

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CAMILA TAÍS SCORSIM

MODERNIDADE: TEMPO DE UM DIREITO DO SUJEITO

CURITIBA

2012

CAMILA TAÍS SCORSIM

MODERNIDADE: TEMPO DE UM DIREITO DO SUJEITO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharela do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca.

CURITIBA

2012

*Aos meus pais,
fonte de amor incondicional
em que encontro firme alicerce.*

AGRADECIMENTOS

Sempre acreditei que as verdadeiras demonstrações de carinho devem ser externalizadas nos pequenos gestos dos dias a dia, serem provas cotidianas do que se sente. Entretanto, eu cometeria uma grande injustiça se não deixasse aqui registrado, mesmo que singelamente, algumas palavras de agradecimento a alguns daqueles que fazem parte da minha vida (em nome dos quais agradeço também os que pelo pela falta de espaço não posso citar) e, por consequência, também são um pouquinho deste trabalho.

Agradeço primeiramente à minha bisavó Rosa, minhas avós Ana e Anilde e meu avô Osmar. Sinônimos de simplicidade e ternura, são minha mais verdadeira torcida e meu maior orgulho. Também às minhas queridas madrinhas, Neila e Denise, sempre presentes. E a todos eles, por entenderem minha ausência nos últimos almoços de domingo.

Aos meus pais, Paulo e Gizele, sólida base de tudo, a quem agradeço por todos esses anos de confiança e incentivo. Ao meu irmão Lucas, cuja implicância característica ao mesmo tempo em que me diverte, faz refletir.

Àqueles que deram sentido e brilho a cada momento compartilhado nestes cinco anos de Santos de Andrade: Thayse, Letícia, Janaína, Bruna, Angélica, Luísa, Tamira, Ana Flávia, André Shimada, Evandro, Eduardo, Daniel, Felipe, Guilherme, Fábio, Luís Nagao. As qualidades de cada um de vocês me cativam e muito me ensinam cotidianamente.

Ao Partido Acadêmico Renovador (PAR) e aos paristas. Se fui singelo elo desta corrente, longe de singela foi a contribuição para a minha formação. Foi o azul que me fez certeza de que, como muita luta, é possível construir uma sociedade mais justa e igualitária.

Aos colegas do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, agradeço pelas doses de apoio e carinho diárias.

Por fim, ao professor Ricardo Marcelo Fonseca. Mais do que orientador deste trabalho, foi quem de certa forma guiou toda a minha jornada acadêmica. Se nas aulas do primeiro ano fez com que a história do direito me encantasse e desse sentido ao mundo jurídico em que eu recém ingressava, nos anos seguintes seguiu,

sempre acessível e paciente, incentivando a pesquisa. Mais do que gratidão, fica registrada aqui minha enorme admiração.

A todos vocês que tanto me apoiam, meu mais sincero obrigada!

“Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história.”

Michel Foucault

RESUMO

A preocupação do presente trabalho é a de buscar compreender historicamente conceitos que hoje são utilizados de maneira mecânica pelos juristas, especialmente o direito subjetivo e o sujeito de direito, vez que tidos como a base da dogmática jurídica. Para tal tarefa, busca-se averiguar o emergir da noção de subjetividade, o que se dá concomitantemente com o brotar da modernidade. Inicialmente, a comparação com o direito medieval serve tanto para compreender a possibilidade de um direito radicalmente diferente do que se conhece na modernidade, bem como, em seu contexto de crise, vislumbrar as primeiras rupturas que permitem o surgir do sujeito. Aborda-se as teorizações que, desde o século XIV com Guilherme de Ockham, até o século XVIII, com o iluminismo, pensam o direito a partir da tônica individualista, colocando gradativamente o sujeito como causa e o orientação do jurídico. Em um segundo momento, preocupa-se em estudar a forma com que esse direito já tipicamente moderno e subjetivo se imbrica nas estruturas sociais. Como manifestações típicas desse empreendimento, ocupa-se do estatualismo e da codificação, bem como, no plano do saber jurídico, das escolas clássicas do século XIX (a Escola da Exegese e a Escola Histórica do Direito). Por fim, aborda-se como esse direito já totalmente referenciado pelo sujeito se mostra na civilística alemã, que eleva seus contornos aos últimos termos. O pensamento de Savigny é o referencial nesse tocante, é o marco a partir do qual se busca compreender os contornos e a importância que foi conferida ao direito subjetivo.

Palavras-chave: história do direito; modernidade; direito subjetivo.

ABSTRACT

The concern of this paper is to seek to understand historical concepts that are now used in a mechanical way by lawyers, especially the subjective right and the subject of law, because frequently taken as the basis of legal dogmatics. For this task, we seek to ascertain the emergence of the notion of subjectivity, which occurs concomitantly with the building of modernity. Initially, the comparison with medieval law serves both to understand the possibility of a law radically different from that one known on modernity, as well as in its context of crisis, the first glimpse breaks that allow the emergence of the subject. Covers up theorization that since the fourteenth century with Guilherme de Ockham, until the eighteenth century, with the Enlightenment, think the law through the tone of the individualistic, gradually putting the subject as cause and legal guidance. In a second step, is concerned with studying the way that right now typically modern and subjective is enmeshed in social structures. How typical manifestations of this enterprise, deals with the right that becomes only from the state and coding, as well as at the level of legal knowledge, the classical schools of the nineteenth century (the Exegesis School and the Historical School of Law). Finally, we discuss how this law already fully referenced by the subject shown in German civil law, which raises its contours to the last terms. The thought of Savigny is the benchmark in this regard, is the framework from which one seeks to understand the contours and the importance that was given to the subjective right.

Key-words: history of law; modernity; subjective right.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	10
1 A GESTAÇÃO DA SUBJETIVIDADE JURÍDICA MODERNA	15
1.1 A INVENÇÃO DE UM DIREITO DO SUJEITO	15
1.1.1 UM DIREITO SEM SUJEITO	16
1.1.2 O IRROMPER DO SUJEITO	20
1.2 A TOMADA DO PENSAMENTO JURÍDICO PELO INDIVIDUALISMO	25
1.2.1 O SUJEITO COMO CENTRO DE JUSTIFICAÇÃO: O JURACIONALISMO	26
1.2.2 O SUJEITO CONTAGIA O JURÍDICO: O ILUMINISMO	31
2 A CONSOLIDAÇÃO DA SUBJETIVIDADE JURÍDICA MODERNA	36
2.1 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO SUJEITO	36
2.1.1 O DIREITO DO SUJEITO VEM DE CIMA: ESTATALISMO E LEGALISMO	37
2.1.2 O DIREITO DO SUJEITO É ENCLAUSURADO: A CODIFICAÇÃO	43
2.2 O DIREITO DO SUJEITO É MANIPULADO PELOS TÉCNICOS	47
2.2.1 NA FRANÇA: A ESCOLA DA EXEGESE	48
2.2.2 NA ALEMANHA: A ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO E SUA PANDECTÍSTICA	51
3 A CONSAGRAÇÃO DA SUBJETIVIDADE JURÍDICA MODERNA	57
3.1 OS FUNDAMENTOS DA CIVILÍSTICA ALEMÃ OITOCENTISTA: O PENSAMENTO DE SAVIGNY	57
3.1.1 O HISTORICISMO DE SAVIGNY	58
3.1.2 TRAÇOS JUSNATURALISTAS: UMA HERANÇA LATENTE	63
3.2 O DIREITO EM SAVIGNY: DIREITO SUBJETIVO DOS SUJEITOS DE DIREITO ...	66
3.2.1 O DIREITO DO SUJEITO É TRADUZIDO EM DIREITO SUBJETIVO	67
3.2.2 SUJEITO: A ORIENTAÇÃO DO SISTEMA	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS	81
ANEXO	84

INTRODUÇÃO

Dentre as principais categorias que habitam o cotidiano do operador do direito, figuram absolutos o sujeito de direito e o direito subjetivo. Noções que sustentam a dogmática jurídica contemporânea, mecanicamente são reproduzidas.

Conforme observa Michel Mialle, de maneira lacônica a noção de sujeito de direito é apresentada nas introduções ao estudo do direito, uma vez que “o que há de mais lógico, afinal, do que ser o homem o centro do mundo jurídico e ser, pois, em primeiro lugar, o dado básico do sistema de direito?”¹ Parte-se, portanto, de uma identificação do direito entre normas e pessoas, conceitos “fetichizados”², dotados de tamanha virtude, de tal modo a se tornarem – norma e pessoa – palavras que explicam por si mesmas³.

A negativa de que o sujeito ou qualquer outra categoria possua essa aparente essencialidade intrínseca e eterna⁴ é a premissa da qual parte o presente trabalho. O direito é produto histórico e, como tal, não pode ser pensado de maneira destacada do tempo nem da realidade social que o fabrica e o vive. Inserido em uma dada temporalidade, o direito é condicionado e delimitado de acordo com o ambiente social, político, econômico e outras tantas esferas com as quais dialoga. Somente considerando todos esses fatores a análise dos institutos, conceitos ou teorias pode ser efetivada⁵.

Então, uma primeira e importante ressalva se faz necessária quanto a esses termos, que de tão naturalizados parecem ser autorreferenciais: uma mesma palavra pode ter ao longo da história uma multiplicidade de significados. “Pessoa”, por exemplo, é uma das construções jurídicas presentes desde os primórdios da história do direito europeu. Adverte, todavia, António Manuel Hespanha: “Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da

¹ MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005, p. 114.

² Mialle empresta a noção de fetiche empregada por Marx em relação à mercadoria. (MIALLE, Michel. *Introdução crítica...* p. 86-87).

³ MIALLE, Michel. *Introdução crítica...* p. 86-87

⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 19

⁵ FONSECA Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 115

superfície da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*.⁶

Como será visto no decorrer deste estudo, a identificação que hoje se tem entre pessoa e sujeito de direito é estrutura forjada pelo pensamento jurídico alemão do século XIX, de cuja sistematização o direito vigente é legatário. Mesma origem tem os contornos individualista e voluntarista do direito subjetivo, que é quase que automaticamente reproduzido nos manuais contemporâneos. Como se vê, são conceitos dotados de profunda historicidade, cujas premissas teóricas que embasam sua noção corrente coincidem com as que lastreiam o pensamento moderno⁷.

Esse sujeito racional, autônomo e que domina sua vontade livre reina absoluto no discurso jurídico⁸, razão pela qual uma reflexão crítica da modernidade (ambiente histórico em que tais noções são lapidadas e passam a ser inteligíveis como tais) se faz especialmente urgente. Isso porque, no âmbito jurídico “ainda raia de modo ofuscante uma totalizadora e arrogante visão ‘modernizante’ herdada sem muitas mediações do século XIX.”⁹

A preocupação, então, que move o presente trabalho é a necessidade de uma reflexão histórica para a compreensão do direito vigente. Se hoje o sujeito é pilar fundamental de nosso ordenamento jurídico, isto não se deu por acaso. Como diria Paolo Grossi, a história não conhece improvisações¹⁰.

Neste ponto, como bem alerta Ricardo Marcelo Fonseca, é fundamental ter consciência de que “abordar o passado em geral ou mesmo abordar historicamente um instituto em particular não é tarefa simples nem isenta de consequências profundas”¹¹. Ter em mente que história se pretende fazer, portanto, é fundamental. Cada postura passível de ser empreendida pelo historiador pode levar a uma atribuição de sentido diversa. Não despropositadamente a primeira estratégia para uma historiografia crítica colocada por António Manuel Hespanha é justamente

⁶ HESAPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 26-27

⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p.75

⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p.20

⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) *Crítica da modernidade: diálogos com o Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 9

¹⁰ GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 49

¹¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p.25

“instigar uma forte consciência metodológica nos historiadores.”¹² A via metodológica escolhida é, com efeito, determinante.

Nesse sentido, oportuno desde logo delimitar do que se pretende afastar: a historiografia tradicional, que, em linhas gerais, através de uma linearidade de eventos legitima o direito vigente como o ápice de todo um progresso evolucionista. Crente na possibilidade de desvendar “o que realmente aconteceu”¹³, a historiografia positivista se resume a uma história factual política, que pela pretensa objetividade só confere credibilidade às fontes oficiais documentadas. O que se almeja é exatamente o oposto: desnaturalizar, contextualizar esse direito que é uma das possibilidades oferecidas pelo processo histórico, complexo, cheio de rupturas e vicissitudes. O direito vigente está longe de ser necessário ou definitivo. Muito pelo contrário, ao trazer, como propõe Paolo Grossi, para o âmbito das soluções relativas da história as aparentes conquistas de um progresso definitivo e indiscutível, estas se mostram também como “instrumentos contingentes de defesa de interesses contingentes”¹⁴.

Atenta o jurista italiano para a função relativizadora e, conseqüentemente, desmitificadora¹⁵ do historiador do direito, cuja consciência crítica deve servir para revelar a complexidade do aparentemente simples, “relativizando certezas consideradas absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns recebidos sem uma adequada confirmação cultural.”¹⁶

Compartilha-se, deste modo, da opção teórica proposta por Ricardo Marcelo Fonseca:

“Pode-se vislumbrar a história do direito como um saber voltado ao presente, em vez de fechar-se num passado que só toma sentido em si

¹² HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 26-27. Não menos importantes são as outras estratégias pelo autor elencadas: “(...) eleger como objecto da história jurídica o *direito em sociedade*” e “(...) insistir no facto de que a história jurídica (como a história em geral) não constitui um desenvolvimento linear, necessário, progressivo, escatológico.” (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p.33 e 41)

¹³ Uma das máximas da historiografia tradicional, que crê na possibilidade do sujeito neutralmente atingir a verdade. Sobre o tema: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica...* p. 39-66

¹⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. rev. ampl. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 14.

¹⁵ Entende Grossi “mitificação como processo de absolutização de noções e princípios relativos e discutíveis, mitificação como passagem de um mecanismo de *conhecimento* a um mecanismo de *crença*.” (GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p.14)

¹⁶ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p.13

mesmo. Pode-se encarar o saber histórico-jurídico sobretudo como instrumento de análise e de compreensão, que respeite a efetiva lógica da mudança, das contradições e das diacronias próprias do passado. Pode-se proceder a uma análise interessada na inserção do direito na sociedade e na tarefa de desvelar o seu sentido na lógica da mudança permanente onde hoje se vive, fazendo da disciplina um instrumento de crítica e desmascaramento da juridicidade vigente, no lugar de ser dela um parceiro e cúmplice, muitas de modo inocente e ingênuo.”¹⁷

Uma nova relação entre o passado e o presente assim é proposta, uma vez que aquela tranquila continuidade factual sobre a qual se assenta a historiografia tradicional estabelece entre ambos uma empatia, conforme denúncia de Walter Benjamin. Há um afastamento do que se pretende examinar, uma vez que esse encadeamento lógico lhe é artificial e externo¹⁸.

Para Benjamin, tal historiografia, “que tem como base esta linearidade excludente, nada mais é do que uma manifestação no âmbito da cultura e do conhecimento de um processo *Real* de exclusão”¹⁹. É o que o filósofo entende como “história dos vencedores”. O legado dos dominadores é imposição violenta que submete a perspectiva histórica vencida que foi relegada e que continua sofrendo tais consequências de exclusão, razão pela qual a fundação de uma nova temporalidade urge e é revolucionária²⁰.

Por todas essas ressalvas e precauções metodológicas se pretende orientar o presente trabalho. Uma história do direito atenta ao devir e à provisoriedade histórica, que através de uma análise diacrônica permita ao operador do direito um outro olhar sobre seu objeto.

Ocupa-se, destarte, de procurar entender a complexidade do processo de formação histórica desse sujeito que orienta todo o direito vigente, saindo daquela zona de conforto em que os conceitos são meramente reproduzidos. Problematizar será a palavra chave desse intento. Afinal, “adquirir plena consciência da historicidade e relatividade de um ideário jurídico que se assenta sobre nossas costas é tão elementar quanto liberatório”²¹.

¹⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 28

¹⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica...* p. 154

¹⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica...* 156

²⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica...* 156

²¹ GROSSI, Paolo. *História da propriedade: e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 92

Para tanto, o primeiro capítulo versará sobre o germinar e desenvolver das correlatas ideias de modernidade e subjetividade. O ponto de partida será a comparação com o período medieval, cuja experiência jurídica permite compreender a possibilidade de um direito radicalmente diferente do moderno, bem como, em seu contexto de crise, vislumbrar as primeiras rupturas que permitem o surgir do sujeito. Nesse contexto se dará atenção, inicialmente com o inovador pensamento de Guilherme de Ockham e, na sequência, com o jusnaturalismo e o iluminismo, às teorizações que pensam o direito a partir de uma tônica individualista, colocando gradativamente o sujeito (que passa a ser tomado isoladamente) como causa e orientação do jurídico.

O segundo capítulo cuidará da inserção desse novo direito, ao menos teoricamente já tipicamente moderno, nas estruturas sociais. Como manifestações emblemáticas desse empreendimento, serão abordados o estatalismo e a codificação, bem como, no plano do saber jurídico, as linhas gerais das escolas clássicas do século XIX: a Escola da Exegese e a Escola Histórica do Direito.

Por fim, o terceiro capítulo adentrará na formulação conceitual e sistemática da civilística alemã do século XIX, que eleva aos últimos termos esse direito já totalmente referenciado pelo sujeito. O pensamento de Friedrich Karl von Savigny será o referencial nesse tocante. A análise de algumas de suas facetas será o marco a partir do qual se buscará compreender os contornos e a importância conferida ao direito subjetivo.

1 A GESTAÇÃO DA SUBJETIVIDADE JURÍDICA MODERNA

1.1 A INVENÇÃO DE UM DIREITO DO SUJEITO

Buscar compreender o direito moderno – e especialmente sua pedra angular, o sujeito de direito – a partir de sua formação histórica é tarefa a que se propõe o presente trabalho. Não por acaso o sujeito é o dado para o qual e através do qual o ordenamento jurídico é pensado: a subjetividade é o pilar central da modernidade, é o dado que fundamentalmente a informa e lhe confere sentido. Como ensina Ricardo Marcelo Fonseca, “falar sobre modernidade e falar sobre direito moderno só é possível ao também se abordar a questão do sujeito, sua emergência e seus contornos”²², em como, por meio de uma operação complexa e não linear, as noções de subjetividade e de modernidade, que são paralelas e correspondentes²³, desenvolvem-se e moldam os novos tempos e, como não poderia deixar de ser, o direito.

Importa questionar como, porque, em que contexto e com que configuração surgiu esse sujeito, advento histórico, que com tamanho otimismo

“(…) foi colocado no pedestal da modernidade como o agente capaz de definir os seus destinos, de conhecer todo o seu mundo e de agir sobre esse mesmo mundo. O sujeito tornou-se a origem e ao mesmo tempo o objetivo do pensamento, da organização da sociedade e da constituição do direito: de fato a noção de sujeito atravessa a constituição dos saberes filosóficos, políticos e jurídicos da modernidade.”²⁴

Para tanto, apoiar-se-á na perspectiva adotada por Ricardo Marcelo Fonseca, segundo a qual “no âmbito do direito, há duas formas de vislumbrar a emergência da modernidade: uma no plano teórico e outra no plano histórico social”²⁵.

²² FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna: notas sobre a constituição de nosso direito*. No prelo.

²³ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

²⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p.19

²⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

Deste primeiro plano, o do pensamento jurídico, ocupar-se-á esse primeiro capítulo. O que se visa nesse primeiro momento, portanto, é entender como se deu o processo de formação da subjetividade moderna, qual o tecido histórico que abriu brechas, condições de possibilidade para que emergisse uma ideia que era simplesmente inviável na Idade Média, como esta foi sendo gestada e desenvolvida e, para tanto, os esforços de reflexão empreendidos neste período (que, adianta-se, situam-se essencialmente do século XIV ao século XVIII).

1.1.1 UM DIREITO SEM SUJEITO

Como alerta Ricardo Marcelo Fonseca, a modernidade é um processo histórico lento, complexo, que não tem data de nascimento, local ou progenitores precisamente identificáveis ou determináveis²⁶. Ademais, sob muitos prismas, marcos teóricos e perspectivas a modernidade pode ser analisada, podendo tomar, em cada um deles um sentido diferente. O propósito, então, mesmo que sabidamente superficial, é abordar algumas das facetas mais marcantes desse brotar concomitante e inter-relacionado da subjetividade e da modernidade.

Para Paolo Grossi, o historiador do direito pode vislumbrar as raízes da modernidade jurídica no século XIV²⁷. É nele que as primeiras rachaduras nos pilares da sociedade medieval começaram a ser visualizáveis e as condições que impossibilitavam a emergência do sujeito começaram a ser rompidas.

“Enquanto nesta [civilização medieval] os pilares da ordem são representados pela natureza cósmica (o mundo das coisas) e das várias condições nas quais o sujeito singular encontra proteção e possibilidade de existência, agora, no século XIV, a nova sociedade começa a direcionar-se para o indivíduo e sobre as suas forças individuais. A tentativa é de libertar o indivíduo dos velhos condicionamentos e fazer dele o pilar da nova ordem.”²⁸

²⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 30

²⁷ GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *História do Direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba, PR: Juruá, 2008, p. 19

²⁸ GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno... p. 19

Antes, porém, de desvendar quais foram essas primeiras rupturas, faz-se necessário, mesmo que em linhas muito gerais, entender quais eram esses valores que sustentavam a ordem medieval. E para além de ser requisito de inteligibilidade deste desenrolar histórico, visualizar as características marcantes do medievo ganha um valor especial no manejo do historiador se usado como instrumento comparativo. A importância da comparação é salientada por Paolo Grossi, para quem tal ferramenta não raras vezes possibilita uma melhor exaltação da tipicidade do clima histórico que se pretende adentrar a fim de alcançar o difícil objetivo do historiador que é o de compreender seu objeto²⁹.

E tal instrumento se faz especialmente útil aqui, vez que são,

“‘Medieval’ e ‘Moderno’: dois planetas interligados por uma continuidade cronológica, mas marcados por uma efetiva descontinuidade, que é efetiva justo porque a profunda diversidade nas soluções adotadas tem origem em fundamentos antropológicos radicalmente diferentes. Colocar-se, portanto, em um ideal de fronteira divisória, acentuará a tipicidade que há pouco se acenava, assim como virá a exaltar a peculiaridade da modernidade jurídica.”³⁰

Assim sendo, de modo algum se pretende tratar exaustivamente do período medieval, experiência histórica extremamente rica e complexa, mas justamente a partir de suas especificidades contrastar sua configuração discursiva com a moderna, que lhe é radicalmente diversa.

Fixado tal intento, possível adentrar na noção chave para a compreensão da sociedade medieval: a de ordem. Noção através da qual, por conseguinte, pode-se entender a ausência relativa de papel nela desempenhada pelos indivíduos³¹.

Como bem sintetiza Ricardo Marcelo Fonseca, “havia, de fato, no pensamento medieval, o domínio da ideia da existência de uma ordem universal, abrangida por todos os homens e coisas, que remetia todos a um *telos*, uma causa final, uma justificativa transcendente que era a figura do Criador”³². Essa ordem cósmica, criada por Deus, é algo externo ao indivíduo. Para além de qualquer

²⁹ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 18

³⁰ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 26

³¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

³² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 31

disposição de vontade, então, está a constituição social, vez que decorrente da natureza das coisas³³.

A partir desse fundamento, explica António Manuel Hespanha que a

“(...) essência das coisas faz parte da sua natureza relacional, no conjunto do todo da Criação. Que – em particular –, no mundo humano, não há ‘indivíduos’, isolados e socialmente incharacterísticos. Mas que há ‘pais’, ‘filhos’, ‘professores’, ‘alunos’, ‘homens’, ‘mulheres’, ‘franceses’, ‘alemães’, essencialmente relacionados uns com os outros por meio de pedículo essenciais, predicados, atributos, que os referiam, por essência, uns aos outros, que os marcavam, por natureza, como membros determinados da cidade, como sujeitos políticos.”³⁴

Sendo a natureza relacional a essência das coisas, o elemento singularmente considerado fica desprovido de qualquer sentido. Este, pelo contrário, só encontra significância quando integrado à totalidade. Isso porque “(...) a ideia de uma ordem objetiva e indisponível das coisas dominava o sentido da vida, as representações do mundo e da sociedade e as acções dos homens. Antes de ser uma norma de direito formal, a ordem era uma norma espontânea da vida.”³⁵

Nesse cenário, o indivíduo, enquanto parte do todo, é definido a partir de suas funções sociais. Trata-se de uma estrutura cooperativa na qual a cada parte cabe uma função específica para atingir os objetivos da criação³⁶. A desigualdade, desta feita, é fundamento dessa organicidade. Não significa a diferença imperfeição, visto que o equilíbrio e funcionamento do todo dependem justamente do desempenhar das diversas funções. Ser a sociedade tradicional desigual por princípio é a primeira consequência a que chega António Manuel Hespanha quanto à autocompreensão dos planos político e social da sociedade medieval³⁷.

Tais funções, acrescenta-se, não se identificam material ou psicologicamente com o homem. Explica Hespanha que,

“então, se são as ‘qualidades (os papéis sociais), e não os seus suportes corporais-biológicos, que contam como sujeitos de direitos e obrigações,

³³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 106

³⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 103

³⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 104

³⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 108

³⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 32

estes podem multiplicar-se, dando carne e vida jurídica autônoma a cada situação ou veste em que os homens se relacionam uns com os outros.”³⁸

Nesse sentido, assim como uma pessoa pode e acaba conglobando vários “estados”, pode, em não sendo dotado de tal qualidade jurídica, sequer ser pessoa. Seria o exemplo clássico da situação dos escravos³⁹. É essa sociedade de estados, estratificada, então, que antecede a moderna sociedade de indivíduos.

Ordenar a sociedade a partir de específicas e diferentes funções sociais leva, ainda, à segunda conclusão a que chega Hespanha: a necessária autonomia para que tais funções possam ser desempenhadas (a chamada *iurisdictio*, autorregulamentação dos órgãos sociais)⁴⁰. Decorre desta característica a terceira conclusão: o respeito a cada *iurisdictio* implica na completa impossibilidade de uma administração centralizada, visto que “a idéia de um comando social legítimo e unificado, que fosse fonte de todo o poder e toda autoridade social, era completamente estranha ao mundo tradicional – intrinsecamente fragmentado e descentrado.”⁴¹

Assim, cada setor da vida é afetado por uma regulamentação jurídica, uma *iurisdictio* – o poder é fragmentado. Não há de se pensar, deste modo, em uma única fonte do direito. Reina um profundo pluralismo jurídico acompanhado pelo que Paolo Grossi caracteriza como um vazio político relativo, uma “relativa indiferença do Príncipe em relação ao direito”⁴². Inexiste um projeto político que seja totalizante, muito pelo contrário, “o poder político não pretende controlar a integridade do fenômeno social, ou melhor, distingue-se por uma indiferença substancial em relação àquelas zonas (...)”⁴³.

³⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 113

³⁹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 114

⁴⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p.33. Sobre a temática das *iurisdictio*, essencial para a compreensão da tipicidade da sociedade medieval: COSTA, Pietro. *Iurisdictio: semantica del potere político nella pubblicistica medievale*. 2^a. Ed. Milano, Giuffrè, 2002, p. 110-143 e VALLEJO, Jesus. *Ruda Equidad, ley consumada: concepcion de la potestad normativa*. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1992, p. 1250-1350

⁴¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 33.

⁴² GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 34

⁴³ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 27

O direito medieval adere completamente ao social, a seus valores – é resultado da vivência da comunidade⁴⁴. O sujeito, como visto, só encontra significado enquanto integrante da comunidade. Como o direito não emana de um poder central, mostra-se profundamente factual, razão pela qual se adapta com facilidade ao dever social, a sua historicidade. Essa factualidade do direito medieval o distingue qualitativamente do moderno. Calcado da tradição e na força da experiência, pelas quais àquelas funções sociais são transmitidas através das gerações, o direito encontra como critério a efetividade (em oposição ao moderno critério da validade)⁴⁵.

Ressalta, ainda, Rebeca Fernandes Dias que “essa faticidade exprime uma característica essencial da Idade Medieval, o reicentrismo, pois corresponde ao reflexo, no direito, do modo de se pensar a partir da natureza das coisas.”⁴⁶ A coisa, não o indivíduo, é o protagonista central deste tempo⁴⁷. Percebe-se como a lógica que orienta a juridicidade medieval, diametralmente oposta à moderna, desconhece o indivíduo destacado do todo. O direito advém e está imbricado com a vivência cotidiana da sociedade, irradia, portanto “de baixo”.

Linhas gerais são essas as características da experiência jurídica medieval, extremamente original e complexa, que permitirão prosseguir no intento de entender como se deu a passagem de uma sociedade holística (de ordens) para uma sociedade atomística (de indivíduos)⁴⁸.

1.1.2 O IRROMPER DO SUJEITO

⁴⁴ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno e seus desencontros com a biotecnologia*. Curitiba: Ed. UFPR, 2012, p. 34

⁴⁵ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 37

⁴⁶ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 36

⁴⁷ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009. p. 46

⁴⁸ Este é colocado por Ricardo Marcelo Fonseca como “(...) um dos pontos que parecem ser a grande inflexão entre o mundo tradicional e o mundo moderno (...)” (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 30)

Pretende a modernidade liberar o sujeito de todos os vínculos tradicionais e condicionamentos existentes na sociedade medieval⁴⁹. Retomamos, então, o ponto de partida acenado acima por Paolo Grossi como desabrochar dessa revolução antropológica: o terreno histórico do século XIV. Momento de efervescência política, social e econômica, permite esse período o emergir da modernidade.

Traços de crise da sociedade de ordens cooperativas e formação da economia capitalista são fenômenos correlatos que se colocam nesse tempo de transformação. O momento é de incremento da circulação, seja monetária, com o desenvolvimento do comércio, seja no saber que começa a se espraiar, como se observa com a formação das primeiras universidades. Gradualmente, em decorrência dos excedentes da produção rural, passa-se de um consumo agrícola direto ao indireto⁵⁰, o que também desemboca no emergir das primeiras cidades.

“Todas estas transformações (que se operam de um modo gradual e irregular na Europa) indicam um elemento que aqui é importante ressaltar: a passagem para um sistema que crescentemente individualize o produtor. E este processo está intimamente ligado ao modo como a ideia de propriedade é transformada: de propriedade que se estabelece a partir dos vínculos pessoais e sociais do indivíduo, ela se torna paulatinamente mercadoria.”⁵¹

Como explica Sérgio Said Staut Júnior, “a nova compreensão jurídica sobre as relações entre as pessoas e as coisas começa a ser pensada a partir ao ângulo do indivíduo e da sua vontade, e não mais partindo das coisas e suas utilidades.”⁵² A propriedade, agora abstrata, vai se tornando virtualidade do indivíduo, o que, como aponta Ricardo Marcelo Fonseca, é determinante tanto na formação da economia capitalista quanto no moldar da subjetividade⁵³.

Como se observa, o individualismo é a tônica nessa mudança do ângulo de observação do pensamento jurídico. De acordo com Michel Villey, ao lado da laicidade, o individualismo é pilar do pensamento jurídico moderno⁵⁴, sendo, para o

⁴⁹ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro...* p. 52

⁵⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p.34

⁵¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

⁵² STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro...* p. 52

⁵³ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 37

⁵⁴ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 174-175

autor, seu traço mais característico e original, já que se opõe tanto aos modelos medievais quanto aos da Antiguidade⁵⁵. O individualismo contamina todas as esferas do moderno e sela as teses básicas sobre as quais se assenta o mundo jurídico moderno⁵⁶. Suas origens, para Villey, residem na escolástica medieval⁵⁷, visão com a qual coaduna António Manuel Hespanha.

“Embora se lhe possam encontrar antecedentes mais recuados (...), a genealogia mais directa do paradigma individualista da sociedade e do poder deve buscar-se na escolástica franciscana quatrocentista (...). É com ela – e com uma célebre querela filosófica, a questão ‘*dos universais*’ – que se põe em dúvida se não é legítimo, na compreensão da sociedade, partir do indivíduo e não dos grupos.”⁵⁸

Na escolástica franciscana, sobretudo no nominalismo de Guilherme de Ockham, Michel Villey vislumbra o surgimento do individualismo, bem como suas consequências jurídicas: o positivismo jurídico, no plano das fontes do direito, e, quanto à sua estrutura, o conceito de direito subjetivo individual⁵⁹. Com a fundação do nominalismo moderno, opera Ockham uma revolução radical na filosofia do direito, inaugurando, nas palavras de Villey, a *via moderna*⁶⁰.

Estudar a querela dos universais tem importância única quando se pretende contrastar o direito antigo com o moderno, pois serve como linha divisória entre o direito natural clássico e o positivismo jurídico⁶¹. Indissociável ao primeiro (direito natural clássico) está o realismo de Aristóteles e de São Tomás, doutrina contra a qual o filósofo franciscano Duns Escoto inicia uma substituição por uma nova filosofia. Isso porque “Escoto substitui o mundo de São Tomás, originado de Platão e Aristóteles – esse mundo de *generalidades*, de gêneros, de espécies, de naturezas, de causas formais e finais – por um mundo de pessoas, de *indivíduos*.”⁶²

⁵⁵ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 176

⁵⁶ Teses que são, para Villey, resumidamente: a existência de “direitos naturais” do indivíduo; a construção artificial do Estado pelo contrato social; o positivismo jurídico e o direito subjetivo como elemento fundamental do sistema. (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 177)

⁵⁷ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 178-179

⁵⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 116-117

⁵⁹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 179 e 225

⁶⁰ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 223 e 225

⁶¹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 226

⁶² VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 205

Esse individualismo incomum para a época tem fundamento na fé, pois para os franciscanos, Deus age sobre cada individual, seu amor incide sobre cada um dos indivíduos, razão pela qual é logicamente inaceitável a existência de uma ordem natural fixa e necessária⁶³.

Porém, apesar de acreditar no primado do indivíduo e onipotência divina, Duns Escoto ainda coaduna com o realismo ao passo que reconhece nos indivíduos qualidades expressas universais, como a humanidade ou a liberdade⁶⁴. E é nesse ponto que Guilherme de Ockham se mostra revolucionário e inaugura uma nova forma de pensar, rejeitando por absoluto o realismo.

“Na interpretação de Ockham só os *indivíduos* existem: só Pedro, Paulo, aquela árvore, aquele bloco de pedra são *reais*, só eles constituem “substâncias”. Quanto ao “homem”, quanto ao vegetal ou ao mineral, isso não existe, e poderíamos dizer o mesmo de todas as noções gerais.”⁶⁵

Os “universais”, nesse sentido, são apenas termos da linguagem, signos, são instrumentos de pensamento. O que para o tomismo aristotélico pertencia ao “mundo do ser” é transposto para o universo conceitual, sendo, para Ockham, o individual o único conhecimento perfeito e adequado ao real⁶⁶.

Mesmo que em linhas muito gerais, essas características do nominalismo permitem perceber a mudança de foco de análise, que passa do geral ao específico, do abstrato ao particular. Contribuição essa relevante no processo de dissolução da ideia de ordem, que como cosmologia englobava e anulava o indivíduo⁶⁷, concepção que, como visto, era a ideia chave do medieval e de suas relações.

Compreendido esse passo inovador na filosofia, possível adentrar à contribuição jurídica que especialmente interessa ao presente trabalho: a gênese do direito subjetivo. E Guilherme de Ockham é por Villey considerado o “pai” dessa noção não apenas por esta ser fruto de seu nominalismo, mas por ter lhe desenvolvido uma teoria além de inovadora, espantosamente completa e técnica⁶⁸.

⁶³ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 228

⁶⁴ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 228

⁶⁵ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 229

⁶⁶ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 230-231

⁶⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 33

⁶⁸ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 265

A tese de Ockham é desenvolvida no contexto da discussão franciscana sobre a pobreza. Ao pregar a pobreza e a vivência de acordo com o Evangelho, a ordem franciscana desprezava qualquer tipo de riqueza e posse⁶⁹. Entretanto, conforme a ordem franciscana foi ganhando prestígio, passaram à sua posse importantes bens, o que gerou uma discussão sobre esse estado de “não direito”. A solução pensada pelo Papa João XXII compreendia passar aos franciscanos o efetivo título de propriedade desses bens, através do argumento jurídico de que seria impossível separar o simples uso do bem da propriedade e do *ius utendi*⁷⁰. Seria inadmissível o simples uso de fato, argumento sustentado pelos franciscanos.

Como bem explica Rebeca Fernandes Dias, “essa perspectiva decorre exatamente da noção de que o direito está implicado, está vinculado com a própria coisa – o reicentrismo do direito medieval, herdado da filosofia clássica (...)”⁷¹.

Combatendo os argumentos do papado é que Guilherme de Ockham, ao tentar demonstrar a possibilidade do uso da coisa sem que houvesse um direito⁷², separa o direito da coisa, invertendo a fonte irradiadora do direito da coisa para o indivíduo⁷³. E nessa esteira cria algo completamente novo em termos históricos: a vinculação entre o direito e um poder⁷⁴, o que, para Villey, representa uma virada copernicana no pensamento jurídico por substituir o seu fundamento da natureza das coisas para a ideia de poderes⁷⁵.

Ao diferenciar o *ius utendi* do *usus facti*, Ockham sustenta que os franciscanos renunciaram apenas ao poder, isto é, existem duas realidades, sendo apenas a segunda jurídica, somente na qual convergem um poder e um direito a serem exercidos por um determinado sujeito⁷⁶. Explicita Ricardo Marcelo Fonseca que

“(...) com a inserção deste elemento postestativo – que deve ser compreendido conectado a um elemento volitivo – há a exteriorização de

⁶⁹ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 46

⁷⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

⁷¹ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 47

⁷² FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

⁷³ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 48

⁷⁴ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 278

⁷⁵ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 288

⁷⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

uma “*facultas dominandi*”, uma exigência possessiva ligava ao extravasar de uma liberdade do sujeito. Dominar e possuir passam a ser derivações da subjetividade, e não mais de uma ordem objetiva. Enfim: este *direito* aparece como exercício de um *poder* por determinado *sujeito* (...).⁷⁷

Por essa dupla contribuição – seja na construção do individualismo, seja na gênese do conceito de direito subjetivo – o legado de Guilherme de Ockham inaugura as discussões sobre aqueles que, dali a duzentos anos desse século XIV⁷⁸ de reflexão pujante, serão consolidados como os pilares do ordenamento jurídico moderno.

1.2 A TOMADA DO PENSAMENTO JURÍDICO PELO INDIVIDUALISMO

De modo gradual e descontínuo prossegue o itinerário histórico que vai dissolvendo aquela sociedade de ordens e colocando o sujeito como o centro do mundo, projeto cuja edificação teve suas bases lançadas, como visto no item anterior, no século XIV.

Neste caminho, de acordo com Paolo Grossi “fala-se genericamente, para os séculos XV e XVI, de humanismo, e assim é correto dizer se a uma qualificação genérica se dá a substância de um conjunto de escolhas e soluções que têm – todas – uma plataforma acentuadamente individualista (...)”⁷⁹. Ter em mente tais escolhas e soluções nos mais diversos âmbitos (econômico, social, político, cultural) é essencial no intuito proposto de entender a formação da subjetividade, uma vez que “a emergência de novas idéias somente pode ser aquilatada a partir do forro histórico onde elas vicejam”⁸⁰.

⁷⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

⁷⁸ Século em que a ideia de autonomia (gérmen da futura ideia de liberdade) também lança seus primeiros contornos, através das inovadoras teorizações de Marsílio de Pádua e Bártolo de Saxoferrato. Apontamentos sobre a temática: FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

⁷⁹ Reforma religiosa, o novo conjunto literário, o esquadrão dos novos juristas e a rotação política para a figura estatal são colocadas nesse tocante pelo historiador, cada uma a seu modo, como tais escolhas individualistas. (GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno...* p. 20

⁸⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

Assim sendo, mesmo que citando rapidamente, não se pode deixar de fazer menção ao advento dos estados nacionais modernos, à reforma religiosa, à expansão ultramarina e conseqüente descoberta das Américas, a eclosão da ciência moderna⁸¹ e uma nova sensibilidade artística como processos sociais que concretizam essa nova postura humanista e individualista, em que o homem se torna sujeito ativo chamado a conhecer independentemente de intermediários, rompendo, pouco a pouco com aqueles velhos condicionamentos da sociedade tradicional.

Para Franz Wieacker,

“pode-se designar-se por época do jusnaturalismo os dois séculos (1600-1800) nos quais a antiga filosofia jurídica e social do ocidente (‘jusnaturalismo’), na forma que lhe foi dada pelo primeiro iluminismo, adquiriu uma influência directa sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos da Europa”⁸².

No plano do direito, para Paolo Grossi, essa virada individualista se desdobrará em duas grandes correntes de pensamento e de ação dominantes quase que em toda a Europa nos séculos seguintes: o jusnaturalismo e o iluminismo jurídico⁸³.

1.2.1 O SUJEITO COMO CENTRO DE JUSTIFICAÇÃO: O JURACIONALISMO

A reflexão teórica sobre o sujeito em termos francamente modernos aparece de maneira bastante madura no contexto seiscentista. Seguindo a orientação grossiana, propõe-se pensar esse ambiente teórico a partir daquele que parece ser o seu fio condutor no direito: o juracionalismo.

Há, nesse cenário, uma revalorização do direito natural. Porém, este não mais encontra fundamento na observação da natureza propriamente dita (emanando o justo do “cosmos”), típico da Antiguidade. Muito menos poderia esse fundamento

⁸¹ Sobre tais processos: FOSENCA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 44-49

⁸² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 279

⁸³ GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno...* p. 20

ser a natureza divina, própria da mentalidade medieval que se pretende refutar (na qual a natureza que fundamenta o direito é produto dos desígnios do Criador). Abandona-se o direito natural clássico e seus fundamentos, substituindo-os pela “natureza humana”. O direito se liga ao indivíduo, emana deste e de seus atributos⁸⁴. O homem e sua razão passam a alicerçar o direito. Muito clara a contribuição de Franz Wieacker nesse sentido:

“No jusracionalismo médio, os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social. Eles transformaram também o homem, como ser social, em objecto de observação e de conhecimento liberto de pressupostos, procurando, assim, as leis naturais da sociedade. O jusnaturalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece, não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais. A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas”⁸⁵.

Conforme aduz António Manuel Hespanha, além da matriz estoica em que residem as notas distintivas do jusnaturalismo moderno (que são: evidência, generalidade, racionalidade, carácter subjetivo, tendência para a positividade), o próprio ambiente filosófico do século XVII, através do idealismo cartesiano, confere elementos para a formação de um direito natural “estável como a própria razão”⁸⁶.

René Descartes, considerado o pai da subjetividade e fundador do racionalismo moderno, é quem ultrapassa o paradigma do ser para o da consciência por transferir à razão humana o fundamento da filosofia e toda possibilidade de conhecer⁸⁷.

A atração de Descartes, como alude Hespanha, é por um saber certo⁸⁸, razão pela qual a certeza matemática serve tão bem a seu método, que pretende aniquilar as incertezas através de uma ciência calcada em princípios indubitáveis, com regras que permitam distinguir o falso do verdadeiro, o que seria possibilitado

⁸⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 51

⁸⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 288

⁸⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 296

⁸⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 58

⁸⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 296

pela homogeneização da razão, atributo de que, formalmente, todos os homens são igualmente dotados⁸⁹.

Com efeito, seu pensamento rompe definitivamente com o modo de pensar anterior. Conforme destaca Rebeca Fernandes Dias, Descartes

“(...) colocou o sujeito como protagonista no palco do mundo e no ato de conhecer. Por destacar o sujeito pensante, formulador das ideias, do mundo das coisas, simbolizou de uma vez por todas o rompimento com o pensamento reicentrista medieval (...)”⁹⁰.

E atinge tal intento ao condicionar a própria existência das coisas ao pensamento do ser consciente, o plano das ideias é ponto de partida e verdade das coisas, não o contrário⁹¹. É o que bem sintetiza Ricardo Marcelo Fonseca:

“Surge então o pensamento, e conseqüentemente a noção de consciência, como ponto de partida básico da busca da verdade. O homem não encontra mais em si a verdade divina, mas descobre a auto-evidência da verdade. Não existem mais formas ou essências transcendentais iluminando o mundo sensível e o processo de conhecimento, já que a verdade não se dá no céu das ideias inteligíveis, mas na imanência do pensamento. E é na descoberta desde *eu pensante* em sua interioridade reflexiva que se constitui no princípio inaugural da filosofia moderna.”⁹²

A definição cartesiana de natureza do homem, então, “era a de *ser racional*: ser que buscava a verdade através da razão; ser que, intelectualmente, não se desdobrava senão à evidência racional”⁹³. Essa filosofia, que inaugura a subjetividade eminentemente moderna, dá as bases desse novo jusnaturalismo. Este, por sua vez, no plano da política, desemboca com o contratualismo, que visa fundamentar e legitimar o poder político centralizado em formação. Em outras palavras, também a política vai se moldando em torno do sujeito.

Como observa Ricardo Marcelo Fonseca, os contratualistas mostram-se tributários do jusnaturalismo exatamente no ponto que suas teorias convergem, pois “por mais diversos que sejam os ‘estados de natureza’ entre os principais contratualistas (a se está mencionar Hobbes, Locke e Rousseau), os homens saem

⁸⁹ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 69-70

⁹⁰ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 68

⁹¹ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 68

⁹² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 60

⁹³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 302

deste estado a partir de um ato de vontade, por uma decisão racional (...)”⁹⁴. Essa postura ativa do sujeito é extremamente moderna e coaduna com aquela natureza humana encontrada na causa das ações do sujeito, suas vontades e instintos⁹⁵.

Outro ponto de inflexão de todas essas teorias diz respeito à abstração do homem, que arrancado de sua historicidade, é colocado em um estado de natureza que tem como fundamento “(...) a ideia de um estado natural do homem e neste a condição do homem como indivíduo portador de direitos que lhe são inatos.”⁹⁶ A ligação da importância entre a teorização do estado de natureza e o jusnaturalismo é colocada por Paolo Grossi nos seguintes termos:

“Jusnaturalismo, de fato, no seu significado essencial, é sobretudo busca do homem, do genuíno homem liberado das sedimentações que a história colocou sobre sua pele, alterando-o e também sufocando-o na sua independência e liberdade. Aquela retomada do estado de natureza, aquele insistência no estado de natureza primordial que pode parecer – a primeira vista – uma dimensão ingênua de sábios totalmente privado de vinculação com a realidade, representa – ao contrário – o fruto da astutíssima estratégia dos novos intelectuais na procura de fundações sólidas, fundações intocáveis para a sociedade moderna, e nela, para a dominação da ordem burguesa.”⁹⁷

A função do contrato social diz respeito à limitação desses direitos inatos que inevitavelmente entram em choque, uma vez que o outro é portador da mesma gama de direitos ilimitados. Atesta Hespanha que, “de facto, o alcance do contrato social é a redução dos direitos inatos a fim de tornar possível a convivência”⁹⁸. O Estado é a entidade, é a ordem objetiva criada justamente pelo poder de vontade do homem para assegurar o exercício desses direitos subjetivos⁹⁹ que existem *a priori*, estrutura que adiante se verá, é bastante pertinente ao projeto capitalista.

De acordo com Michel Villey, todo o sistema de Hobbes é orientado pela noção de direito subjetivo¹⁰⁰, que no estado de natureza é definido como liberdade

⁹⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 55

⁹⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 300

⁹⁶ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 78

⁹⁷ GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno...* p. 21

⁹⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 306

⁹⁹ “Os direitos subjetivos são, na concepção jusracionalista, os direitos, atribuídos pela natureza a cada homem, de dar livre curso aos seus impulsos instintivos ou racionais. Estão portanto, ligados à personalidade, à sua defesa, à sua conservação, ao seu desenvolvimento”. (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 306)

¹⁰⁰ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 120

ilimitada. Entrando no estado civil, uma dimensão suplementar é colocada pelo direito da seguinte forma:

“O que pediremos ao Estado, criado pelo estado social, será, exceto limitá-los, torná-los efetivos, garantir estes direitos subjetivos, apoiando-os na força pública. É uma definição válida para o nosso estado presente: o direito subjetivo é agora mais do que esta *permissão* que conferia a lei moral. É uma *faculdade* que se tornou efetiva pela força real do Estado; *poder* no sentido pleno da palavra [...]; poder físico.”¹⁰¹

Adentrando no âmbito propriamente jurídico da reflexão seiscentista, Hugo Grócio é o responsável por refinar essa “antropologia individualista”, vez que é quem, conforme frisa Ricardo Marcelo Fonseca, efetivamente liga o direito à pessoa, liga a instância jurídica à razão¹⁰². O direito é uma dimensão moral da pessoa, conforme explicita Rebeca Fernandes Dias.

“Conforme Grócio, o direito parte do sujeito, é algo inerente ao seu ser, identifica-se com um poder (*potestas*), que confere a este uma posição ativa, uma legítima pretensão. Seu conteúdo é uma faculdade (*facultas*), um poder dispositivo que o sujeito exercita em nome de sua liberdade e que pode ser exercitado sobre as coisas e sobre a pessoa – é um direito próprio ou estritamente dito.”¹⁰³

A partir de uma concepção secularizada do direito natural, que desvincula a existência de direitos e Deus, passa a razão ser fonte de dedução dos direitos, que sempre existiram, são próprios da “natureza humana”. É o que fica muito claro nas palavras de Franz Wieacker: “acerca da *origem* do direito natural, Grócio ensina (*Prol. 11 ss.*) que este, uma vez que é racionalmente necessário, tem vigência mesmo contra o *jus divinum*, mesmo que Deus não existisse.”¹⁰⁴

Assim como em Descartes, a preocupação é com um método sistematizador, que fuja de toda e qualquer particularidade. Isso porque os fatos é que se adaptam ao direito, não o contrário¹⁰⁵. As regras, nesse sentido, são extraídas da razão, estando acima dos fatos e sendo universalmente válidas¹⁰⁶.

¹⁰¹ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito...* p. 122

¹⁰² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 53

¹⁰³ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 66

¹⁰⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 327

¹⁰⁵ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 67

¹⁰⁶ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 67

Conforme aduz Franz Wieacker, a grande contribuição do jusnaturalismo é sua organização como sistema interno e método dogmático, sua construção em torno de conceitos gerais¹⁰⁷.

A abstração, que encontra refúgio na ideia de racionalidade subjetiva¹⁰⁸, portanto, é objetivo final. Conforme aduz Paolo Grossi, “começa, nesta grandiosa oficina jusnaturalista, aquele culto da abstração, aquela forma de raciocinar por modelos e sobre modelos, que será um dos traços mais distintivos da modernidade jurídica”¹⁰⁹. Esse contexto do século XVII, que apresenta reflexões bastante amadurecidas em torno da subjetividade, leva Michel Villey a afirmar que “nesse momento, pela conjunção mais ou menos completa do laicismo jurídico, do individualismo, do utilitarismo, às vezes do racionalismo, o pensamento jurídico moderno irá se revestir de sua forma mais perfeita”¹¹⁰. Essa reflexão será aperfeiçoada pelo passo histórico seguinte: o iluminismo.

1.2.2 O SUJEITO CONTAGIA O JURÍDICO: O ILUMINISMO

Para Paolo Grossi, “o iluminismo jurídico não é outra coisa senão o prosseguimento, no itinerário da modernidade, do grande projeto jusnaturalista, e também sua finalização no nível das fontes do direito.”¹¹¹ É o momento em que se sedimenta a categoria sujeito como modelo formal, abstrato e racional, que foge da concretude histórica e das particularidades do cotidiano. Como visto, surge correlatamente o sujeito pensante, o sujeito político e, no direito, o jusracionalismo. É no século XVIII – o “século das luzes” – que o projeto da modernidade é levado a seus termos mais otimistas.

¹⁰⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 306. Tal contribuição será aproveitada e refinada pela pandectística alemã do século XIX, como adiante se verá.

¹⁰⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

¹⁰⁹ GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno...* p. 21

¹¹⁰ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno...* p. 179

¹¹¹ GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno...* p. 22

De acordo com Ricardo Marcelo, é possível encontrar um cerne comum entre os pensadores iluministas, apesar de versarem nas mais diversas áreas. Seria este a

“busca incessante de autonomia com relação a todas as tutelas [...], a busca da liberdade do indivíduo, bem como a procura de sua realização nos mais diversos âmbitos [...], e tais realizações para todos, já que o ideal iluminista é universal. Tudo isso, é claro, possibilitado pela razão emancipadora que traz luzes frente a um mundo de obscurantismo, preconceitos e tutelas. É a época, assim, da realização da subjetividade. É a modernidade, na sua forma mais otimista.”¹¹²

Personagem que realiza a completa abstração do sujeito e universaliza suas capacidades é Immanuel Kant, quem concretiza a subjetividade fundada por Descartes através de sua formalização.

Preocupado com a forma das coisas, em como se dá o ato de conhecer, como a razão funciona, Kant acaba por desvincular completamente sujeito e objeto. O objeto não orienta o sujeito, pelo contrário, ele é determinado pelo sujeito¹¹³. A consciência de todas as pessoas é dotada da mesma estrutura (“o sujeito conhecedor é transcendental”¹¹⁴), existem formas, leis dadas *a priori* a partir das quais o conhecimento é viabilizado¹¹⁵. Por esse motivo não é possível conhecer a essência das coisas – a coisa em si –, mas somente como elas se apresentam ao sujeito a partir daquelas estruturas, isto é, relacionam-se ao sujeito do conhecimento; método que confere à subjetividade uma formalidade¹¹⁶.

Outrossim, fundamental a contribuição do filósofo em termos de liberdade e, mais especificamente, em relação à autonomia da vontade (vontade esta determinada pelo uso prático da razão¹¹⁷). A partir da teorização nesse âmbito, em suma,

“(...) Kant determina as ações dos homens como sendo guiadas pela sua própria razão, por meio da lei moral *a priori* neles existente. A isso ele

¹¹² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 68

¹¹³ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 62

¹¹⁴ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 92

¹¹⁵ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 92-93

¹¹⁶ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 93

¹¹⁷ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 95

chama de autonomia, sendo o homem, para Kant, um sujeito racional e autônomo, necessariamente, detentor de uma legislação interna.”¹¹⁸

Opera-se, na sequência, uma distinção entre a legislação interna (a moral) e a externa (a legalidade do direito). O direito limita-se, destarte, à forma, ficando o conteúdo material adstrito à moralidade. Tais esferas são completamente cindidas, o que significa uma completa abstração do direito tanto por este se limitar à legalidade e à forma, quanto por emergir do sujeito e de sua consciência (definitivamente o direito não é mais fato ou costume, não parte da coisa, como na ordem jurídica medieval)¹¹⁹. Pela repercussão que toda essa teorização no âmbito do direito, que qualifica o sujeito como abstrato, autônomo, racional e livre,

“Não é incomum ouvir que o sujeito de direito, ou melhor, o sujeito do direito moderno corresponde ao sujeito kantiano por excelência. O sujeito da modernidade, racional, autônomo, livre e abstraído da realidade teve em sua filosofia uma das principais fontes, na medida em que esta se preocupou essencialmente com questões relativas à razão, à autonomia, à moral e à liberdade.”¹²⁰

Percebe-se, nesse caminhar, como o longo e árduo processo de transição entre o direito medieval é um processo de abstração e sistematização. Essa é a escolha de que fala Paolo Grossi:

“(...) escolha fundamental da modernidade jusnaturalista, que parecia feita na medida para cimentar ainda mais o fechamento em si das diversas individualidades: a escolha pela abstração, ou seja, o raciocinar sobre modelos e para modelos, e a consequente des-historicização e desfactualização jusnaturalista e iluminista.”¹²¹

Exatamente por abstrações é que a subjetividade, cerne da modernidade, nesse momento histórico se faz operar nos diversos âmbitos (social, político, teórico, jurídico)¹²². Nesse sentido, são três as manifestações da subjetividade apontadas

¹¹⁸ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 98

¹¹⁹ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 99-101

¹²⁰ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 91

¹²¹ GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno... p. 27

¹²² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 68

por Sérgio Paulo Rouanet¹²³: universalidade, individualismo e autonomia (facetas que então ganham contornos muito próprios).

Por universalidade, quer-se desprezar todo e qualquer particularismo. A “natureza humana” é o fator de unidade e generalização de todas as pessoas, independentemente de nacionalidade, sexo, religião etc.; todos, portanto, são iguais. Já a individualidade iluminista realiza uma sociedade de indivíduos, destacados por completo de vinculações sociais ou corporativas. É o sujeito quem titulariza direitos por si, “o indivíduo é o centro das demandas e o destinatário das atenções sociais, políticas e jurídicas”¹²⁴. Por fim, o terceiro atributo da subjetividade colocado por Rouanet – a autonomia – desdobra-se em três aspectos: a *autonomia intelectual*, pela qual o uso da razão emancipa, liberta, traz felicidade; a *autonomia política*, que permite o livre atuar do sujeito tanto no campo privado quanto no público, liberto de qualquer despotismo e a *autonomia econômica*, que coloca o homem em posição de igualdade no acesso à produção, circulação e consumo das riquezas¹²⁵.

Realiza-se, assim, a abstração do sujeito, que guiado por essa razão emancipadora é colocado, definitivamente, como centro de referência do mundo, é sua finalidade. Conforme aduz Franz Wieacker, “o iluminismo, apesar de sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política”¹²⁶. Essa nova postura do sujeito permitirá, a partir de então, mudanças no plano histórico-social.

É, por conseguinte, este o sujeito que contamina o âmbito do direito e culmina com as noções de sujeito de direito e direito subjetivo, que, como visto, têm seus moldes e condições de possibilidade forjados concomitantemente com esse emergir e desenvolver da modernidade.

“Como se pode perceber, as noções centrais na definição do *sujeito de direito*, do *direito subjetivo* e também do *contrato* são poder, faculdade de agir, vontade, interesse, autonomia, igualdade e indivíduo, todas essas noções já referidas ao longo deste capítulo como produções históricas dos tempos modernos. Quer-se dizer que essas premissas teóricas que

¹²³ ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-Estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das letras, 1993. Apud FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 68-69

¹²⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 70

¹²⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 69-71

¹²⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 353-354

embasam a noção corrente de direito subjetivo são as mesmas que lastreiam o pensamento jurídico moderno.”¹²⁷

Observa-se, desta feita, como essas noções tão naturalizadas na mente do jurista contemporâneo têm uma formação histórica complexa e cheia de significados. Salienda Paolo Grossi que “simplismo e otimismo parecem ser os traços que mais caracterizam o jurista moderno, fortalecido no seu coração pelas certezas iluministas”¹²⁸. São essas certezas que moldam o sujeito em seu momento de ápice teórico e cujo terreno histórico finalmente possibilitará sua efetiva implementação social no próximo século: encontra-se às portas a revolução burguesa.

¹²⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 75

¹²⁸ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 16

2 A CONSOLIDAÇÃO DA SUBJETIVIDADE JURÍDICA MODERNA

2.1 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO SUJEITO

Como passo seguinte no intento de compreender o emergir das correlatas modernidade e subjetividade no plano do direito, este capítulo adentrará no segundo plano proposto por Ricardo Marcelo Fonseca: o institucional, ou histórico social¹²⁹.

Conforme os apontamentos de António Manuel Hespanha, “depois de seu período ‘programático e experimental’ – descrito acima, sob a epígrafe jusracionalista –, a ordem política estadualista chega a sua fase de institucionalização.”¹³⁰ Justifica-se. Muito embora os esforços de reflexão empreendidos durante os séculos XVII e XVIII fossem, de fato, modernos, o direito vigente até então não o era. Várias são as permanências com o Antigo Regime, seja pelo pluralismo jurídico em que a lei não exercia função fundamental, seja pelo protagonismo do intérprete e não do legislador ou ainda pela indiferença do poder político para com o direito¹³¹. Em outras palavras, apesar da virada teórica, seus efeitos ainda não revolveram a ordem social.

É apenas a sociedade do século XIX que verá implementadas institucionalmente as proposições gestadas e amadurecidas ao longo dos séculos anteriores.

“O momento revolucionário burguês é aquele que, de modo efetivo (e muitas vezes traumático), rompe com a sociedade de ordens, com o pluralismo político e jurídico, com o sistema de privilégios, instituindo uma sociedade planificada sob o princípio da igualdade formal, com a redefinição do papel do Estado, com a instituição (no sentido moderno) das codificações, etc. É no século XIX que se implementa (ao menos na tradição do *civil Law*) o Estado de Direito, a tripartição dos poderes, a revolução no sistema de fontes do direito (onde a lei escrita passará a ter papel inaudito) e todos os princípios jurídicos ditos ‘modernos’. O século XIX é que, sob o prisma institucional, vê nascer a modernidade jurídica.”¹³²

¹²⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

¹³⁰ HESPANHA. António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 341

¹³¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

¹³² FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo

Parece fundamental, portanto, tecer um panorama do terreno histórico oitocentista, época de que data o termo 'direito subjetivo' propriamente dito¹³³. Somente a partir desse contexto será possível compreender e visualizar as condições históricas que possibilitam e informam a configuração das ideias de sujeito de direito e de direito subjetivo e, mais especificamente, quais os contornos que essas noções adquirem no pensamento jurídico alemão do século XIX, de que o direito contemporâneo pátrio é legatário.

Tendo como pano de fundo, então, as transformações jurídicas dos oitocentos, para António Manuel Hespanha “no plano jurídico, esta fase caracteriza-se pelo *movimento legalista* e, sobretudo, pela *tendência codificadora*.”¹³⁴ Transborda-se, assim, o plano do pensamento jurídico de modo a transformar as estruturas sociais.

“Estadualismo (i.e., identificação da ordem social com a ordem estadual), certeza e previsibilidade do direito (i.e., legislação abstracta) e, finalmente, a fixidez e permanência de um núcleo fundamental de princípios jurídicos (i.e., codificação), vão, assim, de braço dado, permitir a efectivação e a estabilização dos novos arranjos sociais, políticos e jurídicos.”¹³⁵

Partindo de tal orientação, a atenção neste ponto será conferida a dois eventos fundantes da nova era jurídica: o estatualismo (e correlato legalismo) e o fenómeno codificador.

2.1.1 O DIREITO DO SUJEITO VEM DE CIMA: ESTATALISMO E LEGALISMO

O desenrolar histórico que vai da formação dos Estados Nacionais Modernos no século XVI e seu gradual desenvolvimento até culminar nos efetivamente modernos contornos do Estado de Direito do século XIX está inserido no processo de individualização do homem em sua dimensão política. Assim como o

¹³³ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito...* p. 120

¹³⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 341

¹³⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 341

sujeito pouco a pouco vai se despidendo dos antigos condicionamentos e a propriedade vai se desvinculando de todos os seus vínculos para se tornar mercadoria livre no mercado, “a autoridade também é progressivamente desalojada de todos os vínculos sociais, religiosos, econômicos e pessoais – que marcavam o exercício de poder nas sociedades medievais – e é repassada ao ente estatal burocratizado, recém-criado.”¹³⁶ É o que observa Paolo Grossi:

“Lentamente, mas incessantemente, emerge uma nova figura de Príncipe, e também uma conexão totalmente nova entre ele e o direito. O novo Príncipe é, politicamente, o fruto de um grande processo histórico totalmente voltado a libertar o indivíduo dos laços em que a civilização precedente o tinha inserido”.¹³⁷

Caminhando nesse sentido, explicita Pietro Costa a profunda descontinuidade que o irromper do conceito “Estado” representa em relação à ordem jurídica medieval.

“O termo ‘Estado’ possui uma história lexical relativamente recente: é Maquiavel que no Príncipe fala de ‘*stati*’ (e ‘*domini*’) para referir-se a forma política da sociedade e apenas gradualmente a expressão ‘Estado’ se difunde até ocupar o centro do discurso político-jurídico do século XIX. No léxico medieval eram outros os termos de referência: *civitas, respublica, regnum, imperium*.”¹³⁸

O sujeito político com vocação totalizante¹³⁹ que chega ao final do século XVIII e início do século XIX, centralizador de todo o poder, que pretende controlar toda manifestação do social e monopoliza a produção jurídica é realidade completamente estranha àquela realidade medieval pluralística em que se sobrepunham e conviviam harmoniosamente as mais diversas juridicidades.

Partindo dessa relação antagônica que poder político e direito desempenham nas eras medieval e moderna, a atenção aqui será voltada ao progressivo interesse dessa nova entidade política pelo direito¹⁴⁰, “(...) interesse tão

¹³⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 47

¹³⁷ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 35

¹³⁸ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 82

¹³⁹ GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito...* p. 48

¹⁴⁰ Não se ignora a importância do estudo da formação política do conceito moderno de Estado. Entretanto, tal intento não poderia ser empreendido de maneira suficiente no presente estudo, já que extrapola seu objeto. Registre-se, brevemente que se o primeiro estágio do processo de formação da

crescente a ponto de se chegar, ao fim do século XVIII, em uma forte negação à secular situação conservada até o desenlace do antigo regime, à plena monopolização da dimensão jurídica.”¹⁴¹ O Príncipe, que carrega consigo toda a bagagem iluminista, é de tal forma idealizado e agigantado que se torna “sujeito superior e acima das paixões, a confiança conferida a ele na tarefa delicadíssima de ler a natureza das coisas e traduzi-las em regras jurídicas”¹⁴². Dotado desta fantástica capacidade de tornar positivas as leis naturais, o Príncipe projetará sua vontade, perfeitamente definida e que encontra em si própria toda possibilidade de justificação¹⁴³ através daquela que se tornará a mitologia¹⁴⁴ máxima da modernidade: a lei. Aduz Pietro Costa que “a soberania encontra na lei a sua primeira expressão. A lei é expressão da vontade soberana e a medida do justo e do injusto: é a vontade soberana legiferante a condição necessária e suficiente da ordem.”¹⁴⁵ Segue, em sentido semelhante, Paolo Grossi,

“De fato, é exatamente naqueles anos que, em meio a muitas mitologias laicas inauguradas pela Revolução de 1789, destaca-se claríssima a legislativa: a lei, isto é, a expressão da vontade do poder soberano, é axiomáticamente identificada na expressão da vontade geral, transformando-a dessa forma no único instrumento produtor do direito merecedor de respeito e obséquio, objeto de culto enquanto lei e não pela respeitabilidade de seu conteúdo.”¹⁴⁶

Observa-se que, como voz do soberano, a lei já revela duas de suas facetas: a identificação com a vontade geral e o exacerbado formalismo.

soberania moderna pode ser visualizado em Bodin, é com Hobbes que ocorre uma efetiva quebra de paradigma nesta formulação. Sobre a temática: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia...* p. 82-97

¹⁴¹ GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito...* p. 3

¹⁴² GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno...* p. 23

¹⁴³ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 36

¹⁴⁴ Como momento de ruptura com o passado e todos os seus anteriores vínculos, o século XVIII, ao se desgarrar da metafísica tradicional e laicizar as estruturas sócio-jurídicas, encontrava-se em uma espécie de vazio que poderia acarretar o risco de perda do controle do social. Nesse contexto é que Paolo Grossi identifica a importância do mito: por meio dele o iluminismo político encontra um absoluto a que possa se agarrar (a realidade salta para uma condição de *meta*-realidade, é absolutizada de tal maneira a servir como mecanismo de crença). Alguns conceitos são desta forma tornados “mitologias jurídicas”, aptas a fundamentar a nova ordem. Dentre tais mitologias, destaca-se a lei. (GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 50 e 126)

¹⁴⁵ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia...* p. 84

¹⁴⁶ GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito...* p. 3-4

Para entender esta primeira faceta, parte-se da importância conferida ao voluntarismo pelo jusracionalismo. Empresta-se, para tanto, o significado de voluntarismo para António Manuel Hespanha, quando o entende como “a doutrina segundo a qual o direito tem a sua fonte, não numa ordem objectiva (da natureza, da sociedade), não em direitos naturais e irrenunciáveis do homem, não numa lógica jurídica objectiva, mas no poder da vontade.”¹⁴⁷

O referido historiador fala em “voluntarismo axiológico” como modelo voluntarista da própria ordem social, resultado do método racionalista de averiguação, visto que por muitos a natureza humana e o contrato que fundamenta a sociedade tem como traços distintivos justamente o poder da vontade (seja como liberdade, seja como autodeterminação)¹⁴⁸. No plano político é que isso fica ainda mais patente, “pois o estabelecimento da própria ordem jurídica objectiva se fez através de um acto *voluntário* dos homens (o ‘contrato social’), cujo conteúdo é aquele que eles lhe *querem* dar para salvaguardar a vida em comum.”¹⁴⁹ O Estado, desta feita, nada mais faz do que representar a vontade dos indivíduos por meio das leis¹⁵⁰, fundamento, portanto, da legitimidade de atuação do soberano.

Assim, através da vontade geral¹⁵¹, fundamenta-se o porquê de a lei alcançar o *status* de norma absoluta exteriorizada pelo soberano. Mais do que isso, ser a lei expressão da vontade geral é a ficção que lhe confere um viés democrático¹⁵².

A segunda faceta da lei, por sua vez, diz respeito a sua redução à forma. A identificação do poder político com o direito exige como único critério de validade da juridicidade sua identificação com o ente estatal, razão pela qual “a lei torna-se uma forma pura, ou seja, um ato sem conteúdo, um ato ao qual nunca será um determinado conteúdo a dar o crisma da legalidade, mas sempre e somente a

¹⁴⁷ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 310

¹⁴⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 312

¹⁴⁹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 313

¹⁵⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 313

¹⁵¹ “A lei (o direito, de que a lei deve ser a única fonte) é uma *vontade*, mas uma vontade *geral*, no sentido de que (i) deriva de todos, (ii) se refere problemas de todos, (iii) estabelece a igualdade e liberdade entre todos, (iv) prosseguindo o interesse de todos.” Essas conclusões são possibilitadas a partir dos ideais de Jean-Jaques Rousseau, teorizador por excelência da “vontade geral”, cuja teoria, todavia, não cabe ao presente trabalho esmiuçar. (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 318)

¹⁵² GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito...* p. 50

proveniência do único sujeito soberano.”¹⁵³ A partir desta premissa é que a lei se encontrará como ato decorrente de um procedimento específico de um órgão competente (o Parlamento), ou seja, resume-se a um complexo de garantias formais asseguradas pelo Estado¹⁵⁴, cada vez mais legislador. A lei, portanto, é autoridade e, como tal, seu conteúdo é indiscutível.

“As leis possuem crédito não porque são justas, mas porque são leis.”¹⁵⁵ São essas as palavras de Michel de Montaigne que parecem ser a expressão mais evidente da dissociação entre conteúdo e forma, já na França do século XVI, território histórico em que o moderno já se apresenta com vultos bastante maduros¹⁵⁶. Não por acaso será a França que levará tal projeto a seus últimos termos com a codificação napoleônica, cujo tema se abordará mais adiante.

Com efeito, a Revolução Francesa e especialmente seu vulto mais radical, o jacobinismo, é que concretizará o projeto jurídico burguês. Nas palavras de Paolo Grossi:

“(…) a decidida virada jacobina – que não nasce improvisadamente, mas recolhe com fidelidade (e intensifica) ideais e convicções que há tempo circulavam em todo o iluminismo jurídico – dá a consistência histórica a duas escolhas fundamentais, uma consequência da outra: o Estado como único produtor de direito; a lei como sua única fonte.”¹⁵⁷

É o fenômeno que o referido historiador do direito denomina “absolutismo jurídico”, rígido monismo que, ao tornar a lei fonte única, encerrando toda a rica pluralidade jurídica anterior, mostra-se como fenômeno de profunda redução da complexidade social. Redução legalista que, para António Manuel Hespanha, nada mais significa do que “estratégia de dissolução da ordem periférica e a sua substituição por mecanismos disciplinares cujas condições de eficiência não estavam aí verificados”¹⁵⁸. Isso porque, como já visto, as relações sociais eram disciplinadas por uma pluralidade de mecanismos jurídicos de resolução de conflitos,

¹⁵³ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 39

¹⁵⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 24

¹⁵⁵ MONTAIGNE, Michel de. Apud GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 38

¹⁵⁶ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 37-38

¹⁵⁷ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 130

¹⁵⁸ HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 19

que se sobrepujam e conviviam harmoniosamente. Agora, “ao instituir a lei como forma única de controlo social, ele leva a cabo, na verdade, uma enorme redução da panóplia das tecnologias disciplinares disponíveis noutras épocas (...)”¹⁵⁹.

Repleta de significados é a seguinte passagem de Paolo Grossi, que pode servir como síntese do que representa o por ele denominado absolutismo jurídico:

“Diante de um direito já todo identificado na vontade estatal contentou-se com fontes, certas e claras, límpidas na linguagem, robustamente pensadas (por exemplo o *Code Civil*), fundadas sobre um admirável saber técnico, e não se refletiu o suficiente sobre duas consequências gravíssimas: o direito se identifica a esta altura só com o direito oficial, e, como tal, tendia sempre mais a formalizar-se enquanto uma fronteira compacta se erguia entre o território do direito e o dos fatos; a sociedade civil continuava a ser depositária da produção jurídica somente na fábula-ficção da democracia indireta proclamada na obsessionante apologia filo-parlamentar, mas na realidade dela (produção jurídica) restava clamorosamente expropriada. O direito era desenraizado da complexa riqueza do social para ligar-se a uma cultura, empobrecer-se e identificar-se desagradavelmente na expressão do poder e da classe dele detentora.”¹⁶⁰

Reduzida toda a complexidade e formada a dualidade Estado *versus* sociedade civil, desemboca-se em uma paisagem jurídica mais do que artificial e simples, uma paisagem necessariamente simplista¹⁶¹. Nesse cenário profundamente abstrato, dois são os atores, apenas dois são os sujeitos capazes de exprimir juridicidade: o macro-sujeito político e o micro-sujeito privado¹⁶².

No primeiro, o Estado, que pela juspublicística oitocentista é teorizado como pessoa (o príncipe é indivíduo modelo e modelo de todo indivíduo¹⁶³) o sistema de fontes fecha-se em torno da lei, expressão de vontade do poder soberano. Já a ordem potestativa do segundo, os indivíduos (sujeitos de direito), reside no âmbito negocial, em um “feixe de posições rigorosamente individuais: simples interesses que se concretizam em simples faculdades, interesses tidos como de importância vital que se concretizam em situações qualificadas (poderes e direitos subjetivos)”¹⁶⁴, isto é, o indivíduo que aqui encontra resguardo é o indivíduo

¹⁵⁹ HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade...* p. 13

¹⁶⁰ GROSSI, Paolo. *História da propriedade...* p. 127

¹⁶¹ GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno... p. 24

¹⁶² GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno... p. 24

¹⁶³ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade.* p. 35

¹⁶⁴ GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno... p. 26

proprietário. Para ele servem esses direitos virtuais e abstratos a partir dos quais se pode, por ato livre, negociar, obrigar.

“A noção de sujeito de direito é, pois, absolutamente indispensável ao funcionamento do modo de produção capitalista. A troca das mercadorias, que exprime, na verdade, uma relação social - a relação do proprietário do capital com os proprietários da força de trabalho -, vai ser escondida por ‘relações livres e iguais’, provindas aparentemente apenas da ‘vontade de indivíduos independentes’. O modo de produção capitalista supõe, pois, como condição de seu funcionamento a ‘atomização’, quer dizer, a representação ideológica da sociedade como um conjunto de indivíduos separados e livres. No plano jurídico, esta representação toma a forma de uma instituição: a do sujeito de direito.”¹⁶⁵

Essa nova ordem jurídica, geral e abstrata, interessante ao modo de produção capitalista¹⁶⁶, tem como expressão máxima naquele que é o advento da história jurídica europeia continental: a codificação do direito¹⁶⁷, verdadeira revolução do sistema de fontes.

2.1.2 O DIREITO DO SUJEITO É ENCLAUSURADO: A CODIFICAÇÃO

A efetiva passagem do pluralismo medieval para o monismo estatal se realiza com a codificação, que consolida o direito em um texto rígido, capaz de lhe conferir segurança e previsibilidade¹⁶⁸, visto que “a historicidade do direito não satisfaz o novo Príncipe, ou melhor, mostra-se a ele no seu aspecto repugnante de complexidade desordenada e confusa”¹⁶⁹.

“O comando tende inevitavelmente a se tornar *texto*, a encerra-se em um pedaço de papel onde todos possam lê-lo e onde esteja a salvo de todas as transformações que incidem no nível da experiência, num texto que seja o máximo possível inelástico de tal modo a impedir as repercussões das turbulências externas; textualidade do moderno direito continental europeu, bem simbolizada pelo texto mais fechado e acabado que se possa imaginar,

¹⁶⁵ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica...* p. 118

¹⁶⁶ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica...* p. 114

¹⁶⁷ GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito...* p. 51

¹⁶⁸ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 113

¹⁶⁹ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 93

qual seja o Código, que é a invenção dos modernos, da sua presunção da mais espasmódica vontade de controlar a dimensão jurídica.”¹⁷⁰

O Código, nesse compasso, é escolha fundamental e radical da nova civilização jurídica, representa profunda descontinuidade com a ordem jurídica anterior, é novo modo de conceber a produção do direito (oposto ao modo de produção do direito no período anterior à revolução, que Paolo Grossi caracteriza como transbordante, pluralista e extra-estatal¹⁷¹), razão pela qual se fala em Código como ideia, como mito, como símbolo¹⁷². Repercute no direito o método de averiguação empírica das ciências naturais como necessidade de redução de seu objeto ao direito positivado¹⁷³, servindo o Código como instrumento de redução da complexidade que concretiza o já aludido absolutismo jurídico, pretendendo encerrar em um único texto todas as possibilidades de relações.

Franz Wieacker enxerga um espírito comum na primeira onda codificadora moderna, produto da ligação entre jusracionalismo e iluminismo e que, como tal, é fruto da convicção iluminista de que a atuação racional dos governantes ou a vontade comunitária geral criaria uma sociedade melhor:

“Distinguem-se de todas as anteriores redacções de direito desde logo pelo facto de que eles não fixam, ordenam ou melhoram (‘reformam’) direito já existente, nem pretendem completá-lo [...]; eles dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica.”¹⁷⁴

O Código é, sem dúvidas, a cristalização da mentalidade jusnaturalista iluminista, fundamentação que o faz portador de eticidade e certeza, visto que produto daquele Príncipe idealizado capaz de ler a natureza das coisas e traduzi-las em normas universais e eternas¹⁷⁵. A relação entre positivismo e jusnaturalismo está, assim, longe de ser antagônica: o Código, como projeção da voz soberana,

¹⁷⁰ GROSSI, Paolo. *História da propriedade...* p. 95

¹⁷¹ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 91-92

¹⁷² GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 88-89

¹⁷³ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 114

¹⁷⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 366

¹⁷⁵ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 94

como lei positiva de um determinado Estado¹⁷⁶, materializa em conceitos finitos todos aqueles princípios jusracionalistas.

Como aponta José Reinaldo de Lima Lopes, além do jusnaturalismo e do positivismo, o direito nacional é fator determinante do processo codificador. Em oposição à característica cosmopolita do *ius commune* europeu, “o direito a ser codificado terá a pretensão de ser claro, racional e fundado no direito natural, mas valer por força apenas para o território do Estado”¹⁷⁷. Ser o Estado encarnação do poder político exige um respectivo campo geográfico de atuação, a territorialidade é exigência da estatalidade do direito¹⁷⁸.

O *Code Civil* de 1804 é a primeira realização completa de toda essa pretensão codificadora. O Código Napoleônico é o Código por excelência.

“Com a ideia de uma nação única e indivisível, que se encontra pela primeira vez representada nos Estados Gerais reunidos conjuntamente de 1789, liga-se imediatamente a exigência, já longamente preparada do ponto de vista cultural pela publicística do último período da monarquia, de substituir o antigo particularismo feudal por um direito geral dos franceses baseado na razão.”¹⁷⁹

Um sistema preciso, claro e rigoroso é moldado em torno dos 2.281 artigos do *Code Civil*. O Código é assim dotado de uma tipicidade inconfundível, informada, para Paolo Grossi, por uma tríplice tensão: tende a ser fonte unitária, completa e exclusiva¹⁸⁰. Explica também António Manuel Hespanha que a ideia Código se destaca das codificações anteriores (informadas por outra mentalidade) por um aspecto formal: é extremante sistemático e suas disposições se destacam das contingências temporais¹⁸¹, “(...) constitui um ‘monumento jurídico’ que aspira à permanência, à encarnação da estabilidade da razão jurídica, à corporização dos consensos profundos.”¹⁸²

¹⁷⁶ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 96.

¹⁷⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de história do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas: Método, 2009, p. 191

¹⁷⁸ GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito...* p. 63

¹⁷⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 386

¹⁸⁰ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 99

¹⁸¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p.330

¹⁸² HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 350

A pretensão de eternidade do código pode ser observada na própria iconografia do século XIX. O óleo sobre tela de Jean-Baptiste Mauzaisse denominado “*Napoléon I couronné par le temps, écrit le Code civil*”¹⁸³, apresentado no *Salon* de 1833, é reveladora: retrata Napoleão esculpindo o Código na pedra ao mesmo tempo em que é coroado pelo Deus Cronos. O Código, gravado na pedra, material duradouro, é abençoado pelo deus do tempo, ou seja, almeja a eternidade, pretende e tem a convicção de durar para sempre.

Ademais, o Código realiza uma façanha revolucionária: o Estado, a política, pela primeira vez se ocupa integralmente do privado. Pretende, de maneira completa e minuciosa, encerrar em dispositivos legais cada instituto e cada relação da vida privada¹⁸⁴. Traço fundamental do Código é ser ele minucioso, pretender regular do modo mais exaustivo possível cada nervatura social, assim é que estende seu domínio rigoroso. Revolucionário porque apenas agora se adentra na zona em que mesmo àquele Príncipe francês do século XVI, que já tinha muito do moderno, “não quis ou não pôde legislar; e é, sobretudo, o território das relações cotidianas entre privados [...] ainda entregue à acirrada regulamentação do costume, das imemoráveis consuetudes, respeitadas e observadas por sábios, juízes, operadores práticos.”¹⁸⁵ Dominar também o privado é essencial ao projeto político burguês triunfante.

“A codificação tende de fato a cobrir cada território da experiência jurídica, sem deixar de lado aquelas relações cotidianas entre os particulares no exercício da vida privada sobre os quais a ordem burguesa vencedora quer comandar e sobretudo aqueles institutos extremamente vitais da constituições tácita de uma sociedade burguesa que são a propriedade individual e o contrato igualmente individual.”¹⁸⁶

Para Franz Wieacker, é apenas com o *Code Civil* que se tornam axiomas vivos de uma nova imagem da sociedade a igualdade jurídica dos cidadãos e a liberdade na esfera particular, especificamente como liberdade contratual e econômica¹⁸⁷. A igualdade formal, portanto, é necessária. São os protagonistas do

¹⁸³ Vide anexo

¹⁸⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 93

¹⁸⁵ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 43

¹⁸⁶ GROSSI, Paolo. *História da propriedade...* p. 95-96

¹⁸⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 390

Código os sujeitos abstratos dotados de um feixe de relações também abstratas; são modelos iguais afastados de qualquer carnalidade histórica, o mundo do direito e o dos fatos são incomunicáveis¹⁸⁸.

Cristalinas são as palavras de Paolo Grossi: “se o Código fala a alguém, esse alguém é a burguesia que fez a Revolução e que finalmente realizou a sua plurissecular aspiração à propriedade livre da terra e à sua livre circulação”¹⁸⁹. Fala, portanto, aos proprietários, a quem é dada a única possibilidade normativa para além do Estado (mas que não deixa de estar presa nas amarras do monismo legal): o contrato, instrumento que faz lei entre as partes no exercício de sua autonomia da vontade.

Como realização máxima do projeto burguês, que permite traçar um antes e um depois na história do direito, e cuja sistematização, pretensão de completude e garantia de segurança jurídica fazem do *Code Civil* influência a se espalhar por todo e para além do continente europeu.

2.2 O DIREITO DO SUJEITO É MANIPULADO PELOS TÉCNICOS

O século XIX vê a modernidade jurídica amadurecida, institucionalizada e otimista. Importa nesse ponto abordar a repercussão dessa nova configuração da realidade no campo do saber jurídico.

De acordo com António Manuel Hespanha, do modelo epistemológico das ciências naturais advém “a convicção de que todo saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica (‘posta’ ou ‘positiva’).”¹⁹⁰ Sob essa orientação, o direito reduz seu objeto ao direito posto. Trata-se do positivismo jurídico, que, ainda de acordo com Hespanha, apesar de ter se manifestado de diferentes maneiras e com diversos fundamentos (positivismos legalista, culturalista, sociológico e conceitual), apresenta como cerne comum

¹⁸⁸ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 104-105

¹⁸⁹ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 107

¹⁹⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 374

“(...) a recusa de quaisquer formas de subjectivismo ou de moralismo. O saber jurídico (agora, a *ciência* jurídica) deve cultivar métodos objectivos e verificáveis, do género dos cultivados pelas ciências ‘duras’, dela devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais).”¹⁹¹

Essa preocupação com a sistematização da nova ordem e com o carácter científico do direito serão então abordados por meio de duas dessas manifestações positivistas, pensadas pela Escola da Exegese e pelo Historicismo, ditas “Escolas Clássicas do Século XIX”. Busca-se, através delas, entender a nova postura do jurista em relação ao direito, como este circula e é manejado.

2.2.1 NA FRANÇA: A ESCOLA DA EXEGESE

Como visto até aqui, o direito que chega à modernidade liga-se inexoravelmente ao poder político; é fruto exclusivo da vontade soberana que se transfigura em uma lei escrita. Essa identificação entre direito e lei estatal é levada a seus últimos termos pela Escola da Exegese na França pós-revolucionária. Isso ocorre justamente pelo contexto político e jurídico francês, que através de um Estado nacional consolidado e dotado de órgãos representativos efetivamente rompe com a ordem jurídica anterior e encerra o direito no Código¹⁹².

A Escola da Exegese é, portanto, o reflexo cultural e doutrinário da codificação. Como sublinha Sérgio Said Staut Júnior, a “forma Código”, nessa pretensão total e universal do contexto jurídico pós-revolucionário (o Código é fonte única, abstrata e geral), é o traço determinante da nova mentalidade jurídica¹⁹³.

Considerando que a norma é produto da vontade do soberano, que positiva a razão e concretiza em texto a vontade geral (é, portanto, científica e democrática)¹⁹⁴ e que é caracterizada pela igualdade formal e pela certeza jurídica (já que pelo atributo da generalidade disciplina o comportamento de todos, não de

¹⁹¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 375

¹⁹² HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 380

¹⁹³ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. A escola da exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do direito. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (Orgs.). *Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas*. Pelotas, RS: Delfos, 2008, p. 108-109

¹⁹⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 377-378

um indivíduo específico; e pelo atributo da abstração se aplica a uma gama de situações, não a ações particulares)¹⁹⁵, exaure-se no momento de sua produção. Segundo Paolo Grossi, a ideologia jurídica pós-iluminista não admite que a lei viva para além desse momento (o de produção), não há qualquer possibilidade de incidência no momento de aplicação¹⁹⁶. Logo, resta ao jurista um papel passivo diante da norma codificada, o papel de exegese, que dá nome à escola. Nas palavras de Norberto Bobbio,

“A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código.”¹⁹⁷

Ler e interpretar mecanicamente cada disposição da lei sistematizada no Código, então, é única tarefa do operador do direito. Para Paolo Grossi, é esse comportamento psicológico e metodológico comum que permite agrupar esses intérpretes da França oitocentista em torno de uma “escola”¹⁹⁸.

Da postura teórica em relação às fontes, ao método interpretativo dos exegetas, e em especial a partir do tratado de Bonnet, Norberto Bobbio fixa em cinco as características fundamentais da escola da exegese: a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; a concepção rigidamente estatal do direito, a interpretação da lei fundada na intenção do legislador; o culto do texto da lei; e o respeito pelo princípio da autoridade¹⁹⁹.

O processo histórico que culmina no movimento codificador, como se tem tentado até aqui demonstrar, é produto do jusracionalismo. Nas palavras de Paolo Grossi “o jusnaturalismo vem a desembocar no mais agudo positivismo jurídico”²⁰⁰. A inversão de que fala Norberto Bobbio, colocada como primeira característica da escola da exegese, diz respeito à retirada de qualquer importância do direito natural

¹⁹⁵ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 115

¹⁹⁶ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 110

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 83

¹⁹⁸ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 111 (nota de rodapé)

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 84-89

²⁰⁰ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade...* p. 95

pelos exegetas, não podendo a validade do direito positivo ser mensurada por aquele, que sequer subsidiariamente pode ser utilizado. Diante de uma lacuna, apenas a lei positiva deve ser buscada, o que afirma o princípio da “completude” da lei²⁰¹.

Relaciona-se tal característica com a ideia de sistema propugnada pelo positivismo, sistema como construção lógica única, coerente e completa. Respostas a aparentes lacunas são respondidas pelo próprio sistema legal: mesmo que não explicitamente previsto é possível ao juiz, técnico do direito, operar uma dedução lógica que resolva o caso (o que se dá pelo método da subsunção do fato à norma, que aqui significa estritamente a lei estatal)²⁰².

A segunda e a terceira característica estão imbricadas. Sendo o direito monopólio do Estado, este coaduna com o “princípio da onipotência do legislador”, que nega qualquer positividade que não seja a estatal – o que implica ser o momento interpretativo nada mais do que a busca da vontade do legislador²⁰³. Sobre essa busca da vontade do legislador histórico, António Manuel Hespanha ainda coloca que a supremacia estrita da lei chega a tal ponto que extravasa a ideia montesquiana de o juiz ser a boca inanimada da lei, representando uma proibição interpretativa, isto é, deveria recorrer o juiz ao legislativo para tanto²⁰⁴ (qualquer inovação só pode provir de uma alteração na vontade política, isto é, legislativa²⁰⁵). Nesse sentido, explica Rebeca Fernandes Dias que

“Ao juiz cabe apenas aplicar aquilo que está determinado no código, pois qualquer manifestação criativa de sua parte corresponde a uma invasão do poder legislativo, ou seja, uma afronta ao princípio da separação de poderes e ao primado da segurança e previsibilidade jurídica.”²⁰⁶

Observa-se que a interpretação da lei fundada na intenção do legislador está intimamente ligada à doutrina da separação dos poderes, que fundamenta a estrutura do Estado moderno e é um dos fatores colocados por Norberto Bobbio a

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 84-86

²⁰² DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 116-117

²⁰³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 86-87

²⁰⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 379

²⁰⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 382

²⁰⁶ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 115

dar causa ao advento da escola da exegese²⁰⁷. Criar o direito, mesmo que pela via interpretativa, seria uma verdadeira invasão da competência legislativa.

A quarta característica da escola da exegese refere-se ao aludido culto do texto da lei, que é decorrência da identificação do direito à lei²⁰⁸ e da quase sacralidade conferida ao direito codificado, razão pela qual cada minuciosa regra encerrada em cada artigo deve ser seguida e no máximo explicada.

Por fim, a quinta característica fala do respeito ao princípio da autoridade. A mentalidade dos juristas é informada pela crença na completude e segurança daquilo que é posto pelo soberano, a quem cabe apenas respeitar e seguir (tal mentalidade além de característica é outra das causas da formação escola)²⁰⁹. Essa autoridade está tão imbricada no pensamento moderno que além da autoridade maior do legislador, os próprios comentários exegéticos serão adotados como dogmas pelos juristas subsequentes²¹⁰.

Posto pela autoridade legislativa, que afinal de contas é legitimada pela vontade geral, por um procedimento formal, racional e científico, apenas cabe perquirir a validade da norma, nunca sua justiça. Todo conteúdo material é afastado, o direito moderno é realidade formal e objetiva e, conseqüentemente, pretensamente neutro²¹¹.

Passando o Príncipe a ser cada vez mais legislador, chegando a monopolizar o fenômeno jurídico²¹², toda a antiga pluralidade de fontes é efetivamente sepultada e o jurista, que outrora era dotado de rica atividade criativa, é relegado a uma função mecânica.

2.2.2 NA ALEMANHA: A ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO E SUA PANDECTÍSTICA

²⁰⁷ São os demais fatores elencados pelo autor: a codificação, a mentalidade dos juristas ser dominada pelo princípio da autoridade, o princípio da certeza do direito e as pressões napoleônicas sobre as instituições de ensino do direito. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 78-81)

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 88

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p.78-79

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 88-89

²¹¹ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 116

²¹² GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito...* p. 49

Diferente da França, que se reúne em torno de um Estado unificado e consolidado, realiza a Revolução Francesa, promulga a Declaração de Direitos do Homem e empreende a codificação do direito, a Alemanha do final do século XVIII e início do século XIX ainda não encontrou uma unidade política. Inexiste, portanto, o pressuposto político do legalismo, qual seja “a existência de um Estado-Nação que os cidadãos reconhecessem como portador dos valores jurídicos da comunidade.”²¹³

Em um contexto de busca da identidade nacional, o cimento para o novo terá então outra fonte: o passado. Será a tradição o fermento do movimento cultural geral que envolverá toda a Alemanha e se manifestará, no campo jurídico, na Escola Histórica do Direito.

Para Norberto Bobbio, “o que caracteriza [...] o historicismo é o fato de ele considerar o homem na sua individualidade e em todas as variedades que tal individualidade comporta, em oposição ao racionalismo [...] que considera a humanidade abstrata”²¹⁴. Dessa máxima decorrem as características do historicismo, que aplicadas ao direito, segundo o autor, revelam-se em cinco traços básicos que resumem a doutrina da escola histórica do direito²¹⁵.

O primeiro deles é a individualidade e variedade do homem. Assim como o homem não é categoria abstrata imutável ao longo da história, também o direito não é único, depende de cada espaço e local em que se insere, é produto da história. O segundo traço fala da irracionalidade das forças históricas. Aqui se observa como a força motriz da história reside não na razão, mas em um elemento passional, que no campo jurídico se traduz no sentimento de justiça que origina o direito. Terceiro traço é o pessimismo antropológico, segundo qual se deve desconfiar das inovações jurídicas, visto que “a história é uma contínua tragédia”²¹⁶, ficando descartada a ideia de progresso. Por fim, amor ao passado e sentido da tradição são os últimos traços da escola histórica do direito. Não havendo crença no progresso da humanidade, a origem do direito é que deve ser buscada, o que, por sua vez, resulta na valorização do costume, fonte tradicional do direito que exprime o “espírito do povo”.

²¹³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 383

²¹⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 48

²¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 51-53

²¹⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 49

Através destes postulados, a escola histórica do direito se coloca como movimento contrário ao iluminismo, visto que este quer se libertar radicalmente do passado e o faz otimistamente através da razão de um homem e um direito único, artificial e abstrato. Como explica Hespanha, o Estado e o Código, para além de não serem realidades disponíveis, não seriam convenientes em razão de sua universalidade e artificialismo²¹⁷.

A partir desse raciocínio se pode compreender a posição contrária à codificação do direito na Alemanha adotada por Savigny (principal expoente da escola histórica do direito, cujo pensamento será tratado no momento oportuno) em célebre polémica com Thibaut. Em suma, se a sociedade é um todo orgânico, cujo desenvolvimento é condicionado pelo passado e cuja evolução manifesta-se peculiarmente em cada povo através do denominado “espírito do povo” (que dá unidade e manifestações histórico-culturais de uma nação, e que por sua vez, são lidas e traduzidas em um sistema científico pelas elites culturais), reduzir o direito à legislação codificada seria congelá-lo, representando fator não de sua construção, mas de sua destruição²¹⁸.

A princípio Savigny se coloca contra a codificação naquele momento específico da história alemã, vez que seu direito estaria em fase de franca decadência e codificá-lo significaria perpetuar tal situação. Entretanto, como explica Bobbio, ao não identificar uma fase propícia para a codificação, acaba se opondo a ela de forma geral. Isto porque se na fase de decadência do direito esta condição seria perpetuada, em uma época “juridicamente primitiva”, codificar o direito significaria estancar seu desenvolvimento. Já em uma fase jurídica madura, apesar de possível a codificação não seria necessária visto que o direito encontra sua plenitude como direito científico (elaborado pelos juristas)²¹⁹.

O que se valoriza, portanto, é um direito científico formulado pelos juristas técnicos. Como observa Franz Wieacker, ao buscar a renovação da ciência do direito positivo, historicidade propugnada pela escola histórica do direito é apenas um de seus aspectos. Mais especificamente, é o aspecto pelo qual se determina que o objeto a ser por ela organizado é determinado pela história do direito vigente e não

²¹⁷ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 384

²¹⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 385-386

²¹⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 61-62

por abstrações jusnaturalistas ou pela legislação iluminista²²⁰. A preocupação precípua, contudo, diz respeito à formulação de uma ciência jurídica positiva e sistemático-metódica²²¹.

É essa a tarefa que empreende a Pandectística, ramo da escola histórica alemã responsável pela elaboração de um sofisticado direito científico neutro e conceitual. Submetendo o material histórico nacional à lógica de um método de observação semelhante ao empregado pelos cientistas da natureza seria possível aos técnicos do direito extrair princípios gerais²²². Estes, explica Hespanha, para além de explicar a realidade empírica observada, podem ser combinados e recombinados a partir de um raciocínio lógico de modo a gerar novos princípios, formal e ontologicamente referendados²²³. A justiça material destes princípios, que geram consequências normativas, decorre do método empregado, isto é, por decorrerem de princípios reais, apenas desvelam um sentido implícito. Por consequência, adquire esse procedimento o rótulo neutralidade, vez que o jurista apenas identifica e descreve tal realidade, não cria o direito. Assim, a partir dessa organicidade da qual decorre a observação, o direito é pensado como um sistema organizado a partir de princípios gerais²²⁴.

O trabalho dos juristas, então, consiste na elaboração de um sistema conceitual oriunda da indução de máximas do direito positivo, sendo a partir daí a coerência interna dos conceitos o que confere ao sistema cientificidade, não mais a realidade externa²²⁵. Nesse sentido, Wieacker expõe que

“Esta ciência jurídica estava baseada na perspectiva do direito do *positivismo científico*, o qual deduz as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objectivos extra-jurídicos (por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas.”²²⁶

²²⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 403-404

²²¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 419

²²² HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 394

²²³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 394

²²⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 391-395

²²⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 393

²²⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 492

E tal convicção, segue o mesmo autor, é herdeira da fundamentação ética da teoria de Kant, “(...) segundo a qual a ordem jurídica não constitui uma ordem ética, mas apenas a possibilita, tendo portanto, uma ‘existência independente’.”²²⁷ O formalismo kantiano é expresso no sentido de que a pandectística erige um sistema cuja forma é pensada para garantir a liberdade individual, retirando de sua esfera qualquer conteúdo axiológico²²⁸.

A ordem jurídica assim erigida, conclui Wieacker, passa a ser um sistema fechado, autônomo e coerente cujas instituições e normas se tornam independentes da realidade social por elas reguladas. Isso é possível por possuírem os conceitos jurídicos logicamente formulados, como visto, uma existência real. Explica Wieacker que

“Neles se autonomizaram princípios permanentemente válidos sobre a correção do direito, de tal modo que a sua aplicação lógica (tal como a de uma frase estereotipada ou de uma fórmula correcta da física) deve conduzir necessariamente a uma decisão correcta (i.e., justa). O ponto de partida deste método é a convicção, baseada no ideal científico do idealismo formal, de que a justeza lógica, do ponto de vista conceitual e sistemático de uma frase fundamenta também a sua correção material.”²²⁹

Como consequência, esse sistema, além de fechado, é pleno. Ou seja, compreende em si todas as soluções juridicamente possíveis, ficando a cargo do juiz subsumi-las ao caso concreto²³⁰. António Manuel Hespanha, nesse mesmo caminho, sintetiza em três os resultados mais característicos da doutrina pandectística: (i) a teoria da subsunção, pela qual, através de um raciocínio silogístico que tem por premissa maior um princípio do direito e a premissa menor a situação de fato, chega-se à solução do caso concreto; (ii) o dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico, que sintetiza a aludida característica de completude do sistema conceitual, que pode ser projetado por meio de uma operação lógica formal a qualquer caso jurídico imaginável e; (iii) a interpretação “objetivista”, segundo a qual o sentido de qualquer norma decorre do sistema conceitualmente coerente a que pertence²³¹.

²²⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 492

²²⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 396

²²⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 495

²³⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 497

²³¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 399-400

Deste modo, ao mesmo tempo em que o jurista detém o monopólio da produção do direito, visto é que é o agente capaz de decodificar em termos científicos a juridicidade expressa pelo “espírito do povo”, sua função acaba por ser mecânica por extrair o direito não mais da legislação, como no positivismo legalista, mas desse sistema conceitual formal por ele construído.

3 A CONSAGRAÇÃO DA SUBJETIVIDADE JURÍDICA MODERNA

3.1 OS FUNDAMENTOS DA CIVILÍSTICA ALEMÃ OITOCENTISTA: O PENSAMENTO DE SAVIGNY

O direito moderno é o direito do sujeito, pensado por ele, a partir dele e para ele. O itinerário histórico que se pretendeu investigar até aqui foi o que desgarrou o sujeito de seus vínculos tradicionais e o abstraiu por completo em um sistema formal, seja o encerrando no Código, seja o amarrando em uma minuciosa construção conceitual. É a exigência da sociedade burguesa que se consolida: sujeitos que sejam formalmente iguais e livres para manifestarem sua vontade, ou seja, estabelecerem relações negociais. Ao sujeito proprietário é que interessa essa nova configuração jurídica.

“A imagem do direito dos códigos civis é a seguinte – uma sociedade unitária e igualitária, subordinada aos princípios da propriedade e da liberdade contratual; na sociedade real do século XIX, isto constituía, essencialmente, a ordem jurídica particular dos pioneiros da nova sociedade do lucro surgida com a revolução industrial.”²³²

Quase um século após a promulgação do *Code Civil*, também a Alemanha codificará seu direito. Franz Wieacker aponta que para além da existência de um Estado unificado, a codificação pressupõe determinados pressupostos culturais, situando-se com frequência “no termo de períodos criadores da ciência jurídica, quando o trabalho sistemático e conceitual de gerações possibilita finalmente um plano de conjunto clarificador e a linguagem conceitual abstracta de um código racional.”²³³

Esse papel parece ter sido exercido pela pandectística, cujas linhas gerais anteriormente aludidas podem ser resumidas em uma forte preocupação com um sistema conceitual hermético, completo e lógico. Funcionando como um equivalente

²³² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 528

²³³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 527

sistêmico do Estado de Direito burguês²³⁴, o positivismo científico foi o responsável pelo direito privado alemão dos oitocentos²³⁵.

O olhar deste capítulo se voltará às bases desse pensamento que sustentou a civilística alemã do século XIX. Para tanto, a atenção se voltará a alguns traços do pensamento de Friedrich Karl von Savigny, principal expoente do historicismo alemão, cujos ensinamentos influenciarão toda a reflexão subsequente. É, nas palavras de Francisco J. Contreras Peláez, a figura que domina o pensamento jurídico alemão do século XIX²³⁶.

Somente parece possível tentar entender a configuração que ganha o sujeito de direito e seus direitos subjetivos nesse contexto a partir de um panorama geral da preocupação do autor com um direito metódico e sistemático, o que implica abordar algumas contradições em seu historicismo. Logo, será esse o enfoque inicial.

3.1.1 O HISTORICISMO DE SAVIGNY

Assim como os demais fundadores da Escola Histórica, Savigny tem suas raízes da virada geral da sensibilidade cultural que revirou a Alemanha do final do século XVIII e início do século XIX, virada esta que redescobriu a historicidade, repercutindo no direito como historicidade do próprio povo²³⁷. Cabe um olhar mais demorado, contudo, no que essa influência pode significar no pensamento do autor.

Ao abordar a relação da história com o pensamento de Savigny, Peláez coloca que este postula uma posição equilibrada²³⁸. Savigny critica os iluministas pela crença demasiada na época atual, relegando o sentido histórico desenvolvido pelas outras eras – seria um “egoísmo histórico” essa postura do homem do século XVIII, que ao sobrevalorizar sua própria lucidez se pretende emancipado da

²³⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 511

²³⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 524

²³⁶ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo jurídico*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 63

²³⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 407-408

²³⁸ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 70

continuidade histórica²³⁹. Por outro lado, também não seria saudável uma “sobreevaloração cega do passado”, imobilizando e sacralizando incondicionalmente o material histórico dado e, por conseguinte, negando qualquer autonomia ao presente²⁴⁰.

Para Savigny, é necessário que se separe do legado do passado o que seja inautêntico do que seja verdadeiro, visto que junto a um conjunto de verdades adquiridas, também inúmeros erros podem ter sido transmitidos pelos antepassados²⁴¹. Através da atividade intelectual se deve buscar distinguir o que de fato ainda vive no direito vigente, daquilo que – morto – apenas aparentemente o faz. Todavia, na esteira de Schild, Peláez aqui identifica uma primeira nebulosidade no discurso organicista de Savigny: este não desenvolve nem explica por quais critérios racionais seria possível separar o que vive e é autêntico do que não o seja²⁴².

Não obstante, a partir de tais premissas, Savigny entenderia a continuidade histórica que desemboca no presente como uma espécie de superação dialética entre liberdade e determinismo histórico²⁴³. Explica Peláez que

“Para Savigny, há necessidade histórica na medida em que cada época não cria por si só seu próprio mundo; mas há também liberdade na medida em que a geração atual ‘não está submetida a nenhum arbítrio alheio concreto (como é o império do amo sobre seus escravos)’, mas tão somente ‘a superior natureza do povo, [entendida] como uma totalidade em desenvolvimento, em constante auto-revelação’”²⁴⁴

O “espírito do povo”, espécie de consciência coletiva a que se submetem os indivíduos, é conceito chave nessa organicidade que relaciona liberdade e necessidade. Adverte Peláez que a noção corrente à época de “espírito do povo” é pensada por Savigny apenas em relação ao problema da gênese do direito: mais

²³⁹ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 67-68

²⁴⁰ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 69

²⁴¹ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 69-70

²⁴² PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 70

²⁴³ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 70

²⁴⁴ Tradução livre de “Para Savigny, hay necesidad histórica en la medida en que cada época no crea por si sola su propio mundo; pero hay también libertad en la medida en que la generación actual ‘no está sometida a ningún arbítrio ajeno concreto (como lo es el império del amo sobre sus esclavos’, sino solo ‘a la superior naturaleza del pueblo, [entendida] como una totalidad en desarrollo, en constant autodespliegue’”. (PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 72)

especificamente, Savigny absolutiza a chamada “consciência comum do povo” como única fonte criadora do direito²⁴⁵.

Em seu “Sistema de Direito Romano Atual”, coloca Savigny que “(...) o povo é ‘o sujeito em que e para quem o Direito existe’, que o Direito positivo ‘vive na consciência comum do povo’ e que, portanto, todo Direito deveria poder ser chamado também ‘Direito popular’.”²⁴⁶

O problema apontado por Peláez é não ter Savigny desenvolvido o conceito de “espírito do povo”, sendo inclusive termo que aparece apenas episodicamente em sua obra²⁴⁷. Fala Savigny que o direito não é obra de indivíduos concretos – o legislador, por exemplo, deve nada mais do que reproduzir fielmente o direito positivo produzido pelo “espírito do povo”, que vive e atua coletivamente em todos os indivíduos²⁴⁸. Entretanto, tal noção não vai além da ideia organicista que entende o “espírito do povo” como algo que supera uma mera justaposição de indivíduos.

Por essa falta de consistência, Peláez entende a teoria de Savigny como incompleta e ambígua, o que gera interpretações múltiplas e contraditórias, razão pela qual afirma ter o autor se valido retoricamente da linguagem romântica da moda sem na verdade tê-la levado a sério²⁴⁹. Também Franz Wieacker rejeita uma aproximação simplista (apesar de comum) do pensamento de Savigny com o romantismo alemão. Em suas palavras:

“Nenhuma das duas descobertas românticas que fizeram da história e do conceito de povo os senhores, no princípio do séc. XIX, das ciências do espírito teve uma participação decisiva na renovação por Savigny da ciência do direito: nem a compreensão histórica através da varinha mágica da ideia de evolução orgânica, nem a descoberta do inconsciente ou subconsciente colectivo (‘o espírito do povo silenciosamente actuante’) como causa última da cultura e da história.”²⁵⁰

²⁴⁵ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 72-73

²⁴⁶ Tradução livre de: “(...) el pueblo es ‘el sujeto en el que y el para que el Derecho existe’, que el Derecho positivo ‘vive en La conciencia común Del pueblo’ y que, por tanto, todo Derecho debería poder ser llamado también ‘Derecho Popular’” (PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...*p. 75)

²⁴⁷ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 76

²⁴⁸ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 75-76

²⁴⁹ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 78-79

²⁵⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 423

A renovação propugnada prima pela cientificidade, o que implica uma preocupação com um método e um sistema. Justamente por identificar como verdadeiro centro de interesse de Savigny o elemento técnico é que Peláez afirma serem alusões ao “espírito do povo” apenas retóricas²⁵¹. É a conclusão decorrente daquela que reputa como uma das afirmações mais importantes de Savigny, a de que

“(…) nas condições modernas, os juristas serão os representantes, os porta-vozes da consciência popular. A vida jurídica popular, o *Volkgeist*, o Direito espontâneo-consuetudinário, etc., vão se converter em imóvel pano de fundo, e os juristas passam a ocupar o centro da cena. Quando Savigny fala de ‘Direito popular’, portanto, estamos autorizados a ler na realidade ‘Direito científico’ ou ‘Direito de juristas’.”²⁵²

Como explica Wieacker, “as camadas cultas em ascensão descobriram em si mesmas o povo como nação cultural e interpretaram as criações culturais como manifestações do *espírito do povo*”²⁵³. Explica o mesmo pensador que a renovação da ciência jurídica é ato de vontade política, levado a cabo por Savigny ao conferir aos juristas o monopólio da ciência jurídica²⁵⁴. Como bem sintetiza Rebeca Fernandes Dias, “para Savigny, a complexificação da vida e das relações sociais exige que o direito seja produzido por especialistas ganhando assim um refinamento científico”²⁵⁵. Somente nesse contexto possível entender que significado o termo “povo” exerce em Savigny.

Para Franz Wieacker, é exatamente através da noção cultural desse termo²⁵⁶ que se torna possível entender a valorização do direito romano, “a mais

²⁵¹ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 83

²⁵² Tradução livre de “(…) en las condiciones modernas, los juristas serán los representantes, los portavoces de la conciencia popular. La vida jurídica popular, el *Volkgeist*, el Derecho espontáneo-consuetudinario, etc., se van a convertir en un inmóvil telón de fondo, y los juristas pasan a ocupar el centro de la escena. Cuando Savigny hable de ‘Derecho popular’, por tanto, estaremos autorizados a leer en realidad ‘Derecho científico’ o ‘Derecho de juristas [*Juristenrecht*]” (PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 82)

²⁵³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 408

²⁵⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 447

²⁵⁵ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 107

²⁵⁶ Noção que o seguinte trecho elucidada: “(…) o direito só se formaria de forma ‘orgânica’ a partir das convicções do povo, i.e., através do costume, da ciência e da prática. ‘Povo’ constitui aqui, portanto, um conceito cultural, finalmente quase equivalente, de forma paradoxal, aos juízes e letrados de um país.” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 446)

científica de todas as disciplinas jurídicas”²⁵⁷ para Savigny. O direito romano, entendido como processo cultural, era para ele dado básico da vida jurídica alemã: “a averiguação da tradição do direito romano na Europa era a consequência das premissas de que a matéria do direito é pré-estabelecida pela tradição cultural (e nacional)”²⁵⁸. Como já visto, a historicidade é apenas um dos elementos da Escola Histórica, notadamente o que determina o objeto do direito vigente, os conteúdos a serem organizados pela ciência jurídica. E nesse sentido, “o ‘tratamento histórico’ da ordem jurídica vigente consiste para Savigny [...] no complemento empírico-positivo do tratamento ‘filosófico’, ou seja, sistemático e jurídico-teórico, a partir de cujo jogo a ciência da legislação [...] se tornava numa ciência.”²⁵⁹

E essa matéria historicamente pré-determinada acaba por coincidir quase que exclusivamente com os textos romanos. Como aponta Peláez ao examinar a obra de Savigny, “(...) no caso alemão, o Direito popular-orgânico pacientemente gestado na consciência popular, etc., não é outro que... o direito das Pandectas!”²⁶⁰

A relação de Savigny com as fontes romanas é clássica, tal qual sua cultura e seu conceito de ciência, o que permite Wieacker aproximá-lo muito mais do classicismo alemão (do que ao romantismo)²⁶¹. O classicismo liga-se a uma nova sensibilidade, ideal estético formal criado pela burguesia, cujas exigências referem-se, na explicação de Wieacker, à forma interna, à regra e à medida humana²⁶². Identifica-se nesse classicismo a origem da preocupação savignyana ser muito mais próxima de um método coerente e lógico do que com a ideia de evolução histórica nacionalista.

De acordo com Wieacker, dos estudos clássicos difundidos no saber alemão do século XIX decorrem os traços de um humanismo científico. Explica que a Escola Histórica foi atingida por um “segundo humanismo” que informava a ciência do direito romano: decorrente da busca de uma forma intertemporalmente válida da civilização urbana, esse segundo humanismo representou, nas ciências do espírito,

²⁵⁷ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 86

²⁵⁸ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 448 e 423

²⁵⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 438

²⁶⁰ Tradução livre de “(...) en el caso alemán, el Derecho popular-orgánico pacientemente gestado em la conciencia popular, etc., no es outro que... ¡el Derecho de las Pandectas!”. (PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 87)

²⁶¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 414-416

²⁶² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 414-415

uma renovação da própria ciência da antiguidade²⁶³. Esta é a razão pela qual “as suas principais obras características [do ramo romanista da Escola Histórica] não são tanto obras de história, mas antes obras de caráter sistemático-dogmático ou antiquário-filológico ou de ‘história literária.’”²⁶⁴

Tal relação com o direito romano chega a tal valorização que permite desvendar mais uma das contradições do pensamento de Savigny e do próprio historicismo: apesar de se colocarem como opositores ferrenhos do jusnaturalismo, são dele em larga medida herdeiros.

3.1.2 TRAÇOS JUSNATURALISTAS: UMA HERANÇA LATENTE

O material histórico literário por excelência sobre o qual se debruça Savigny é o direito romano. Como adverte Peláez, a um leitor desavisado parece estranho que um direito não nacional ocupe tal centralidade²⁶⁵ – o que, todavia, enquadra-se no que chama de um populismo-nacionalista defendido por razões de conveniência e oportunidade. Ademais, com relação ao conceito de nação, Peláez indica outro possível equívoco: para Savigny, nação não se identifica com a totalidade da população alemã, reflete tão somente a elite intelectual²⁶⁶.

Mais do que central, o direito romano clássico é para Savigny *ratio scripta*²⁶⁷. Aqui reside sua dimensão jusnaturalista: concebe uma realidade jurídica universalmente válida e vinculante, vez que “(...) o Direito romano encarnaria para ele a *vera ius ratio* atemporal, imortal, alheia à erosão do tempo”²⁶⁸. Peláez reputa platônica essa ordem jurídica dada *a priori* a que cabe ao jurista apenas descobrir, na qual os conceitos jurídicos fundamentais seriam arquétipos atemporais²⁶⁹.

²⁶³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 416- 419

²⁶⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 418

²⁶⁵ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 87

²⁶⁶ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 95 e 97

²⁶⁷ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 101

²⁶⁸ Tradução livre de: “(...) el Derecho romano encarnaria para él la *vera iuris ratio* atemporal, inmortal, ajena a la erosión del tiempo” (PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 98-99)

²⁶⁹ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 99

Como explica António Manuel Hespanha, “(...) a pandectística volta a tratar [o direito romano] como um campo fértil de quadros conceituais e dogmáticos aproveitáveis transtemporalmente”²⁷⁰. Congruente, portanto, a busca de Savigny por um direito romano puro. Uma vez dotado desta verdade supra-histórica, há de se buscar as fontes originais, rechaçando as inovações e adaptações produzidas ao longo dos últimos sete séculos – o direito romano clássico é, em conclusão, verdadeiro direito natural historicizado²⁷¹.

Não é esta, porém, a única herança jusnaturalista presente no pensamento de Savigny: também ela reside na sua insistência por uma dimensão ética do direito²⁷². Talvez esteja aqui a chave para a compreensão da teoria deste autor, qual seja a influência exercida nesse tocante pela teoria de Kant.

De acordo com Wieacker, o cerne da escola histórica do direito se concentra na “reconstituição de uma ciência jurídica consciente de seus próprios métodos e sistemática”²⁷³. Por influência de Kant, a preocupação precípua da filosofia idealista alemã girava em torno da construção de uma ciência que fosse sistemática e autônoma, que organizasse o direito positivo em um sistema interno lógico e coerente²⁷⁴.

A contribuição de Savigny é nesse ponto fundamental. Suas perspectivas histórica e sistemática se integram na seguinte maneira: a matéria a ser organizada pela filosofia²⁷⁵ é aquela pré-determinada pela história, isto é, pela tradição dos textos (em especial os romanos). Mais do que um agregado de normas, tal sistema interno deveria manifestar uma coerência espiritual de toda a matéria²⁷⁶.

“Esta ligação metodológica entre matéria e forma corresponde exactamente ao modelo científico apresentado pela renovação das ciências do espírito sob a influência da teoria do conhecimento de Kant. ‘O particular [...] que é conhecido de forma particular no trabalho filosófico, deve ao mesmo tempo ser pensado como um todo no trabalho sistemático... O conteúdo do sistema é a legislação, portanto as normas jurídicas. Para as conhecermos,

²⁷⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 394 (nota de rodapé)

²⁷¹ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 89 e 101

²⁷² PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 101

²⁷³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 419

²⁷⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 419-420

²⁷⁵ Aponta Karl Larenz que Savigny utiliza o termo “filosofia” como sinônimo de “sistema” (LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: FCG, 1989, p. 10)

²⁷⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 421-422

em parte individualmente, em parte o seu conjunto, necessitamos de um meio lógico, a *forma*, i.e., o *tratamento lógico* do conhecimento de todo conteúdo da legislação. [...]. É a isto que se chama correntemente o sistema, em sentido próprio.”²⁷⁷

Como antes visto²⁷⁸, uma vez que o material histórico é submetido a um método rigorosamente formal, princípios gerais podem ser descobertos e a partir deles todas as soluções jurídicas podem ser deduzidas. A cientificidade é garantida pela coerência interna do sistema, ficando afastada qualquer fundamentação de ordem material externa, sendo a justiça garantida pelo próprio método. E isso é decorrência da ética kantiana no sentido de que a ordem jurídica é independente e apenas possibilita a ordem ética através da garantia de liberdade (afastada de qualquer conteúdo axiológico) dos sujeitos de direito.

Retomadas essas noções, possível buscar entender o legado jusnaturalista presente no pensamento de Savigny. Segundo Wieacker, “(...) a Escola Histórica adoptou os axiomas, o sistema e a estrutura conceitual do anterior jusracionalismo na construção da ciência jurídica positiva, sempre estes eram compatíveis com a crítica de Kant”²⁷⁹. Tal crítica se refere ao direito natural acrítico postulado pelo jusnaturalismo, refutando qualquer fundamentação de carácter ético material, típica daquela metafísica²⁸⁰. Entretanto, isto não afasta toda a contribuição metodológica formulada pelo jusnaturalismo à ciência jurídica. A ordenação sistemática do direito positivo, bem como a crença em um saber certo em absoluto²⁸¹ são bases presentes em Savigny.

“Continuou ainda a ser possível, como base na autonomia ética de Kant, uma ética jurídica autónoma de carácter trans-histórico, tal como dominou o conjunto da primeira pandectística no conceito de pessoa jurídica, de direito subjectivo, de autonomia da vontade negocial e da ‘existência autónoma do direito’ como meio de realização da ética em Savigny e em Putcha, Assim, para Savigny, o direito constitui ‘uma fronteira dentro da qual a existência e a acção de cada particular obtém um espaço seguro e livre’ e a ‘regra pela qual esta fronteira e este espaço livre são definidos’. Savigny chega assim a uma relação entre direito e moral que fundamenta eticamente a própria autonomia do direito; o direito serviria na verdade a moral (...)”²⁸²

²⁷⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 422

²⁷⁸ Temática abordada de modo mais específico no item 2.2.2 do presente estudo

²⁷⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 425

²⁸⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 401-402

²⁸¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 403 e 444

²⁸² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 403

A autonomia da ciência do direito positivo, filosoficamente legitimada, só se torna possível através da formalidade ética de Kant, que concebe a ordem jurídica como espaço de compatibilização da liberdade dos indivíduos. Da autonomia moral da pessoa e de sua vontade ética é que se extrai a justiça do direito positivo²⁸³.

Na explicação de Hespánha²⁸⁴, o formalismo kantiano representa um novo ideal de ciência, para a qual a verdade científica é garantida pela coerência interna dos conceitos do próprio sistema. Da lógica formal é que se extrai a justeza material, razão pela qual, “ao direito não compete estabelecer padrões éticos de conduta, mas garantir a liberdade que, justamente, possibilita uma avaliação ética das condutas.”²⁸⁵

Por tudo isso, apesar de frequentemente se colocar em oposição ao jusnaturalismo e especialmente ao iluminismo, Savigny herda muito dessas concepções. Como coloca Wieacker, na verdade a herança jusnaturalista representa a espinha dorsal da renovação científica empreendida²⁸⁶.

3.2 O DIREITO EM SAVIGNY: DIREITO SUBJETIVO DOS SUJEITOS DE DIREITO

Após o longo caminhar empreendido até aqui, finalmente o presente trabalho se permitirá um olhar mais específico sobre o local do sujeito de direito e seus direitos subjetivos no pensamento de Savigny. E pode ter demorado até chegar neste alvo pela preocupação (talvez mesmo assim não satisfeita) em não conectar simplisticamente as diversas etapas e nuances do trajeto histórico moderno da subjetividade.

Bem observa Wieacker que

“As múltiplas influências culturais tiveram que se encontrar numa sintonia verdadeiramente particular para possibilitar a grande civilística do século

²⁸³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 402

²⁸⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 393-396

²⁸⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia...* p. 395-396

²⁸⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...*p. 428

XIX, civilística que, na sua firmeza e coerência metodológicas, ainda hoje, depois do desaparecimento de quase todos os seus pressupostos culturais e sociais, permanece como modelo exemplar de formação dos juristas e informa ainda os restos da cultura jurídica tradicional da nossa época.”²⁸⁷

Observa Rodrigo Xavier Leonardo que nesta civilística reside a origem da reprodução manualística que se faz ainda hoje, após mais de cento e cinquenta anos das originais publicações de Savigny, da equivalência entre as ideias de pessoa, sujeito de direito e capacidade²⁸⁸. Pressuposto de tal identificação é justamente tal pensamento, “(...) que procurou sistematizar o direito privado ao redor da figura do *subiectum iuris* como representação do homem livre, dotado de vontade e titular de autonomia.”²⁸⁹

Esta estrutura, que combina várias das contribuições acerca da formulação da subjetividade moderna, é que pretende investigar o presente ponto.

3.2.1 O DIREITO DO SUJEITO É TRADUZIDO EM DIREITO SUBJETIVO

Como bem sintetiza Peláez, o ponto de partida de Savigny é o direito romano – que como *ratio scripta* é onde a verdade jurídica está inscrita, é o material histórico a partir do qual o sistema pode ser construído e ordenado por meio de categorias e vínculos lógicos²⁹⁰. Não por acaso denomina-se “Sistema de Direito Romano Atual” a obra que representa o tronco maduro de sua teoria.

Na análise de Wieacker, apesar de na introdução da referida obra Savigny defender uma elaboração que unisse as perspectivas sistemática e histórica (leia-se exegético-hermenêutica), acabou em sua execução abandonando o programa histórico em prol da sistematicidade – que é levada a tal prevalência ao determinar

²⁸⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 429

²⁸⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDDIER, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo : Saraiva, 2007 (no prelo). Disponível em: <<http://www.losso.com.br/portal/biblioteca/43.pdf>>. Acesso em 14/08/2012, p. 5

²⁸⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade... p. 3

²⁹⁰ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 106

quais das fontes romanas clássicas lhe seriam úteis²⁹¹. Identifica na obra, entretanto, uma importante contribuição: a de construir uma teoria geral do direito²⁹².

É no “Sistema de Direito Romano Atual” que se encontra, embora sucinta, a significativa definição de direito em Savigny:

“O direito, considerado na vida real, abraçando e penetrando por todos os lados o nosso ser, parece-nos como um poder do indivíduo. Nos limites deste poder, reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos. A tal poder ou faculdade o chamamos *direito*, e alguns, direito em sentido subjetivo.”²⁹³

Poder, indivíduo e vontade: esses são os elementos que se relacionam nessa concepção de direito. Como se procurou demonstrar neste trabalho, são estas noções absolutamente modernas e, como tais, intimamente ligadas à subjetividade que concomitantemente é pensada – não inconstante ser esse direito designado subjetivo. Merece, assim, uma atenção especial essa definição que, para Rodrigo Xavier Leonardo “(...) congrega os postulados da filosofia liberal do contrato social com o individualismo marcante no despertar da modernidade, para, por fim, uni-los no chamado ‘voluntarismo jurídico’.”²⁹⁴

Vale lembrar que a primeira e revolucionária vinculação entre as ideias de direito e poder foi gestada no pensamento de Ockham²⁹⁵, associação esta que é agora levada a seus últimos termos. O individualismo, por sua vez, foi a tônica desse desenrolar histórico que atomiza a sociedade.

Rafael de Sampaio Cavichioli enxerga na inauguração da modernidade jurídica o individualismo radical hobbesiano, segundo o qual “(...) a sociedade é entendida como um conjunto de indivíduos dotados de poderes e ambições idênticas. Todo limite aos poderes do indivíduo encontra-se nos poderes dos

²⁹¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 453

²⁹² Teoria esta que ao mesmo tempo que substitua o jusnaturalismo, constitua uma filosofia do direito positivo. (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 453)

²⁹³ Tradução livre de: “El derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro sér, nos aparece como un poder del individuo. En lós limites de este poder, reina La voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder ó facultad lo llamamos nosotros *derecho*, y algunos, derecho en sentido subjetivo” (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del Derecho romano actual*. Madrid: F. Góngora y compañía, editores, 1879. Tomo I. p. 25)

²⁹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade... p. 3-4

²⁹⁵ Vide item 1.1.2 do presente estudo, que tratou com maior atenção a contribuição de Guilherme de Ockham.

demais”²⁹⁶. Como antes visto, o pensamento de Hobbes, que se estrutura a partir da noção de direito subjetivo – que no estado de natureza representa a liberdade ilimitada do sujeito e que, com a criação do Estado nele encontra instrumento de compatibilização com os direitos dos demais sujeitos de modo a efetivar os direitos subjetivos de cada um – está inserido no plano teórico da modernidade, isto é, do pensamento jurídico. Apenas em um momento posterior tal faceta da modernidade é implementada nas estruturas sociais. Para Cavichioli, tal representação filosófica é positivada historicamente no campo político pela Revolução Francesa, passando na sequência ao direito em geral através da linguagem dos direitos subjetivos²⁹⁷. Diz ele que

“Se a semântica dessa linguagem esta quase totalmente expressada na fórmula jusracionalista da liberdade hobbesiana (a relação entre lei e direito subjetivo), a sua sintaxe repousa nos Pandectistas Alemães (a expansão dos direitos subjetivos para além das relações políticas e para todo o tipo de relação humana)”²⁹⁸

Segue Cavichioli identificando, como elo entre Revolução Francesa e Pandectismo, a filosofia de Kant²⁹⁹. Como já aduzido, a ética kantiana é o fundamento do direito em Savigny, bem como e, por conseguinte, da Pandectística. Nas palavras de Wieacker

“(...) a ‘existência autónoma’ do direito que não deve forçar a eticidade autónoma da pessoa, mas antes a deve possibilitar; o direito subjetivo como espaço de liberdade que possa coexistir com a liberdade dos outros; o negócio jurídico e a vontade negocial como espaço de acção da personalidade autónoma.”³⁰⁰

É tal entendimento que permite Tércio Sampaio Ferraz Júnior falar, ao tratar desta concepção jurídica baseada em Kant, que em sua estática o direito privado

²⁹⁶ CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. *Crítica do sujeito de direito: da filosofia humanista á dogmática contemporânea*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006, p. 121

²⁹⁷ CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. *Crítica do sujeito de direito...* p. 122

²⁹⁸ CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. *Crítica do sujeito de direito...* p. 122-123

²⁹⁹ CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. *Crítica do sujeito de direito...* p. 123

³⁰⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 453

corresponde ao sistema de direitos subjetivos, enquanto que em sua dinâmica se ocupa da modificação de tais direitos pela ação humana³⁰¹.

Todos esses elementos da ética kantiana³⁰² repercutem e são traduzidos de maneira muito clara pela definição de Savigny acima apresentada.

“Observe-se que Savigny, adotando os pressupostos da filosofia kantiana quanto ao império da vontade humana, transpõe a estrutura dos direitos do homem da Revolução Francesa para uma linguagem técnico-sistemática fundada sobre o conceito de relação jurídica, de relação de direito. Essa transposição oferta espaço para sustentar a lógica dos direitos do homem não apenas no campo da Política (cidadão e Estado), mas em todas as relações sociais, juridicizando e despolitizando, definitivamente, o conceito de liberdade”³⁰³

Também repercute a influência kantiana em outro dos elementos que permitem a Savigny definir o direito subjetivo: a vontade. Como explica Hespanha, “Kant realçou, de facto, a autonomia da vontade e o seu papel criador de valores universais, ao mesmo tempo que fez da vontade (ou liberdade) o esteio da personalidade moral.”³⁰⁴ Definir o direito (subjetivo) como o que garante os poderes da vontade coaduna com a necessidade de coexistência entre os diversos sujeitos de direito. Voluntarismo e individualismo correlacionam-se nessa nova concepção do direito privado³⁰⁵. Explica Hespanha que a pandectística é

“Individualista, na medida em que os seus dogmas (princípio da existência e primado dos direitos subjectivos, da autonomia da vontade, da ilimitação da propriedade, etc.) decorrem logicamente do princípio – retomado do jusracionalismo individualista – de que a sociedade resulta de uma combinatória de actos de vontade de indivíduos livres e titulares de um direito originário a essa liberdade (*direitos do indivíduo e do cidadão*, na esfera do direito público; *direitos subjectivos*, sobretudo na esfera do direito privado)”³⁰⁶

Pela relação jurídica, retome-se, é que o direito subjetivo ganha todos os terrenos, que se expande definitivamente o livre domínio da vontade do sujeito. A

³⁰¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 27

³⁰² Cujá máxima é dada pelo seguinte trecho “(... age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal...)” (KANT, Emmanuel. *Apud* CAVICHOLI, Rafael de Sampaio. *Crítica do sujeito de direito...* p. 123)

³⁰³ CAVICHOLI, Rafael de Sampaio. *Crítica do sujeito de direito...* p. 126-127

³⁰⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 309 (nota de rodapé)

³⁰⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 309

³⁰⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia...* p. 396

norma jurídica que disciplina esse espaço da vontade livre do indivíduo é o que Savigny designa relação jurídica³⁰⁷.

Para Savigny³⁰⁸, todo vínculo de direito repousa em uma relação pessoal, razão pela qual se propõe investigar a natureza dessas pessoas, cujas relações recíprocas geram aquele laço. Para tanto, questiona-se quem poderia figurar como sujeito desta relação jurídica, a quem seria possível possuir direitos e exercê-los, isto é, quem deteria a capacidade jurídica. E nesta esteira, algumas linhas depois, aduz:

“Todo direito é a sanção da liberdade moral inerente ao ser racional, e por isso a ideia de pessoa ou sujeito de direito se confunde com a ideia de homem, podendo-se formular a identidade primitiva de ambas as ideias em seus termos: Todo indivíduo, e só o indivíduo, tem capacidade de direito.”³⁰⁹

Acerta Rodrigo Xavier Leonardo ao concluir que “a equivalência entre pessoa, sujeito de direito e capacidade apresenta-se em Savigny como uma decorrência lógica de sua própria noção de direito”³¹⁰.

Por tudo isso observa-se que no conceito de direito de Savigny restam consolidado o sujeito de direito totalmente livre a exercer sua vontade. É para este sujeito que o direito é pensado e inclusive, em seus termos definido.

3.2.2 SUJEITO: A ORIENTAÇÃO DO SISTEMA

Sendo apontada como maior virtude do pensamento de Savigny a sua sistematicidade, a sua contribuição para a construção de um sistema lógico, coerente, fechado e pleno, o que agora se buscará visualizar é de que modo aquele

³⁰⁷ CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. *Crítica do sujeito de direito...* p. 125

³⁰⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del Derecho romano actual...* p. 72

³⁰⁹ Tradução livre de: “Todo derecho es la sancion de La libertad moral inherente al ser racional [...], y por esto la ideia de persona ó sujeto de derecho se confunde com la ideia de hombre, pudiéndose formular La indentidad primitiva de ambas ideias em estos términos: Todo individuo, y solo el individuo, tiene capacidad de derecho.” (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del Derecho romano actual...* p. 272-273)

³¹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Sujeito de direito e capacidade...* p. 4

sujeito tipicamente moderno e seu correspondente direito subjetivo se encaixa nos quadros conceituais.

Como visto, o sujeito é a base e o porquê do direito, este serve para garantir o livre desenvolver de sua personalidade, a liberdade do exercício de sua vontade. De acordo com Peláez, por meio da noção de liberdade jurídica é que Savigny tece os conceitos fundamentais de seu sistema³¹¹. Considera o autor reveladora nesse sentido a definição de relação jurídica enquanto “relação entre duas pessoas, regulada por uma norma jurídica”, vez que por ela fica possível estabelecer o objeto sobre o qual recai a vontade humana individual, em que zona ela é exercida soberanamente³¹².

Dois grandes âmbitos são nesse sentido identificados: o próprio sujeito de quem emana a vontade e o mundo exterior. Quanto à disponibilidade sobre a própria pessoa, assinala Peláez³¹³ que Savigny rejeita a ideia de que por este poder o sujeito poderia dispor livremente de seu corpo, visto que tal posição legitimaria o suicídio. Tal poder jurídico sobre si próprio seria, porém, o que legitima todos os demais direitos, que são entendidos como prolongamento dos poderes do sujeito.

Já o segundo âmbito – o mundo exterior – divide-se em outros dois grupos: a natureza inanimada e as outras pessoas. Quanto ao primeiro, aponta Cavichioli que “para Savigny, a natureza exterior não pode ser apropriada em sua totalidade, mas apenas em uma parte determinada, chamada *coisa*. Daí, originam-se os direitos sobre as coisas, cuja forma pura é a propriedade”³¹⁴. No que diz respeito à relação com as demais pessoas, decorrem também duas possibilidades: a primeira, impensável na sociedade atual, sujeita absolutamente o outro, reduzindo-o à condição de coisa; a segunda, que não aniquila a liberdade do outro, é a matéria de que se ocupam as obrigações³¹⁵.

E para fechar a grande divisão sistemática do direito civil, observa Savigny que enquanto no direito das coisas e no das obrigações o sujeito é tomado como “totalidade autossuficiente”, há dimensões em que é tratado como ser que precisa de complemento: é a tutela do casamento e da proteção dos menores, de que se

³¹¹ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 103

³¹² PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 103-104

³¹³ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 103-104

³¹⁴ CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. *Crítica do sujeito de direito...* p. 125

³¹⁵ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 104-105

ocupa o direito de família e; a necessidade de divisão de bens quando acaba a vida do sujeito, de que se ocupa o direito das sucessões³¹⁶.

Peláez identifica nessa dedução *a priori* de categorias jurídicas “(...) um novo tipo de continuidade com a tradição jusnaturalista anterior: refiro-me à ideia de *sistema* e ao método de *construção* dos conceitos jurídicos fundamentais.”³¹⁷

Em Savigny, os conceitos jurídicos fundamentais se concatenam a partir de três elementos para formar um sistema lógico, coerente e sem lacunas: as normas, as relações e as instituições jurídicas. Sobre sua relação, Peláez coloca que

“Com efeito, entre os três elementos antes citados se dá uma relação hierárquica, em que se ascende do particular ao geral: a resolução dos eventuais conflitos entre as faculdades ou direitos subjetivos que integram uma relação jurídica só é possível mediante à remissão a uma norma geral ou objetiva, e por sua vez, tanto as relações jurídicas quanto as ‘normas gerais’ são submetidas – ou se encontram sob a influência de – alguma instituição jurídica.”³¹⁸

Instituição jurídica, assim, parece ser a figura fundamental, é o que dá unidade formal ao sistema. Importante ressaltar que Savigny confere aos institutos jurídicos uma natureza orgânica, vez que são extraídas das relações da vida (de sua organização como ordem jurídica vinculante)³¹⁹. É desse nexo orgânico que são abstraídas as regras jurídicas, não o contrário. Sobre tal organicidade esclarece Peláez o seguinte:

“Savigny insiste que a coerência que caracteriza o sistema jurídico não é contingente ou extrínseca [...], senão consubstancial ao próprio sistema: se trata de uma coerência ‘orgânica’ [...], intrínseca ao próprio Direito, e que encontra seu fundamento último na conexão das instituições jurídicas com a natureza humana (nova concessão ao jusnaturalismo).”³²⁰

³¹⁶ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 105

³¹⁷ Tradução livre de “(...) un nuevo tipo de continuidad respecto a la tradición iusnaturalista anterior: me refiro a la idea de *sistema* y al método de *construcción* de los conceptos jurídicos fundamentales.” (PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 105)

³¹⁸ PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 107

³¹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito...* p. 12-13

³²⁰ Tradução livre de: “Savigny insiste en que la coherencia que caracteriza al sistema jurídico no es contingente o extrínseca [...], sino consustancial al propio sistema: se trata de una coherencia ‘orgánica’ [...], intrínseca al propio Derecho, y que encuentra su fundamento último em la conexión de las instituciones jurídicas con la naturaleza humana (nueva concesión al iusnaturalismo)” (PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 107)

Ao estudar as instituições, Savigny identificou entre elas certa analogia estrutural, aspectos que se apresentam de modo semelhante em todas elas, quais sejam: “(...) a natureza dos sujeitos de direito, a capacidade jurídica deles, a constituição e a extinção [...] das relações jurídicas, a proteção dos direitos (subjetivos) frente à lesão dos mesmos, as modificações dos direitos (subjetivos)...”³²¹. Deste modo, identificam-se supraconceitos, que servem como ferramentas explicativas de todo o direito.

Assim, forma-se em Savigny todo “(...) um aparato conceitual abstrato, integrado por categorias gerais, aplicáveis indistintamente a todas as instituições”³²². Consequentemente, como bem explica Rebeca Fernandes Dias:

“Assim a realidade histórica é inserida numa construção conceitual: o homem vira sujeito de direito, sua liberdade de agir segundo o direito, direito subjetivo, suas relações intersubjetivas se tornam relações jurídicas... e o jurista torna-se não mais um leitor da realidade social, mas o cumpridor de uma tarefa lógico dedutiva, subsumindo o fato à norma.”³²³

Cabe ao jurista, através da atividade científica, extrair da realidade tais conceitos. Por gozarem de uma existência real³²⁴, a todo o encadeamento lógico decorrente é garantida a justiça material. Uma vez traduzidos em conceitos ou princípios gerais, as instituições são abstraídas da realidade social de que advêm, passando a constituir um sistema lógico, formal, coerente e completo. O processo passa a ser geométrico:

“De fato, em cada triângulo há certos dados conhecidos, de cuja combinação se inferem necessariamente os outros: por exemplo, mediante a combinação dos dois lados e do ângulo compreendido neles está o dado do triângulo. Da mesma forma, cada parte de nosso direito tem fragmentos tais que deles se derivam os demais: podemos chamá-los de princípios reitores. Induzi-los e, deles partindo, descobrir a coerência interna e a afinidade que apresentam todos os conceitos e preceitos jurídicos é uma

³²¹ Tradução livre de: “(...) la naturaleza de los sujetos de derechos, la capacidad jurídica de éstos, la consitución y extinción [...] das relaciones jurídicas, la protección de los derechos (subjetivos) frente a lesiones jurídicas de los mismos, las modificaciones de los derechos (subjetivos)” (PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 108)

³²² Tradução livre de: “(...) un aparato conceptual ‘abstracto’, integrado por categorías generales, aplicables indistintamente a todas las instituciones” (PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Savigny y el historicismo...* p. 108)

³²³ DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...* p. 110

³²⁴ Como se justifica materialmente toda esta construção conceitual é questão abordada com mais vagar no item 2.2.2 do presente estudo

das tarefas mais difíceis de nossa ciência e é o que dá um caráter propriamente científico a nosso trabalho.”³²⁵

Assim, a relação das instituições e relações jurídicas com a realidade social subjacente se mostra, como bem observa Wieacker, de certo modo contraditória: ao mesmo tempo que se pretendem origem orgânica das relações humanas fundamentais, servem como metodologia abstrata que permite a indução de um complexo sistema³²⁶. Servem, portanto à abstração e formalização do sistema, afastando por completo a historicidade e referibilidade social que retoricamente se utilizam. Para Wieacker: “o seu ‘caráter orgânico’ não significa a coerência real e o caráter ordenado das relações sociais, mas um postulado jurídico-teorético, ou seja, o caráter complexo e produtivo do pensamento conceitual da ciência jurídica.”³²⁷

Por todos esses elementos, comprova-se a sobreposição da perspectiva sistemática sobre a pretensa historicidade do pensamento de Savigny. A construção de sua ciência jurídica de modo sofisticada e metodologicamente rigorosa, como em outro momento já se indicou, reflete uma exigência de seu tempo, isto é, a consolidação de um direito adequado à sociedade burguesa.

Como explica Wieacker, para restringir o poder político da ordem jurídica civil, vinculou-se o juiz a uma gama de princípios científicos minuciosamente construídos³²⁸. Para ele, fica muito claro que

“(...) o positivismo científico encontra-se numa sintonia inconsciente com as exigências políticas e econômicas da época liberal. Os conceitos fundamentais da autonomia privada, do direito subjectivo, da propriedade e a exigência, recolhida da teoria do direito de Kant, vinham mais directamente do que os próprios positivistas pensaram, ao encontro dos interesses particulares da classe de empresários.”³²⁹

A construção de um sistema conceitual geral e abstrato empreendida, como observado, encontra em Savigny uma vigorosa contribuição. Em seu pensamento é possível vislumbrar, por vezes de modo contraditório, por vezes em sintonia, as

³²⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência. Tradução de José Reinaldo de Lima Lopes, disponível em LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de história do direito...* p. 231-232

³²⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 454

³²⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 454

³²⁸ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 502

³²⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 505

variadas nuances modernas. Estas, pela então preocupação com a cientificidade (também típica do século XIX), são logicamente encadeadas e têm, assim como não poderia deixar de ser, o sujeito (enfaticamente, o direito subjetivo do sujeito de direito) como origem, razão e sentido do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não ignora o presente trabalho o contexto de crise que envolve a temática do sujeito. Fala-se em crise do sujeito, que erigido na modernidade como universal, individual, autônomo e abstrato, ao mesmo tempo em que denota um viés emancipatório, mostra sua face de regulação e opressão³³⁰. O projeto iluminista já nasce equilibrando essas virtualidades contraditórias.

A afirmação da subjetividade moderna produziu sujeições históricas concretas³³¹. O homem que passa a ser pensado por meio de arquétipos abstratos, transcendentais e trans-históricos, definido categorialmente como sujeito de direito, acaba se descarnalizando de tal modo a se operar um completo estranhamento entre direito e vida³³². Um direito que promete igualdade e liberdade acaba excluindo de seu seio uma gama muito variada de homens concretos. Outrossim, a complexidade das novas relações e dos avanços científicos têm gerado situações que a rígida formulação jurídica não dá conta de solucionar.

Escapa do objeto do presente estudo essa complexa tematização da crise do sujeito, cuja crítica tem sido feita de variadas e profundas maneiras. Acima se apontou apenas algumas das problemáticas trazidas e referidas pela bibliografia que orienta este trabalho. Contudo, a consciência desse panorama de discussão contribuiu para a formulação da seguinte indagação: que sujeito é esse, que sustenta todo o direito moderno e cuja estrutura, apesar de se propor tão emancipatória, também gera tanta injustiça e exclusão?

Fala Paolo Grossi que vivemos em um tempo de transição entre a modernidade e uma pós-modernidade de contornos ainda indecifráveis³³³. Tempo

³³⁰ A dualidade emancipação *versus* regulação do projeto moderno é trazida por Boaventura de Souza Santos, conforme explica Ricardo Marcelo Fonseca. (FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna...* no prelo).

³³¹ LUDWIG, Celso Luiz. Prefácio. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho...* p. 20).

³³² Sobre a temática vide DIAS, Rebeca Fernandes. *Pensamento jurídico moderno...*

³³³ GROSSI, Paolo. *Lectio Doctoralis*. Proferida em 30 de agosto de 2011 na Universidade Federal do Paraná, p. 27-29

em que “tudo foi colocado em discussão”, coloca o jurista em um saudável cenário de dúvidas, incertezas e inquietações.

Não obstante toda essa conjuntura, não é incomum que no meio jurídico a crítica não seja levada a sério. Afinal, não é tarefa simples, uma vez que toda a estrutura jurídica vigente foi fundamentalmente pensada na modernidade e é cômoda a sua manutenção.

A conjunção de todos esses fatores levou o presente trabalho a procurar entender que sujeito é esse que orienta o direito, como e com que moldura foi pensado, para talvez possibilitar a outras empreitadas uma melhor compreensão daquilo que hoje se coloca em crise.

A primeira conclusão a que se pode chegar condiz com a premissa que desde logo se colocou sobre a inexistência de uma essencialidade intrínseca de qualquer categoria: o sujeito, definitivamente, não é categoria necessária. Tanto não o é, que representa ideia ininteligível nas estruturas de pensamento da Idade Média, cujo fundamento era o cosmos divino. O direito, portanto, partia da coisa, cabendo ao indivíduo uma existência vinculada à totalidade que integrava. O retrato, então, é de uma sociedade estratificada, hierarquizada, que confere a cada parte que a compõe uma diferente funcionalidade. Apenas no século XIV, em que a movimentação histórico-social traz um contexto de mudanças e crise, é que se começa a querer projetar o direito ao indivíduo.

E isso se dá de forma lenta, gradual, não linear. Inúmeros condicionamentos e diferentes vínculos vão sendo, pouco a pouco, desfeitos até que seja possível conceber uma individualidade isolada. A subjetividade é produção histórica correlacionada à temporalidade moderna que de maneira complexa vai sendo moldada. Por meio de uma corrente individualista esse objetivo vai sendo possibilitado, encontrando como primeiro e revolucionário elo a teorização de Guilherme de Ockham, passando pelo jusracionalismo, que definitivamente inaugura um novo paradigma cujo centro de justificação é a “natureza humana” do sujeito e culminando no iluminismo, que solidifica toda essa nova configuração de pensamento em um projeto otimista, que, por sua vez, é implementado pelas revoluções burguesas.

O sujeito abstrato, norteado pela igualdade jurídica, livre a exercer sua vontade é exigência da sociedade burguesa que então se firma. E ela é

extremamente eficiente em produzir o que na terminologia grossiana se traduz em mitologias jurídicas. Para sustentar essa nova realidade social e refutar por completo o Antigo Regime, nelas foram encontradas categorias absolutas capazes de legitimá-la. Culmina esse processo histórico no enclausuramento do direito em uma rígida estrutura: o Código. E esse direito é fruto exclusivo do Estado (que é a forma macro do sujeito, é também pensado enquanto pessoa). Um direito único, codificado, legalista, estatal garante a proclamada segurança jurídica necessária nesses tempos de consolidação de um projeto político.

E todo esse processo de redução encontra na transformação da atividade do jurista outro mecanismo de confirmação. Toda a sua antiga capacidade interpretativa criativa é suplantada, sendo em seu lugar implementada uma atividade mecânica e técnica, seja pela exegese do texto codificado, seja dedução lógica de um sistema formal, fechado e completo.

No tocante a essa postura científica e sistematizadora o pensamento de Savigny exerce papel único. Fundador e expoente do historicismo, é quem lança as bases da pandectística e permite aos seguintes teóricos completar a pretensão de um sistema conceitual plenamente autorreferencial. Savigny, inserido em um contexto que reúne diversas influências, acaba por conglobar em sua sistematização todos os mais importantes postulados modernos.

Observou-se que define o direito em termos de direito subjetivo. Pois bem. Contaminado pela ética kantiana, Savigny se utiliza da cisão entre as esferas do direito e da moral. Aquele, ao se ocupar das formas, possibilita a realização dos conteúdos materiais cuja competência pertence a esta. Como visto, Kant foi quem formalizou a subjetividade jurídica moderna. Utilizando-se de seus pressupostos, Savigny define o direito como espaço de exercício da vontade livre do sujeito. O direito é um poder do indivíduo – vinculação essa que encontra seus primeiros traços em Ockham.

Compatibilizando as contribuições jusnaturalistas com a ética de Kant, extrai ainda uma a organização metódica que permite a construção de um sistema lógico e coerente que encontra seu fundamento em supraconceitos de valor imanente. Por existir uma fundamentação real de onde são deduzidos os princípios norteadores do sistema se legitima a justiça material que se confere a partir de sucessivas subsunções formais. Uma vez deduzidos esses princípios, destaca-se o sistema de

sua referibilidade empírica para se tornar um conjunto conceitual completamente abstrato. É também o que fundamenta a neutralidade do jurista, a quem cabe apenas realizar tal operação quase que matemática.

Outro aspecto sobrevalorado pelo jusnaturalismo também se encontra presente: o voluntarismo. O direito é impulsionado pela vontade do sujeito, e o sujeito se identifica com todo e qualquer homem, visto que todos precisam manifestar sua vontade, estabelecendo relações negociais e fazendo circular a propriedade e a força de trabalho, fundamentais ao modo de produção capitalista.

Consagra, destarte, um direito pensado a partir da razão do sujeito, formulado por ele e que permita o livre desenvolvimento de seus atributos racionais. A subjetividade é o pilar e o referencial da modernidade, e, por consequência, do direito nela formulado. E tal subjetividade coaduna com interesses de uma classe que se firma, o que permite explicar o porquê de apesar de propugnar ideais emancipatórios – de liberdade e de igualdade –, acabar por manter as desigualdades que dão base ao sistema.

O que assim se verifica é a profunda historicidade do conceito de direito subjetivo em Savigny, que parece se apresentar de forma tão simples. Na verdade, congrega uma gama de pressupostos lentamente lapidados – a vinculação entre direito e poder, o voluntarismo como opção axiológica, a ética kantiana, a elaboração de um saber certo que já preocupava Descartes e Grócio. O individualismo, como aponta Villey, é o que sustenta as teses modernas – especialmente a possibilidade de estruturação do direito em torno do direito subjetivo. Outrossim, a identificação entre sujeito de direito e pessoa depende de toda uma construção jusnaturalista que tem por fundamento a “natureza humana”, que coloca o homem como centro de toda e qualquer justificação. E por todos esses fatores Savigny dá um passo adiante: através da concatenação sistemática abstrata e formal transpõe para além do plano político a liberdade humana, ela passa a contaminar e estruturar efetivamente todas as relações sociais, afinal, o direito subjetivo é definido enquanto espaço dessa liberdade para o que sujeito de direito possa manifestar sua vontade e desenvolver sua personalidade.

E todos esses esforços históricos, que decididamente ajustaram rigorosamente toda a configuração jurídica à ideia de sujeito, permitem dizer que a modernidade é, sem dúvidas, tempo de um direito do sujeito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 2006.

CAVICHIOLO, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito: da filosofia humanista á dogmática contemporânea.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006.

COSTA, Pietro. **Iurisdiction: semantica del potere político nella pubblicistica medieval.** 2^a. Ed. Milano, Giuffrè, 2002.

_____. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico.** Curitiba: Juruá, 2010.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento jurídico moderno e seus desencontros com a biotecnologia.** Curitiba: Ed. UFPR, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A formação da subjetividade jurídica moderna: notas sobre a constituição de nosso direito.** No prelo.

_____. **Introdução teórica à história do direito.** Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica.** São Paulo: LTr, 2002.

_____. (Org.) **Crítica da modernidade: diálogos com o Direito.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade: e outros ensaios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Lectio Doctoralis**. Proferida em 30 de agosto de 2011 na Universidade Federal do Paraná.

_____. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. rev. ampl. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo et al. **História do Direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba, PR: Juruá, 2008.

_____. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: FCG, 1989.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDDIER, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo : Saraiva, 2007 (no prelo). Disponível em <<http://www.losso.com.br/portal/biblioteca/43.pdf>> Acesso em 14/08/2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de história do direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Getulio Vargas: Método, 2009.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

MONTOYA, Daniel Kruger; GUANDALINI JR, Walter. **O sujeito de direito e o novo código civil – desonra ou harpias?** Disponível em <<http://www.historiadodireito.com.br/textos.php>>. Acesso em 14/08/2012.

PELÁEZ, Francisco J. Contreras. **Savigny y el historicismo jurídico**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del Derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora y compañía, editores, 1879. Tomo I.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. A escola da exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do direito. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (Orgs.). **Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas**. Pelotas, RS: Delfos, 2008.

_____. Algumas precauções metodológicas para o estudo do direito civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord). **Arte jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009.

VALLEJO, Jesus. **Ruda Equidad, ley consumada: concepcion de la potestad normativa**. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1992.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Filosofia do direito: definições e fins do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ANEXO



“Napoléon I couronné par le temps, écrit le Code civil” (óleo sobre tela de Jean-Baptiste Mauzaisse)