

REVISTA Nº 30**Ano 16 - junho de 1995 - p. 17-23**

Idéias e instituições na modernidade jurídica

Antonio Carlos Wolkmer

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

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 "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 (...);"(1)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.(2)" 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."(3) 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(4).⁴ 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 legislador (6).

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, esvaziando 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 geral (8). 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 pirâmide(10).

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 perpétuo (11). 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 (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 solo (12).

Este sagrado e inviolável direito de propriedade exclui 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 auto-regulamentação dos interesses dos particulares", que não deixa de ocultar a desigualdade real (15). 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 burguesa (17). 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 abroguela seus interesses materiais. Realmente, a liberdade 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 domina (18)."

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 trabalho (19). 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 tutelar (20). 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 morais (22)." 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 Mialle, 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 interesses (23)."

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 e aos seus direitos, de que sua situação não será alterada senão por procedimentos regulares previstos na legislação (24). 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 pessoas (25)." 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 permitido (26). 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 justiça (27)." Assim, a idéia de "ordem normativa" e "segurança-fim" deve estar subordinada às exigências humanas de legitimidade e não a uma idealização tecno-formal 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 homem (28) .

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, 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 conseqüências 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 positivismo (29)." 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 hierarquizada (30)."

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 dominante (31).

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.

NOTAS:

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

(2) LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. 1984, op. cit., p. 40-41.

(3) 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.

(4) Cf. LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. 1984, op. cit., p. 42.

(5) LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. 1984, op. cit., p. 43.

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

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

(8) Cf. LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *Del Pensamiento Juridico Contemporaneo. Aportaciones Criticas*. 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.

(9) FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do Sistema de Direito Privado*. Lisboa: Caminho, 1989. p. 50-52.

- (10) GOMES, Orlando. A Crise do Direito. S.Paulo: Max Limonad, 1955.p. 86-87.
- (11) Cf. LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. 1992. op. cit., p. 56-57.
- (12) Cf. GOMES, Orlando. Op. Cit., p. 116-118, 146-147.
- (13) RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Armenio Amado, 1979. p. 253.
- (14) FIGUEIRA, Eliseu. op. cit. p. 117.
- (15) FIGUEIRA, Eliseu. op. cit. p. 72-73.
- (16) NOVOA MONREAL, Eduardo. op. cit. p. 138.
- (17) GOMES, Orlando. op. cit. p. 113, 114 e 267.
- (18) GOMES, Orlando. op. cit., p. 88.
- (19) WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 211.
- (20) FIGUEIRA, Eliseu. op. cit., p. 61.
- (21) BESSA, Paulo. Uma Nova Introdução ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1986. p. 147.
- (22) SAROTTE, Georges. O Materialismo Histórico no Estudo do Direito. Lisboa: Estampa, 1975. p. 264.
- (23) MIAILLE, Michel. Uma Introdução Crítica ao Direito. Lisboa: Moraes, p. 142.
- (24) NOVOA MONREAL, Eduardo. op. cit., p. 143.
- (25) NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 19. p. 143-144.
- (26) DÍAZ, Elías. Sociologia y Filosofia del Derecho. Madrid: Taurus, 19. p. 47.
- (27) DÍAZ, Elías. op. cit., p. 46
- (28) WOLKMER, Antonio C. Ideologia, Estado e Direito. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 147-148.
- (29) WOLKMER, Antonio C. 1994, op. cit., p. 59.
- (30) WOLKMER, Antonio C. 1995, op. cit., p. 151.