igualdade de seus atores sociais. Daí a necessária distinção entre a velha e a nova ordem jurídica. A esse propósito descreve de La Torre Rangel, o Direito Medieval “reconhece a desigualdade social e trata de maneira desigual os desiguais. É um Direito que protege aos privilegiados (...);”² gerando um modo de produção injusto que tem seus efeitos minimizados pelo próprio reconhecimento da desigualdade. Deste modo, é um direito mais vivo e real.

Já o Direito moderno liberal-individualista se assenta numa abstração que oculta as condições sociais concretas. Tem a pretensão de ser “um Direito igual, supondo a igualdade dos homens sem tomar em conta os condicionamentos sociais concretos, produzindo uma lei abstrata, geral e impessoal.”³ Na verdade esta concepção de legalidade vai se constituindo em fins da Idade Média com o crescimento e a influência dos mercadores que, gradativamente, vão lutando contra a velha estrutura feudal, “primeiro para sobreviver e depois para converter-se em classe hegemônica”. Por sua vez, é natural a emergência de juristas identificados com os interesses dos extratos burgueses, desempenhando uma função significativa de desenterrar “as normas jurídicas romanas e as adaptando às necessidades dos mercadores, pondo especial ênfase em uma reinterpretação do Direito de Propriedade e do Direito Contratual.”⁴ Mais tarde, indo além do jusnaturalismo teológico defendido pelos doutores da igreja, a doutrina laicizada do direito natural clássico, cultivada nas universidades, rompe com o silêncio da tradição jurídica romanística e traz à discussão a noção dos direitos naturais subjetivos, que alcança seu ápice com a ascensão da burguesia na eclosão da Revolução Francesa. No processo de constituição do liberalismo jurídico individualista, a escola do direito natural clássico consagrou, concomitantemente, com a existência do Direito Privado, a criação de um Direito Público com efetividade para tornar “reais os direitos naturais do homem e garantia às liberdades da pessoa humana”⁵. A partir do século XVIII, a doutrina passa a priorizar não mais o saber legal oficializado pelas universidades, mas o peso soberano da vontade do legislador⁶.

Com efeito, o jusracionalismo clássico contribuiu, no dizer de La Torre Rangel, para três fatores causais que modelam o moderno Direito Liberal-individualista:

a) “A igualdade formal de todos os homens, ao consagrar os direitos subjetivos desconhecidos para o Direito romano”;

b) “A codificação do Direito em normas gerais, abstratas e impessoais, ditadas pelo Estado legislador que chegará a identificar - como no positivismo do século XIX - o Direito com a Lei, es-

² LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *El Derecho como Arma de Liberación en América Latina*. Mexico: Centro de Estudios Ecumenicos, 1984. p. 40.

³ LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. 1984, op. cit., p. 40-41.

⁴ LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. 1984, op. cit., p. 41. Para um aprofundamento, observar também: TIGAR, Michael E., LEVY, Madeleine R. *O Direito e a Ascensão do Capitalismo*. RJ: Zahar, 1978.

⁵ Cf. LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. 1984, op. cit., p. 42.

⁶ LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. 1984, op. cit., p. 43.

vaziando o Direito de toda a idéia de justiça”;

c) “A criação do Direito Público paralelo ao Direito Privado, como forma de garantir os direitos subjetivos e a igualdade formal, proclamados pelo Direito Natural.”⁷

É dentro destes marcos teóricos e operacionais que se pode caracterizar o Direito Moderno como um Direito estatal, centralizado, escrito, previsível (segurança e certeza jurídicas) e normativo. Sua estrutura técnico-formal é constituída por um complexo de normas de teor geral, abstrato, coercível e impessoal. O princípio da generalidade implica que a regra jurídica é preceito de ordem abrangente, que obriga a um número incontestado de pessoas que estão em igual situação jurídica. A lei é para todos e não apenas para algumas pessoas. Por outro lado, a norma de Direito é abstrata porque objetiva alcançar um maior número possível de ações e acontecimentos. A disposição legal é indeterminada, pois o legislador não pode produzir leis e códigos completos e acabados, não tem condições de prever todos os casos concretos frente às contínuas mudanças da vida social. Por sua vez, a coercibilidade é a possibilidade do uso da coação psicológica e material garantida pelo poder político estatal. Trata-se do estado permanente da força ou coação, acionado pelo aparato estatal para constringer ou induzir à obediência de condutas a serviço das instituições em geral⁸. Por último, o princípio da impessoalidade refere-se à situação de “neutralidade” diante da particularidade individual, pois a aplicação da norma tem a pretensão de se estender a uma quantidade indefinida de pessoas, de modo aleatório e não particularizado. Certamente que tais princípios de abstração, generalidade e impessoalidade têm no modelo liberal-individualista “um significado ideológico, o de ocultar a desigualdade real dos agentes econômicos, para desse modo se conseguir a aparência de uma igualdade formal, a igualdade perante a lei.”⁹

Tal ordenação privatista equipara, com uma mesma medida, as desigualdades e as diferenças, situa os indivíduos num mesmo patamar, sem questionar as distinções que fazem da organização social uma pirâmide¹⁰.

Importa salientar agora alguns dos principais institutos do direito liberal-individualista que se desenvolve no contexto de uma cultura social burguesa e da produção capitalista da riqueza. O primeiro grande instituto da juridicidade moderna é o direito de propriedade, simbolizando uma forma de poder qualificado como absoluto, exclusivo e perpétuo¹⁰. Enquanto na estrutura econômica feudal, a propriedade fundiária assume um caráter fragmentário (instrumento de servilismo), porquanto a mesma porção de terra dividia-se entre vários proprietários, subordinados uns aos outros

⁷ LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. 1984, op. cit., p. 43.

⁸ LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. 1984, op. cit., p. 43.

⁹ Cf. LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Del Pensamiento Jurídico Contemporaneo. Aportaciones Críticas. Mexico: Escuela Libre de Derecho, 1992. p. 60-61; NOVOA MONREAL, Eduardo. O Direito como Obstáculo à Transformação social. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p. 131-144.

¹⁰ FIGUEIRA, Eliseu. Renovação do Sistema de Direito Privado. Lisboa: Caminho, 1989. p. 50-52.

¹¹ GOMES, Orlando. A Crise do Direito. S.Paulo: Max Limonad, 1955, p. 86-87.

(contraprestação), na ordem sócio-econômico capitalista, o regime adquire um aspecto unitário e exclusivo, principalmente, nos grandes textos burgueses-individualistas, como o Código Civil Francês. A legislação napoleônica, ao romper com o sistema de exploração e privilégios feudais e ao dar destaque à propriedade privada, expressão do domínio absoluto e inviolável, traduziu os interesses individualistas e os avanços revolucionários dos segmentos sociais que passaram a exercer hegemonia, livre, agora, de encargos que oneravam a utilização do solo¹².

Este sagrado e inviolável direito de propriedade exclue de seu uso e gozo qualquer outro não-proprietário, sendo para quem dispõe, um direito pleno e ilimitado. Não se deve esquecer, como assinala Gustav Radbruch, que para o liberalismo “o direito privado é o coração de toda a vida jurídica, e o direito público, pelo contrário, apenas uma leve moldura que deve servir de proteção ao primeiro e, particularmente, ao direito da propriedade”¹³. Mas não é só isso. Interessa, igualmente, ressaltar que a conceituação “individualista do direito real de propriedade (a relação entre os sujeitos e os bens) dá-nos uma visão estática deste direito subjetivo como poder direto, imediato e exclusivo sobre os bens, escondendo o aspecto dinâmico de sua inserção na produção e, portanto, a irradiação de interesses centrados no mesmo bem, quando objecto de relações sociais”¹⁴.

O contrato é outro símbolo máximo do poder da vontade individual numa estrutura sócio-econômica capitalista. O exarcebado individualismo da livre contratação e da autonomia da vontade funciona através do chamado negócio jurídico, um “instrumento de autorregulamentação dos interesses dos particulares”, que não deixa de ocultar a desigualdade real¹⁵. A construção jurídica da teoria individualista expressa as exigências de um novo modo de produção, equilibrando interesses e mediando as relações sócio-econômicas. Este pacto montado conforme a declaração de vontade das partes intervenientes é concebido para homens abstratos, livres e que estejam na condição de igualdade formal, realidade própria dos proprietários burgueses. Sustenta Ripert que o “contrato é superior à lei como fonte jurídica vinculante, porque é aceito pelas partes, e não imposto, como a segunda”¹⁶. Certamente o individualismo jurídico que teve sua materialização plena no código de Napoleão consagrou o contrato como instrumento insubstituível das relações humanas, proclamando, entre os sujeitos iguais e autônomos, a soberania da liberdade de contratar. Os excessos do liberalismo contratualista não deixam de ser imperativos das novas conveniências políticas e das novas necessidades materiais da vida social burguesa¹⁷. Não sem razão, assinala Orlando Gomes que a apregoada liberdade contratual, enquanto pilar jurídico do sistema capitalista, tem sido uma “fonte das mais clamorosas injustiças. Em suas malhas se esconde a opressão real com que, veladamente, a classe dominante abrogeia seus interesses materiais. Realmente, a liberdade

¹² Cf. LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. 1992. op. cit., p. 56-57.

¹³ Cf. GOMES, Orlando. Op. Cit., p. 116-118, 146-147.

¹⁴ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Armenio Amado, 1979. p. 253.

¹⁵ FIGUEIRA, Eliseu. op. cit. p. 117.

¹⁶ FIGUEIRA, Eliseu. op. cit. p. 72-73.

¹⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo. op. cit. p. 138.

de contratar é liberdade para o que possui esse poder; para aquele contra quem se insurge é, ao contrário, impotência. Não tem liberdade, não pode tê-la, quem possui como bem único a sua força-trabalho. Nesse fundamento do Direito Civil burguês manifesta-se, também, e sem subterfúgios, o conteúdo de classe que o domina¹⁸.”

Não é possível compreender totalmente o Direito moderno enquanto resposta de regulamentação aos problemas insurgentes da estrutura mercantilista e concorrencial sem deixar de contemplar algumas categorias nucleares como “sujeito de direito” e “direito subjetivo”.

O conceito de “sujeito de direito” individual materializa uma abstração formalista e ideológica de um “ente moral”, livre e igual, no bojo de vontades autônomas, reguladas pelas leis do mercado e afetadas pelas condições de inserção no processo do capital e do trabalho¹⁹. A questão do sujeito abstrato que dispõe de uma “personalidade jurídica” mediatiza a condição dos agentes que exercem o controle e a manipulação dos meios de produção e distribuição na sociedade, incidindo não apenas na singularidade de pessoas e indivíduos, mas também em grupos ou instituições, cujos interesses coletivos a norma se propõe tutelar²⁰. Como se sabe foi a partir do século XVIII que a doutrina clássica do direito natural reconheceu e fortaleceu a condição dos direitos subjetivos, encarados como “a possibilidade de fazer ou pretender fazer algo, de forma garantida, nos limites atributivos da regra do Direito.”²¹ Reconhece Georges Sarrote que os direitos subjetivos implicam naquelas faculdades atribuídas às pessoas físicas e morais “que lhes permite agir em defesa dos seus interesses materiais e morais²².” De qualquer modo, pode-se compreender direito subjetivo como uma noção metafísica, uma convenção valorativa criada pela doutrina jurídica burguesa para expressar vontade livre e autônoma que reivindica e que requer direitos negados. Em suma, os direitos subjetivos estão diretamente vinculados às formulações da “autonomia da vontade” e ao “interesse juridicamente protegido”. É nesta perspectiva que é preciso situar, como faz Michel Miaille, que a noção de direito subjetivo é inseparável da “concepção de sujeito de direito revelado claramente pela revolução política de 1789. As reivindicações políticas trouxeram consigo a utilização do termo direito, embora a palavra desejo ou possibilidade tivesse sido mais justa. Ter-se-ia, pois, transformado em direitos o que não eram mais do que casos de proteção concedida pela lei a certos interesses²³.”

Caberia mencionar ainda determinados “princípios-fins” do Direito Moderno como a segurança e certeza jurídicas. Para alguns, a segurança é uma necessidade fundamental da vida moderna organizada, tendo como fim imediato a realização da justiça. A doutrina tradicional alude de que se trata da garantia dada a um indivíduo, a seus bens

¹⁸ GOMES, Orlando. *op. cit.* p. 113, 114 e 267.

¹⁹ GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 88.

²⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 211.

²¹ FIGUEIRA, Eliseu. *op. cit.*, p. 61.

²² BESSA, Paulo. *Uma Nova Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986. p. 147.

²³ SAROTTE, Georges. *O Materialismo Histórico no Estudo do Direito*. Lisboa: Estampa, 1975. p. 264.

e aos seus direitos, de que sua situação não será alterada senão por procedimentos regulares previstos na legislação²⁴. Adverte P. Nader para o fato de que segurança e certeza jurídicas não se confundem, pois a primeira é “de caráter objetivo e se manifesta concretamente através de um Direito definido que reúne algumas qualidades, a certeza jurídica expressa o estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas²⁵.” Contrapondo-se às posições formalistas que encaram tais princípios como verdadeiros fins do Direito e que jamais obstaculizam o progresso do Direito, juristas como Elías Díaz argumentam que a mera certeza normativa não é suficiente para demonstrar as exigências contidas no valor segurança. A segurança não pode identificar-se exclusivamente com a idéia de uma ordem jurídica existente e com o conseqüente saber público do que está proibido e permitido²⁶. Na verdade, para Elías Díaz, o direito não se esgota na sua função de proporcionar uma segurança, como sinônimo de ordem, pois isto seria insuficiente, oferecendo uma idéia superficial de seu conceito. Faz-se necessário, além de um sistema de seguridade-legalidade, um sistema de seguridade-legitimidade, ou seja, segurança não como fato mas como uma prática que implique valores considerados imprescindíveis como “liberdade, paz, igualdade e justiça²⁷.” Assim, a idéia de “ordem normativa” e “segurança-fim” deve estar subordinada às exigências humanas de legitimidade e não a uma idealização tecnoformal sem limites, o que tem se revelado numa cultura individual-positivista natural impedimento da transformação e do avanço do Direito.

Uma vez delineadas algumas das principais características e instituições da modernidade jurídica liberal-individualista, importa igualmente assinalar, a nível das idéias e/ou do pensamento fundante, as concepções doutrinárias jusfilosóficas que exerceram hegemonia e que alcançaram o maior êxito. Primeiramente, cabe destacar a doutrina idealista do Direito natural que compreende uma grande variedade de teorias e escolas antecedendo a sociedade burguesa-capitalista e tendo suas origens na antiguidade clássica ocidental. O ponto comum dessas concepções chamadas de jusnaturalismo é admitir uma ordem jurídica a priori, superior e ideal, o que implica no reconhecimento de um certo dualismo no Direito. As múltiplas manifestações jusnaturalistas traduzem a crença de um preceito superior advindo da vontade divina, da ordem natural das coisas, ou mesmo da razão do homem²⁸.

A doutrina clássica do Direito Natural individualista, “produto do liberal-contratualismo e do racionalismo do século XVIII, refletiu as condições sociais e econômicas da burguesia capitalista ascendente. A função ideológica do jusnaturalismo, enquanto proposição defensora de um ideal eterno e universal, nada mais fez do que esconder seu real objetivo, ou seja, possibilitar a transposição para um outro tipo de relação política, social e econômica,

²⁴ MIAILLE, Michel. Uma Introdução Crítica ao Direito. Lisboa: Moraes, p. 142.

²⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo. op. cit., p. 143.

²⁶ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 19. p. 143-144.

²⁷ DÍAZ, Elías. Sociología y Filosofía del Derecho. Madrid: Taurus, 19. p. 47.

²⁸ DÍAZ, Elías. op. cit., p. 46

sem revelar os verdadeiros atores beneficiados. Os princípios enunciados por este jusnaturalismo mostraram-se extremamente falsos, ao clamarem por uma retórica formalista da igualdade, da liberdade e da fraternidade de todos os cidadãos. Por sua vez, o processo desencadeado pela Revolução Industrial (século XIX) e suas consequências na modernidade tecno-científica, bem como os vastos movimentos de codificação e consolidação sócio-política da burguesia acabaram propiciando a expressão máxima do racionalismo formal moderno, ou seja, o positivismo²⁹.” A concepção positivista diferencia-se da doutrina do Direito natural, “na medida em que rejeita toda e qualquer dimensão a priori. Descarta, assim, princípios e juízos valorativos em função de uma suposta neutralidade axiomática, de um rigoroso experimentalismo e, ao mesmo tempo, de um tecnicismo formalista. O Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva e concreta. Toda a sua validade e imputação fundamentam-se na própria existência de uma organização normativa e hierarquizada³⁰.”

A mundialidade do positivismo jurídico “que se manifesta através de um rigoroso formalismo normativista com pretensões de ‘ciência’, torna-se o autêntico produto de uma sociedade burguesa solidamente edificada no progresso industrial, técnico e científico. Esse formalismo legal esconde as origens sociais e econômicas da estrutura capitalista de poder, harmonizando as relações entre capital e trabalho, e eternizando através das regras de controle,” a cultura liberal-individualista dominante³¹.

Em síntese, uma vez demonstrado teoricamente o cenário histórico do moderno Direito europeu, englobando a constituição de seus pressupostos lógico-formais e epistemológicos (características, instituições e idéias), cabe constatar, em outra futura reflexão, a transposição e adaptação deste modelo jurídico liberal-individualista para à historicidade periférica de antigas colônias sul-americanas, como o Brasil.

²⁹ WOLKMER, Antonio C. *Ideologia, Estado e Direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 147-148.

³⁰ WOLKMER, Antonio C. 1994, op. cit., p. 59.

³¹ WOLKMER, Antonio C. 1995, op. cit., p. 151.