
EMPRESA E PROPRIEDADE
FUNÇÃO SOCIAL E ABUSO DE
PODER ECONÔMICO

QUARTIER LATIN

2. O FORMALISMO E O CARÁTER ABSOLUTO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

2.1. A FORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL E O AFASTAMENTO DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DOS DEMAIS DIREITOS SUBJETIVOS DO SEU ASPECTO ÉTICO E MORAL

Como se viu anteriormente, significativa parte da construção filosófica que fundamentou a formação e a consolidação do Estado liberal de direito não era insensível ao aspecto material da liberdade⁵⁰ nem a discussões a respeito da sua legitimidade e da compatibilidade do seu exercício individual com os direitos dos demais membros da sociedade.

Mas a implantação do Estado de direito mostrou, na prática, a grande diferença existente entre os ideais racionalmente construídos e a operacionalização dos mesmos, etapa para a qual concorriam diversos outros fatores, tais como as relações políticas e econômicas.

O reconhecimento definitivo de que o fundamento do poder político era o homem, e não mais a religião, passou a suscitar novas e delicadas questões para a política e o direito. Dessa maneira, o Estado liberal já começou com o grande desafio, que se prolonga até hoje, de ter que atuar sem poder recorrer a nenhuma base ética religiosa ou tradicional.

É certo que havia, como foi demonstrado no capítulo anterior, uma forte preocupação ética e moral na obra de pensadores liberais que influenciaram a formação do Estado de direito, como é o caso de Locke e Kant. No entanto, essa base ética e moral acabou sendo absorvida exclusivamente na parte em que considerava ser o reconhecimento formal das liberdades suficiente para assegurar o efetivo exercício das mesmas por parte de todos os membros da comunidade⁵¹.

⁵⁰ Eis porque BOBBIO (2000, p. 27) afirma que o *liberalismo surge com uma forte carga ética*.

⁵¹ BERLIN (2002, p. 274) bem expõe o excessivo racionalismo e otimismo do Iluminismo: *Ainda se acreditava que métodos semelhantes aos da física de Newton, que tinham alcançado tantos triunfos no reino da natureza inanimada, eram passíveis de serem aplicados com igual sucesso aos campos da ética, da política e das relações humanas em geral, nos quais pouco progresso fora feito, com o corolário de que, uma vez eliminado, esse passo eliminaria os sistemas legais e as políticas econômicas irracionais e opressivas, e sua substituição pelo domínio da razão salvaria os homens da injustiça e da desigualdade política e moral, colocaria todos no caminho da sabedoria, justiça e virtude. DEWEY (1970, p. 41), por sua vez, destacava como o racionalismo iluminista impregnou a primeira fase do liberalismo: *Mas a ignorância do sentido histórico tomou a sua vingança. Cegou os liberais para o fato de que suas próprias interpretações de liberdade, individualidade e inteligência eram historicamente condicionadas e relevantes apenas para seu próprio tempo. Lançavam suas idéias como verdades imutáveis, válidas para todos os tempos e lugares; não tinham nenhuma idéia da relatividade histórica, fosse em geral, fosse em relação a eles próprios. Por fim, destacava-se a opinião de ENTERRIA (2001, p. 23), segundo o qual o clima que impregnava a Revolução Francesa era o de que se estaria inaugurando uma nova fase na história da humanidade, motivo pelo qual se acreditava que tudo seria possível por um simples ato de vontade.**

O Iluminismo potencializara o racionalismo e o individualismo do jusnaturalismo⁵². Apesar de a premissa de um ser humano completamente livre ser artificial⁵³, a excessiva racionalidade possibilitava a crença em uma ordem social espontânea⁵⁴.

Acrease que outra das grandes preocupações da época era limitar ao máximo o poder do Estado, o qual era visto com muita desconfiança, sempre associado à opressão dos indivíduos. Como lembra BONAVIDES (1961, p. 2), *o poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional, como o maior inimigo da liberdade*. Assim, o caminho mais previsível para a formação do Estado de direito era por meio do enaltecimento das liberdades individuais e da redução do Estado ao mínimo suficiente para assegurar tais liberdades⁵⁵.

A idéia de que o mundo poderia ser modificado com base em modelos racionais e ideais, apesar da ligação tênue com a realidade histórica e social, era prevalente na época⁵⁶, com poucas exceções, tais como Rousseau. Para este último, o projeto iluminista não dependia apenas da racionalidade externa tão valorizada, mas também de uma transformação social completa, que não poderia partir senão da própria interioridade do homem⁵⁷. No entanto, apesar de tão

52 De acordo com José Afonso da SILVA (1997, p. 173), ao lado do cristianismo e do jusnaturalismo, encontra-se, dentro das correntes filosóficas que inspiraram a Revolução Francesa, o Pensamento Iluminista, com suas idéias sobre a ordem natural, sua exaltação às liberdades inglesas e sua crença nos valores individuais do homem acima dos valores sociais, firmando o individualismo que exalta dessas primeiras declarações dos direitos do homem.

53 Vale destacar, a respeito, a seguinte lição de BAUMAN (1989, p. 17): No entanto, histórica e antropológicamente, as investigações continuam a fornecer provas de que este nosso indivíduo livre “natural” é uma espécie bastante rara e um fenômeno local. Foi necessário um encadeamento de circunstâncias muito especial para o criar, e é somente enquanto essas circunstâncias persistirem que ele pode sobreviver. O indivíduo livre, longe de ser uma condição universal da humanidade, é uma criação histórica e social.

54 Tal concepção de harmonia natural era característica do liberalismo ético, como se observa da seguinte lição de BERLIN (2002, pp. 232-233): Alguns filósofos com uma visão otimista da natureza humana e uma crença na possibilidade de harmonizar os interesses humanos – filósofos como Locke, Adam Smith ou, em alguns estados de espírito, Mill – acreditavam que a harmonia e o progresso sociais eram compatíveis com a possibilidade de reservar uma grande área para a vida privada, que nem ao Estado nem a qualquer outra autoridade seria permitido invadir.

55 Essa preocupação com as consequências negativas que poderiam decorrer de um aumento do poder estatal são claramente perceptíveis até mesmo no liberalismo da metade do século XIX, em um contexto de já superação do Absolutismo. Como exemplo, vale lembrar a obra de MILL (2000), que tais poderes poderiam ser mal utilizados para a opressão dos indivíduos.

56 Vale destacar o seguinte trecho, em que REALE (1998, p. 46) sintetiza o pensamento jurídico predominantemente na época da Revolução Francesa: Posto o homem natural no centro do Direito e do Estado, a fantasia trabalhou em nome da razão e uma multiplicidade impressionante de sistemas jurídicos se arquitetaram cada qual mais abstrato, cada qual levando mais adiante a pretensão de traçar, sem recurso à realidade social e histórica, verdadeiros códigos hermenêuticos de leis naturais válidas para todos os tempos e lugares.

57 REALE e ANTISERI (1990, v. II, p. 767-768) abordam esse traço do pensamento de Rousseau, mostrando que, embora racionalista e jusnaturalista, Rousseau era contrário à grande parte dos racionalistas e jusnaturalistas, por já considerarem encaminhado o itinerário da libertação. Para Rousseau, a

festejado como artífice da Revolução, a obra de Rousseau acabou sendo negligenciada em vários de seus aspectos, inclusive neste.

Com efeito, o simples reconhecimento das liberdades formais apenas poderia levar à harmonia social se, pelo menos, as pessoas pudessem partir de condições próximas. Como diz BERLIN (2002, p. 231), *oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra a intervenção do Estado a homens seminus, analfabetos, subnutridos e doentes é zombar de sua condição: eles precisam de ajuda médica ou educacional antes de poderem compreender ou aproveitar um aumento em sua liberdade*.

A fragilidade desse racionalismo exacerbado não passou despercebida nem mesmo na época da Revolução Francesa. BURKE (1982) advertiu, em sua famosa obra de 1790, que de nada adiantara que o movimento fosse inspirado em ideais libertários, quando o que se verificava na França, um ano após a revolução, era a manutenção das classes oprimidas, enquanto a aristocracia tradicional era substituída por uma aristocracia do dinheiro⁵⁸.

Fazendo um ataque feroz à sociedade francesa pós-revolucionária, Burke mostrou que o reconhecimento ideal da liberdade não estava trazendo nenhuma modificação substancial para a grande maioria das pessoas, pois muitas continuavam submetidas à servidão⁵⁹. O descompasso entre os ideais revolucionários e a prática real do Estado liberal de direito era evidente, sendo particularmente sentido no sistema eleitoral, em que os eleitores precisavam atender a determinadas condições pecuniárias para votar⁶⁰.

58 sociedade ainda estava no prolongamento de uma história de decadência e superstição, motivo pelo qual o único caminho da salvação possível seria a reconstrução da vida social, a fim de bloquear o mal e favorecer o bem. Assim, à racionalidade iluminista, que era toda exteriorizada, Rousseau opôs uma racionalidade interiorizada. Rousseau não era contra a razão e nem contra a cultura, mas era contra modelos de razão e produtos culturais que ignoravam a interioridade do homem, pois só a partir desta poderia haver uma mudança radical na sociedade e na cultura.

59 A obra de BURKE (1982) não pode ser vista como exemplo da tendência socializadora dos direitos individuais. Trata-se, na verdade, de um manifesto conservador e contra-revolucionário, de uma crítica da aristocracia contra a burguesia, favorável ao *status quo*, à luta de classes – considerada por Burke como instrumento de harmonia social –, à proteção da propriedade privada e à desigualdade daí decorrente. No entanto, as idéias de Burke questionavam as bases do liberalismo que estava se instalando na França, atacando o racionalismo exagerado, segundo o qual seria possível construir um novo governo e um novo estado com base em princípios ideais e não com base na evolução histórica e social.

60 O seguinte trecho de BURKE (1982, p. 220) mostra bem os resultados imediatos da Revolução: *Eu vejo, na realidade, algumas pessoas gozarem de grande liberdade; no entanto, vejo muitas outras submetidas a uma servidão opressiva e degradante. Mas o que é a liberdade sem a subordinação e a virtude? É o maior dos males, pois é apenas a extravagância, vitória e loucura exercendo-se sem proteções e sem constrangimentos*.

61 Nesse ponto, a crítica de BURKE (1982, pp. 171-172) é acompanhada de sua tróica característica: *Como? Condições para que possam ser exercidos os infalíveis Direitos do Homem? Sim, mas condições fáceis de serem preenchidas. Nossa injustiça a dos franceses! não é muito opressiva, só é necessário provar uma contribuição equivalente a três dias de trabalho. É pouco, reconheço, para ter destruído completamente o princípio da igualdade. (...) Vocês (dirigindo-se aos franceses) o obrigam a pagar para exercer um direito que lhe foi dito ser inerente à sua natureza e que nenhuma*

As reflexões de Burke são impressionantes, ainda mais se considerarmos que datam de 1790. Burke antecipou, de forma quase profética, os resultados da grande distância entre a construção racional de ideais igualitários e a implementação prática deste projeto.

A crença de que o reconhecimento formal das liberdades seria suficiente para a harmonia social já trazia em si o risco de propiciar a substituição da antiga elite aristocrática por uma nova elite burguesa. Mas era exatamente esse o desejo da burguesia, que deu unidade ao movimento revolucionário⁶¹. Segundo HOBBSBAWN (2000, p. 20), *o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo, de um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e de um governo de contribuintes e proprietários*.

Esse individualismo inconcívulo já podia ser observado claramente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁶², em que as atenções se voltaram principalmente para o direito de propriedade⁶³. Também não foi por acaso que um dos primeiros atos dos legisladores revolucionários franceses foi a Lei Chapelier de 1791, que aboliu todos os obstáculos à liberdade contratual

61 autoridade terrena tinha o direito de negá-lhe. Dessa forma, desde o início, uma aristocracia titânica foi estabelecida contra aqueles que não podem pagar o preço exigido exatamente por aqueles que se dizem inimigos jurados de toda aristocracia.

62 Esse aspecto é esclarecido por HOBBSBAWN (2000, p. 18): *A Revolução Francesa não foi feita ou liderada por um partido ou movimento organizado, no sentido moderno, nem por homens que estivessem tentando levar a cabo um programa estruturado. Nem mesmo chegou a ter líderes do tipo de Napoleão. Entretanto um surpreendente consenso de idéias gerais entre um grupo social bastante coeso deu ao movimento revolucionário uma unidade eletiva. O grupo era a "burguesia", suas idéias eram as do liberalismo clássico, conforme formuladas pelos "filósofos" e "economistas" e difundidas pela maçonaria e associações informais.*

63 HOBBSBAWN (2000, p. 19) mostra claramente as influências do pensamento burguês sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Mais especificamente, as exigências do burguês foram delineadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Esse documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios da nobreza, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. "Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis", dizia seu primeiro artigo, mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que "somente no terreno da utilidade comum". A propriedade privada era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. Os homens eram iguais perante a lei e as profissões estavam igualmente abertas ao talento, mas, se a corrida começava sem empêchilos, pressupunha-se como fato consumado que os corredores não terminariam juntos. A declaração afirmava posição contrária à hierarquia da nobreza ou absolutismo) que "todos os cidadãos têm o direito de colaborar na elaboração da lei que ela vislumbrava como o órgão fundamental de governo não era necessariamente uma assembleia democraticamente eleita, tampouco, no regime que estava implícito, pretendia-se eliminar os reis. Uma monarquia constitucional baseada em uma oligarquia possuidora de terras era mais adequada à maioria dos liberais burgueses do que a república democrática que poderia parecer uma expressão mais lógica de suas aspirações teóricas, embora alguns também advogassem essa causa. Isabel VAZ (1993a, p. 2) mostra a exatidão contida ao direito de propriedade, afirmando que se a Declaração de 1789 não trazia referência expressa ao direito à vida, o direito de propriedade encontrava-se definido como "inviolable et sacré" no art. 17.

entre padrões e trabalhadores, deixando estes últimos à mercê das leis do mercado da oferta e da procura, sem a proteção das antigas corporações (FASSO, 1970, p. 107).

Mas a realidade logo começou a dar exemplos incontestáveis de como era falaciosa a idéia de que a harmonia social viria a partir do mero reconhecimento dos direitos formais de liberdade⁶⁴. O liberalismo, entretanto, longe de procurar refletir sobre os seus próprios pressupostos, começou a assumir uma nova feição. Para manter o *status quo*, afastou-se da sua base ética e moral, separando-se da democracia⁶⁵ e, como mostra DEWEY (1970, p. 45), passando a entender que a desigualdade econômica era uma consequência natural e justificável do livre jogo das diferenças humanas.

Assim, o projeto revolucionário, consubstanciado no Estado liberal de direito, acabou sendo reduzido à mera supressão das desigualdades estruturais do Antigo Regime, mas não à consagração das liberdades individuais para todos⁶⁶. Consolidou-se, dessa maneira, uma visão de liberdade e de direito subjetivo em um sentido negativo, como esfera privada protegida de qualquer tipo de interferência ou como direito de resistência ou oposição perante o Estado⁶⁷. Consequentemente, a cidadania foi reduzida ao controle do poder estatal, em total oposição à liberdade dos antigos, cuja base eram os direitos de participação

64 O seguinte trecho de BONNAVIDES (1961, p. 6) mostra bem essa contradição que marcou o Estado liberal: *Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno. A burguesia acordava o povo, que então despertou para a consciência de suas liberdades políticas (...). A escola do direito natural da burguesia racionalizava o problema delicadíssimo do poder, simplificando a sociedade, como se fora possível ignorar as forças elementares e obscuras que atuam na infra-estrutura do capitalismo humano. Fez pretensiosamente da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes. Daí o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou, notadamente no século XIX, quando os seus esquemas de Estado jurídico puro se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, tace a realidade sociais imprevisíveis e anárquicas, que rompem os contornos de seu lineamento tradicional.*

65 A análise de DEWEY (1970, p. 211) sobre o liberalismo do século XIX demonstra esta tensão: *Durante o século XIX, quanto aos aspectos políticos e legais, a teoria vir-se sobrepujada de idéias e práticas que dizem mais respeito à condutividade dos negócios para o lucro, do que à condutividade para a democracia.* BERLIN (2002, p. 264), por sua vez, mostra que muitos liberais tinham a democracia, associando-a à tirania da maioria e à restrição das liberdades individuais, como era o caso de Benjamin Constant, que via em Rousseau o maior inimigo da liberdade.

66 Eis porque Claude LÉFORT (1991, p. 40) afirma que o liberalismo fez dos direitos humanos uma deformação do egoísmo burguês.

67 BONNAVIDES (1993, p. 475) assim resume os chamados direitos fundamentais de primeira geração: *Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como facultades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.* Vale ressaltar que uma concepção próxima havia nos Estados Unidos, em que os direitos fundamentais eram vistos como "imunidades" em relação ao poder do Estado (SUNSTEIN, 1993, p. 16). No mesmo sentido, HABERMAS (2001, pp. 292 e 318) mostra que os direitos subjetivos, no Estado liberal, eram direitos de pessoas privadas que participavam do mercado e a Constituição uma forma de separar a esfera representada por uma sociedade centrada na economia, alheia ao Estado e na qual os indivíduos buscavam a sua própria felicidade.

política e de comunicação⁶⁸. Mas o que houve de mais sério neste processo de reconhecimento da liberdade individual não foi a sua afirmação como algo que seria oposto ao político, mas como algo que seria oposto igualmente ao social⁶⁹.

Mesmo quando houve a instituição do sufrágio universal na França, em 1848, este *continuou muito tempo dócil à candidatura oficial e à supremacia burguesa* (RIPERT, 2002, p. 54). A liberdade formal mostrava-se, assim, também insuficiente para assegurar a efetiva liberdade política, mostrando que esta não existe sem a correspondente liberdade econômica⁷⁰.

2.2. O PROGRESSIVO FORMALISMO DO DIREITO E SUA REDUÇÃO À LEI

As contradições decorrentes da crença segundo a qual o reconhecimento das liberdades formais seria suficiente para a harmonia social, ao contrário de terem sido resolvidas pelo direito, foram por ele ampliadas. Com efeito, o pensamento e a experiência jurídicas ao longo do século XIX caracterizaram-se por um formalismo absoluto.

A partir do momento em que o direito fechou-se em si mesmo, não teve como se adaptar nem como resolver os problemas que se colocaram em razão do exercício incondicionado das liberdades individuais, até mesmo quando o resultado era a miséria e a degradação de uma parte substancial da sociedade.

Para o processo de formalização do direito, as codificações ocorridas na Europa no final do século XVIII e início do século XIX tiveram um papel impor-

68 HABERMAS (2001, pp. 342-343) destaca muito bem a diferença entre a concepção de cidadania que predominou no Estado liberal e aquela que é inerente ao modelo republicano. Enquanto a primeira é vista sob um prisma negativo, como um direito de controle e defesa dos direitos individuais perante o Estado, a segunda é vista como direitos ativos de participação política e de comunicação, que assegurava aos cidadãos converterem-se em atores politicamente autônomos de uma comunidade livre de iguais.

69 Hannah ARENDT (2001, p. 52) analisa magistralmente esse processo no seguinte trecho de sua obra: *Na opinião dos antigos, o caráter privativo da privacidade, implícito na própria palavra, era crucial: significava literalmente um estado no qual o indivíduo se privava de alguma coisa, até mesmo das mais altas capacidades humanas. Quem vivesse unicamente uma vida privada – o homem que, como o escravo, não podia participar da esfera pública ou que, como o bárbaro, não se desse ao trabalho de estabelecer tal esfera – não era intelualmente humano. Hoje não nos ocorre, de imediato, esse aspecto de privação quando empregamos a palavra “privacidade”, e isto, em parte, deve-se ao enorme enriquecimento da esfera privada através do moderno individualismo. Não obstante, parece ainda mais importante o fato de a privacidade moderna ser pelo menos tão nitidamente oposta à esfera social – desconhecida dos antigos, que consideravam o seu conteúdo como assunto privado – como o é a esfera política propriamente dita. O facto histórico decisivo é que a privacidade moderna, na sua função mais relevante – proteger aquilo que é íntimo – foi descoberta não como o oposto da esfera política, mas da esfera social, com a qual, no entanto, tem laços ainda mais estreitos e mais autênticos.*

70 Vale destacar o seguinte trecho de Margaberta UNGER (1999, p. 172): *Em meados do século 19, tanto os conservadores como os radicais esperavam que o sufrágio universal tivesse consequências subversivas. Estavam errados. A combinação de um compromisso social efetivo e de incansável pressão econômica, junto com as consequências desmobilizadoras da nova forma de organização da política partidária de massa, geralmente se mostrou suficiente para domesticar o voto.*

tantíssimo. Afinal, os códigos modernos representavam a segunda etapa do projeto iluminista, voltado para a racionalização das normas jurídicas. Buscava-se uma legislação que desse efetividade aos ditames universais e eternos da razão, traduzindo-os em normas positivas e certas (FASSÒ, 1970, p. 17)⁷¹.

Havia, na época, a idéia de que a lei era libertadora e criadora de felicidade, o instrumento supremo que poderia compatibilizar todos os anseios revolucionários (ENTERRIA, 2001, p. 79). A legalização era vista entusiasticamente como a última etapa do processo revolucionário de racionalização, superando o complexo regime jurídico anterior, composto de diversas ordenações estatais, romanas, canônicas e, ainda, pelos usos e costumes⁷².

FASSÒ (1970, p. 15-16) expõe magistralmente esse processo, ao mostrar que a codificação, vista como o triunfo do jusnaturalismo no terreno político e legislativo, induziu ao pensamento de que o direito natural já havia se realizado e que o seu problema crucial – a relação com o direito positivo – havia perdido a razão de ser. Isso propiciou a separação do direito da ética e da moral, pois a justificativa do primeiro passou a estar associada à sua própria positividade. As codificações europeias acabaram absorvendo a idéia de que o código era um sistema perfeito e acabado, trazendo em si a solução para todos os problemas que se lhe apresentassem⁷³.

Não obstante o total engessamento do direito, as codificações ainda acolheram um individualismo exacerbado, sem equilibrá-lo com os demais princípios jusnaturalistas que orientavam os ideais revolucionários, tais como o da fraternidade. Isso pode ser facilmente perceptível no famoso Código Civil francês de 1804, que apresentava um caráter conservador e, em muitos casos, não igualitário, como na hipótese da discriminação às mulheres e aos empregados⁷⁴. Ade-

71 Não se pode esquecer, como lembra CAENECHEM (2000, pp. 176-177), que o processo também recebeu influência dos interesses econômicos de uma classe média confiante e empreendedor, para a qual os códigos modernos respondiam a reivindicações de liberdade e de responsabilidade individual.

72 Vale destacar o seguinte trecho de REALE (1969, pp. 363-364): *Vê-se, pois, que, quando Napoleão Bonaparte ordenou a legislação francesa em códigos admiravelmente discriminados e sistematizados, dando cumprimento a uma viva aspiração dos mentores da Revolução Francesa, não fazia senão levar a cabo um longo processo histórico de “racionalização” jurídica que atingia a sua maturidade e que marcava uma linha de inclinação constante na estrutura mesma do Ancien Régime. Compreende-se, pois, o entusiasmo com que a Europa recebeu o Código Civil francês ou “Código de Napoleão” de 1804, assim como os demais Códigos, que iam dar início à Ciência Contemporânea do Direito, o Código de Processo Civil de 1807, o Código de Comércio de 1808, o de Instrução Criminal do mesmo ano, e o Código Penal de 1810.*

73 Conforme REALE (1998, p. 46), o dedutivismo seria suficiente para a solução de todos os problemas jurídicos, o que se observa na seguinte lição: *O dedutivismo impusera soberano. Assim como o matemático deduzia de axiomas os princípios universalmente válidos de sua ciência, também o jurista atingiu partir de princípios evidentes para alcançar a forma pura e invariável do Direito, não só em suas matrizes, mas para todo e qualquer instituto ditado pelas exigências da vida social concreta.*

74 CAENECHEM (2000, pp. 12-13) assim situa o Código Civil francês na história: *O idealismo ou utopismo do período revolucionário desapareceu. O Code Civil constituiu uma realização sobria e realista.*

mais, destaca RIPERT (2002, p. 369) que a verdadeira preocupação do Código Civil era com questões patrimoniais e não com a vida moral⁷⁵.

A influência do Código Civil francês logo se espalhou por toda a Europa. Na França, muito mais do que uma lei, tornou-se algo próximo à própria Constituição, visto como um estatuto fundamental para toda a sociedade (PERLINGIERI, 1972, pp. 38-39).

Acresce que, *promulgado o Código, fortaleceu-se entre os juristas a convicção de que a sua tarefa fundamental deveria consistir em interpretar seus textos de maneira autêntica, em confrontá-los entre si, tirando deles os resultados fundamentais graças a um fino labor de sistematização* (REALE, 1969, p. 366).

O anseio iluminista pela certeza do direito, justificado pelo temor do arbítrio, acabou por levar ao problema diametralmente oposto: o enclausuramento do direito, que o impedia de cumprir suficientemente o seu papel fundamental de integração social⁷⁶.

A maior prova disso é a Escola da Exegese, que teve grande influência no século XIX, restringindo o estudo do direito aos códigos e concebendo a interpretação da lei como algo mecânico e realizado por meio da dedução lógica (FASSÒ, 1970, pp. 24-25). O direito era igualmente visto como um sistema de conceitos articulados e coerentes, não apresentando lacunas (REALE, 1969, p. 367). É inequívoca a atitude irreal de tal proposta, que acabava identificando o direito como a vontade do legislador, levando a um extremo positivismo.

Outra escola que teve grande influência no século XIX foi a Histórica, que já corresponde a uma reação contra o Iluminismo, na medida em que procurava

Depois de dez anos de regime revolucionário, liquidava-se finalmente a lússão de uma nova sociedade de cidadãos honestos, em que as normas do direito seriam substituídas por prescrições morais que determinassem uma conduta cívica, e os tribunais e julgamentos, por reconciliações amistosas. (...) No que se refere à libertação e à emancipação, o efeito do Code era limitado. É verdade que muitas desigualdades e tributos (especialmente os feudais) tinham sido abolidos, mas o Code de 1804 introduzia outras. Por exemplo, a discriminação contra as mulheres, sobretudo casadas, pode ser visto em particular nas restrições à participação das mulheres nos conselhos de família ou a servirem de testemunhas, na sujeição da esposa à autoridade do marido e na obrigação de concordar com ele, assim como no princípio de reservar para o marido o direito de administrar a propriedade de sua esposa. Havia também discriminação contra o direito dos trabalhadores, como mostra, por exemplo, o sistema de registro dos operários (livrets d'ouvriers). A norma do artigo 1.781 do Code era particularmente desfavorável: no caso de disputa entre empregador e empregado a propósito de uma questão de pagamento ou de obrigação recíproca, prevalecia a palavra do empregador. Já em nosso Código de 1804, a vida moral não tem quase lugar. Não há problema, nas relações de família, senão de regime matrimonial ou sucessões, na tutela, senão de proteção dos bens. Os atos desinteressados são suspeitos. O direito dos contratos não conhece mais o justo preço nem a lesão. O direito da responsabilidade não faz caso da intenção culposa e não admite senão reparação pecuniária (RIPERT, 2002, p. 369).

Marcio ARAÚJO (1999, p. 30) sintetiza a questão, ao afirmar: *O atã racionalista de conformação a um direito escrito - Codificações dos séculos XVII e XVIII -; do direito único e imutável dedutível logicamente pela razão, passado pelo crivo do tempo, fez de uma tendência revolucionária o próprio fundamento de sua estagnação.*

compreender o direito não sob a perspectiva da razão, mas como um produto espontâneo da história (FASSÒ, 1970, p. 43)⁷⁷. De acordo com a lição de VILLEY (2002, p. 75), interpretava-se a humanidade a partir da sucessão de fatos e do modelo que vinha da doutrina biológica da evolução.

É complicado definir se a Escola Histórica, pelo menos na versão de que Ihe deu Savigny, era propriamente positivista, mesmo no sentido do positivismo histórico⁷⁸. Mas é certo que o seu desenvolvimento, a partir de um método excessivamente formalista, acabou propiciando a construção de uma ciência do direito que, cada vez mais afastada da história, baseava-se em conceitos que eram extraídos por abstração dos dados históricos, dando origem à Pandectística de Windscheid (FASSÒ, 1970, pp. 53-56)⁷⁹.

Assim, a Pandectística, embora tenha nascido no seio de uma escola tradicionalmente inimiga das codificações, propiciou, por meio de Windscheid, a codificação na Alemanha. Isso mostra como a Escola Histórica, mesmo que indiretamente, acabou levando ao mesmo resultado da Escola da Exegese: um extremo formalismo e o positivismo jurídico⁸⁰.

Conclui-se, dessa maneira, que a compreensão do direito que se consolidou no paradigma do Estado liberal era primordialmente positivista e formalista. Embora a breve explanação feita a respeito da Escola da Exegese e da Escola

⁷⁷ O historicismo pretendia superar a racionalidade iluminista, dando valor aos sentimentos, paixões, a fé e a tudo o que havia nos povos de diverso e mutável. Savigny, o seu grande representante, opunha à ideia de direito natural e universal a compreensão do direito como expressão do *Volksgeist* ou espírito do povo, assim como o idioma. Logo, o direito legislativo não deveria ter outra missão senão a de ser um auxiliar do costume (FASSÒ, 1970, pp. 49-51). Segundo REALE (1998, p. 48), *há no fundo da concepção histórica do Direito a ideia fundamental de que o Direito cresce e se desenvolve lentamente como uma árvore, com a atualização de forças internas de crescimento espontâneo.*

⁷⁸ FASS (1970, p. 53) entende que a Escola Histórica era positivista, na medida em que reduzia o direito a um fato histórico, negando, inclusive, a discussão sobre os valores. Isso levava a um positivismo até mesmo superior ao da Escola da Exegese, pois esta, embora não se ocupasse dos valores, não o negava e às vezes até os reconhecia. VILLEY (2002, pp. 75-77) também a considera a Escola Histórica positivista, por só admitir a compreensão do direito fundamentado na ciência histórica. Já REALE (1998, p. 55), de forma oposta, argumenta que *não é possível considerar SAVIGNY e PUCHTA como positivistas no sentido técnico deste termo, porquanto eles não rejeitam deliberadamente toda e qualquer atitude axiológica e recorrem a uma noção obscura e romântica, à de espírito do povo ou consciência nacional, que seria a matriz misteriosa das harmonias preestabelecidas do mundo do Direito.*

⁷⁹ Segundo VILLEY (2002, pp. 78-79), o positivismo histórico que, no seu entender, caracterizaria a Escola Histórica transformou-se, com o passar dos anos, em um positivismo total, em que o direito era visto a partir da total submissão ao texto legal, sem qualquer consideração à eventual correspondência entre o mesmo e a vontade popular. A aceitação do fato presente era o que caracterizava essencialmente o positivismo científico dos pandectistas alemães.

⁸⁰ REALE (1969, pp. 369-370) mostra que os pandectistas iniciaram os seus trabalhos a partir do direito romano, integrado na comunidade germânica. No entanto, o historicismo que o influenciou foi progressivamente sendo adaptado às exigências de uma tarefa estritamente sistêmico-programática, até que passaram a defender a própria codificação e concebê-la a lei como a fonte verdadeira e autêntica do direito.

Histórica não tenha a menor pretensão de esgotar o assunto, permite a observação dos aspectos gerais que mostram como o direito foi se afastando de sua fundamentação moral jusnaturalista, até ser compreendido exclusivamente a partir da lei ou da vontade do legislador⁸¹.

Com isso, a equidade e a justiça, que até então eram categorias cruciais para o direito, perderam a importância⁸². O ideal kantiano de assegurar a coexistência das liberdades de todos foi direcionado unicamente para a garantia formal da liberdade individual, sem qualquer consideração moral, ética ou relacionada à boa-fé⁸³. A defesa do cumprimento da lei passou a estar justificada exclusivamente pela ameaça da sanção e não mais pela justiça (RIPERT, 2002, p. 370).

Operou-se, aí, o que ENTERRIA (2001, pp. 80-81) chama de revolução jurídica mais radical e talvez mais importante da história, por meio da qual todo o sistema jurídico foi reduzido a um sistema fechado de leis.

Nesse ponto, a obra de Rousseau, que tanta importância teve para a Revolução Francesa e que tantos subsídios distintos forneceu ao movimento⁸⁴, acabou sendo negligenciada em um dos seus principais aspectos, um dos poucos que não suscitava grandes divergências interpretativas: a ideia da soberania popular como fonte da liberdade e da legitimação do direito⁸⁵.

81 José Alonso da SILVA (1997, p. 115), mostra que a compreensão do direito no Estado liberal, como o conjunto de normas estabelecidas pelo Poder Legislativo, é uma visão deformante. Afinal, se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.

82 ARNAUD (1999, p. 107) mostra que a equidade foi reduzida, no Código Napoleônico a dois artigos. RIPERT (2002, p. 370) bem acentua as consequências do formalismo especialmente sobre o direito comercial na seguinte passagem: *Pode-se outra vez no direito comercial um direito, mais amplo, mais equitativo que o direito civil, um direito disposto a sacrificar a forma à boa-fé. Isto não é mais verdade. O renascimento do formalismo dá às transações comerciais novo aspecto. O caráter abstrato das operações torna inútil a análise das relações jurídicas anteriores e da vontade das partes. A prova cessa de ser livre se é preciso estabelecer contas e títulos. Não se pode mais opor a boa-fé ao direito estrito.*

83 REALE e ANTISERI (1990, v. II, p. 755) mostram bem como a obra de Rousseau já foi interpretada nos mais diversos sentidos: *Iluminista e romântico, individualista e coletivista, antecipador de Kant e precursor de Marx, Rousseau foi objeto de diversas interpretações e muitos estudos, a ponto de se chegar a falar de uma "Rousseau-Renaissance" a propósito das últimas quatro décadas do século XVIII (...). Considerado com razão como o maior pensador do século XVIII, ele se impôs por motivos contrastantes. Para alguns, é o teórico do sentimento interior como único guia de vida, para outros é o defensor da absorção total do indivíduo na vida social, contra as renascenças fraturas entre interesses privados e interesses coletivos; para alguns, é liberal, para outros é o primeiro teórico do socialismo; para alguns, é iluminista, para outros é antiluminista; para todos é o grande teórico da pedagogia moderna.*

85 Não é demais lembrar que a soberania popular, para ROUSSEAU (2002, pp. 39-40) é inalienável e indivisível, tanto que afirma que se o povo promete simplesmente obedecer, dissolve-se por este ato e perde a qualidade de povo: *no momento em que há um senhor, não há mais soberano, e o corpo político está destruído.* Nesse ponto, como lembra RAWLS (2000, pp. 46-47), era nítido o conflito entre a tradição do pensamento democrático ligada a Locke, que valoriza mais o que Constant chama de liberdades dos modernos – liberdades de pensamento e consciência, certos direitos básicos da pessoa e propriedade – e a tradição associada a Rousseau, que valoriza mais a liberdade dos antigos, ressaltando a igualdade das liberdades políticas e os valores da vida pública.

2.3. AS CONSEQUÊNCIAS DO FORMALISMO SOBRE O PRÓPRIO CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO

Como se viu anteriormente, a noção de direito subjetivo surgiu a partir do reconhecimento do valor moral do indivíduo, ideia que foi desenvolvida pelo jusnaturalismo⁸⁶ e que, mesmo na versão de Locke e Kant, contratualistas liberais, estava intrinsecamente relacionada à liberdade e à emancipação.

No que se refere especificamente a Kant, o significado do direito subjetivo partia do próprio contrato social, entendido como instrumento que instituiria uma noção de direito a igual liberdade de ação para todos os indivíduos. Por isso, a noção kantiana de direito subjetivo vinculava-se, prioritariamente, à autonomia e à autolegislação (HABERMAS, 2001, pp. 155-158).

Mesmo no tocante à propriedade, a noção jusnaturalista de direito subjetivo conectava-se necessariamente à perspectiva de emancipação do indivíduo. VILLEY (1976, p. 189) é categórico ao afirmar que, tanto para Wolff como para Kant, a propriedade era uma condição necessária para o aperfeiçoamento da natureza do indivíduo ou para a sua liberdade moral⁸⁷. Kant e o idealismo alemão desenvolveram essa ideia com profundidade, para o fim de demonstrar que o igual direito à liberdade estava relacionado ao igual direito à propriedade de (VILLEY, 1976, p. 191).

Com Savigny e a conseqüente reação que a Escola Histórica representou ao racionalismo, o direito subjetivo passou a ser definido como um poder da vontade, como um âmbito de ação em que o querer individual era soberano e independente (ROUBIER, 1963, p. 70).

Embora Savigny obviamente não invocasse fundamentos morais ou jusnaturalistas, o seu conceito de direito subjetivo compartilhava com os conceitos de Wolff e Kant a circunstância de estar alicerçado na figura da pessoa humana e não no direito objetivo. Com efeito, apesar de Savigny não representar a vontade individual como algo superior ao direito objetivo, valorizava primordialmente a zona de autonomia do indivíduo (ROUBIER, 1963, p. 70), de forma que a sua definição de direito subjetivo possuía uma força conceitual vinculada ao próprio sujeito.

86 Para ENTERRIA (2001, p. 84), a evolução do conceito de direito subjetivo foi a seguinte: elaborado a partir das últimas fases das Escolas do Direito Natural e das Centes, principalmente por meio de Wolff, foi rematizado por Kant, Hegel e Savigny até chegar à Pandectística.

87 VILLEY (1976, pp. 188-189) mostra que a concepção de Wolff e Kant rompe com diversas das outras justificativas que vinham sendo atribuídas à propriedade, mesmo por parte do jusnaturalismo. Grotius, por exemplo, lembrava justificar a propriedade com base no mito da ocupação primeira, os moralistas com base em preceitos bíblicos que proibiam a fraude e Locke com base no trabalho. Mas a partir de Wolff e de Kant, a propriedade passou a ser justificada com base na liberdade do indivíduo.

Para HABERMAS (2001, pp. 150-151), o conceito de direito subjetivo de Savigny insinua igualmente na conexão das liberdades subjetivas de ação com o reconhecimento intersubjetivo dos membros da comunidade jurídica, assim como ocorreria com Puchta, que definiria o direito subjetivo a partir da liberdade que caberia igualmente a todos os homens.

Dessa maneira, a Escola Histórica de Savigny e Puchta não rompeu com a tradição de alicercar o direito subjetivo no valor da pessoa humana. Somente a partir de Windscheid e da Pandectística é que o direito subjetivo sofreu uma grande modificação conceitual, transformando-se na vontade juridicamente protegida ou, em uma versão posterior, no poder jurídico de querer⁸⁸.

Em razão da Pandectística, os direitos subjetivos converteram-se em poderes conferidos pela ordem jurídica. Houve um verdadeiro atrelamento do direito subjetivo ao direito objetivo ou, nas palavras de ENTERRIA (2001, p. 81), o direito subjetivo foi soldado à lei⁸⁹, concepção que iria exercer grande influência sobre o direito ocidental.

Todo o plano jusnaturalista de arquitetar uma ordem jurídica baseada no valor do indivíduo⁹⁰ ruíu com o conceito de direito subjetivo de Windscheid. Afinal, a discussão não envolvia somente o problema formal ou cronológico de precedência entre o direito subjetivo e o direito objetivo, mas dizia respeito à própria fonte de legitimidade do direito subjetivo.

Com a definição de Windscheid, o direito subjetivo perdeu o fundamento que possibilitou a sua criação: o reconhecimento do indivíduo como um valor autônomo⁹¹. A partir do momento em que passou a ter a lei como fonte exclusi-

va de legitimidade, tornou-se objeto das contingências do legislador, já que o único critério para a avaliação do seu exercício seria a legalidade.

Não é de se estranhar que a propriedade e os demais direitos subjetivos foram progressivamente se afastando da íntima conexão que possuíam com a emancipação humana, tornando-se meros poderes que eram atribuídos aos indivíduos pela lei⁹².

O conceito formalista de direito subjetivo ainda teve a consequência perniciosa de ignorar a intersubjetividade que deveria caracterizar os direitos daqueles que vivem em sociedade. Logo, o direito subjetivo deixou de ser entendido como uma relação social entre indivíduos, sendo reduzido a uma relação entre determinado indivíduo e o Estado⁹³, a uma esfera isolada de proteção contra o poder estatal⁹⁴. Eis a razão da afirmação de BONAVIDES (1961, p. 3) de que a sociedade, nesta concepção, reduziu-se à *poeira atômica de indivíduos*.

2.4. O EXERCÍCIO DA PROPRIEDADE E DOS DIREITOS SUBJETIVOS

A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ABSOLUTA

Até o Estado liberal, não se cogitava do exercício de um direito relacionado ao indivíduo que não estivesse sujeito a limitações decorrentes da sociedade. Nesse sentido, o direito romano é repleto de exemplos de restrições à propriedade⁹⁵ e à liberdade de contratar⁹⁶. Outro princípio interessante do direito romano era a proibição aos atos emulativos, assim considerados os direitos que eram exercitados com a intenção deliberada e exclusiva de prejudicar alguém (MARTINS, 1997, pp. 16-19).

92 VILLEY (1976, p. 192) argumenta que essa concepção positivista, aplicada ao direito de propriedade, tornava-o tão frágil que bastaria um ato do legislador para por fim aos poderes do proprietário. HABERMAS (2001, pp. 318 e 344) destaca que as relações horizontais entre as pessoas privadas, sobretudo as relações intersubjetivas, não têm para o esquema liberal nenhum efeito formador de estruturas, ressaltando que tal esquema combina-se perfeitamente com o positivismo do direito, compreendido como um sistema fechado de regras. Destaca igualmente que a dicotomia que se estabeleceu no Estado liberal entre direito subjetivo e direito objetivo contribuía para que o primeiro perdesse o conteúdo intersubjetivo de um sistema de direitos que os cidadãos se outorgam mutuamente. HABERMAS (2001, p. 323) aproveita-se de um ensinamento de Böckenförde, segundo o qual a concepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa não dizem respeito à liberdade de um que se tem por compatível com a liberdade de outro por meio de uma lei geral de liberdade, mas sim a liberdade do cidadão individual em relação ao Estado.

93 MOREIRA ALVES (2002, pp. 286-289) mostra que, no direito romano, a propriedade já sofria inúmeras limitações em virtude dos interesses dos vizinhos ou do Estado. Para Pedro Baptista MARTINS (1997, pp. 12-19), os romanos já admitiam, inclusive, que o exercício do direito individual poderia ser abusivo. Os romanos desenvolveram, por exemplo, o antecedente histórico da lesão, para o fim de evitar o favorecimento excessivo de uma das partes de um contrato em detrimento da outra. Tratava-se do instituto da restituição que, como define Caio Mário da Silva PEREIRA (1949, p. 13) era *a restituição in integrum numa reposição das partes ao statu quo ante*, decorrente da anulação de um contrato por motivos de equidade. A restituição poderia ser invocada todas as vezes em que uma das partes, embora tivesse realizado um contrato formalmente lícito e sem nenhum vício de vontade, alegava que o acordo lhe trazia um prejuízo desproporcional, causando-lhe verdadeira lesão. E tal importância deram os romanos a tal instituto que o mesmo era considerado irrenunciável (op. cit., p. 41). Uma das consequências concretas da restituição, fundada na equidade e proporcionalidade dos direitos e deveres contratuaismente assumidos, era a proibição da contagem de juros sobre juros, o *anatocismus* (op. cit., p. 14).

88 Segundo REALE (1991, pp. 249-251), a definição do direito subjetivo a partir da vontade criou diversos problemas, especialmente para justificar os direitos daqueles que, como incapazes, não possuem uma vontade juridicamente reconhecível. Assim, o próprio Windscheid reconheceu a precedência dessas críticas quando deu à sua doutrina uma segunda feição, esclarecendo que ele não entendia a palavra "vontade" no seu sentido estritamente psíquico, mas so em sentido lógico, como vontade normativa, isto é, como poder jurídico de querer.

89 Segundo ENTERRIA (2001, p. 91), a suposta exaltação do direito subjetivo pela Pandectística alemã, que o colocava como figura central do sistema jurídico, era apenas aparente, já que o conceito de direito subjetivo era exclusivamente formal, em razão do que a lei previamente delimitava.

90 KELSEN (1990, pp. 82-83 e 84) explica bem a prioridade absoluta que os direitos subjetivos possuíam na formação do Estado liberal, embora não concorde com a ideia: *No conceito, existiam apenas direitos subjetivos – em especial o protótipo de todos os direitos, o direito à propriedade (obtida por ocupação) – e apenas num estágio posterior o Direito objetivo como ordem do Estado foi acrescentado com o propósito de sancionar e proteger os direitos que, independentemente dessa ordem, haviam passado a existir. (...) Apesar de logicamente insustentável, a teoria da precedência dos direitos subjetivos é da máxima importância política. O seu propósito é, obviamente, influenciar a formação do Direito, em vez de analisar a natureza do direito objetivo.*

91 Assim, o direito subjetivo, que estava ligado anteriormente à ideia do valor do indivíduo, cuja legitimidade seria superior até mesmo à outorgada pelo processo político de elaboração de normas, passou a ser definido a partir de uma subordinação abstrata ao direito objetivo, cuja legitimidade se assentava exclusivamente na legalidade (HABERMAS, 2001, p. 154).

Obviamente, tais limitações aos exercícios das prerrogativas e interesses relacionados aos indivíduos⁹⁷, no contexto de uma sociedade holística, não suscitavam tantas preocupações. Afinal, o homem já era visto necessariamente em integração com o grupo social a que pertencia, motivo pelo qual as restrições aos interesses individuais em face da coletividade eram inerentes à própria concepção de sociedade e de mundo que prevalecia.

A partir do Estado liberal, fundado no individualismo e na racionalização do direito, o problema ganhou uma outra projeção. Afinal, se o indivíduo era o próprio fim do direito, passou a ser de fundamental importância saber se os direitos subjetivos poderiam estar sujeitos a algum tipo de limite e qual a justificativa deste.

Os tópicos anteriores mostraram que o processo pós-revolucionário de codificação do direito ocorreu sob uma perspectiva de extrema valorização das liberdades individuais, vistas exclusivamente sob um enfoque formal. Em relação à propriedade, o Código Napoleônico, cuja influência repercutiu em todo o Ocidente⁹⁸, atribuía-lhe um caráter absoluto e soberano, a tal ponto que, de acordo com FARJAT (1971, p. 367), a regulamentação das relações de vizinhança era comparável às limitações de soberania no direito internacional público.

Em parte, o caráter absoluto da propriedade tinha a finalidade de superar os resquícios feudais anteriores, a fim de resguardar o direito do titular e afastar qualquer cogitação do duplo domínio do Estado⁹⁹.

Porém, diante do formalismo que caracterizava o direito, especialmente em razão do dogmatismo da Escola da Exegese, a expressão *de la manière plus absolue*, prevista pelo Código Napoleônico em relação à propriedade, tornou-se sinônimo de uma total ausência de limites ao exercício do direito¹⁰⁰.

No que se refere à liberdade contratual, esta afastou antigos princípios do Antigo Regime que consagravam limites éticos ou políticos à validade dos pactos (MONCADA, 2000, p. 18). O contrato foi elevado à categoria de lei, sendo

97 Como já se viu, parte-se do princípio que o direito subjetivo é uma noção moderna, motivo pelo qual não se utiliza tal expressão para designar faculdades individuais ou institutos jurídicos semelhantes que, na antiguidade, apresentavam um paralelo com o direito subjetivo moderno.

98 Segundo Isabel VAZ (1993 a, p. 61), não seria exagero dizer que este dispositivo sobre o regime das propriedades (referindo-se ao art. 544, do Código Napoleônico) repercutiu em todos os códigos civis do Ocidente, resistindo mesmo às alterações introduzidas pelas constituições, como vem ocorrendo com o Código Civil brasileiro.

99 Vale destacar o seguinte trecho de CAREA (1997, pp. 87-88): "Así pues, con la concepción de la propiedad como un derecho absoluto se pretende abandonar el esquema feudal del 'duplex dominium', poniendo el acento em que, como consecuencia de la Revolución liberal, el 'dominio útil' se desvincula das trabas que suponía el 'dominio eminente'".

100 CAREA (op. cit., pp. 86-87) faz uma síntese de vários autores vinculados à Escola da Exegese que, exaltando a letra do Código, qualificavam a propriedade como um domínio absoluto e limitado sobre uma coisa corpórea. Dentre esses autores, podem ser citados Demoliombe, Marcadé, Toullier, Troplong, Mourlon.

que nem mesmo as leis novas poderiam ser aplicáveis aos contratos em curso (FARJAT, 1971, p. 367). Apenas a vontade das partes importava, sendo irrelevante a situação concreta de cada uma delas¹⁰¹. Os instrumentos reconhecidos desde a Idade Média para conferir uma maior equidade aos contratos foram rejeitados¹⁰², assim como se tornou impertinente qualquer consideração a respeito da justiça distributiva¹⁰³, pois a regra era a justiça comutativa que decorria do próprio acordo de vontades¹⁰⁴.

Já se viu que, com a Pandectística, os direitos subjetivos tornaram-se meros poderes que decorriam do direito objetivo. Por isso, a codificação alemã, ocorrida em 1896 sob a forte influência da Pandectística, manteve praticamente o mesmo individualismo exagerado do Código Napoleônico, embora a distância entre os dois diplomas legislativos fosse de quase um século.

Não é sem razão que Antonio MENGER (1947, pp. 35 e 272), um dos socialistas alemães mais importantes da época, lamentava o fato de o Código Civil alemão, que deveria ser o instrumento de união da sociedade, ter escolhido as soluções ditadas pelo egoísmo individual, favorecendo claramente os ricos em detrimento dos pobres.

Nesse contexto, cogitar de uma suposta finalidade social do direito subjetivo era algo que não fazia nenhum sentido. Se o direito subjetivo era o poder que o direito objetivo outorgava ao titular, este poderia fazer o que bem quisesse com o seu direito, utilizando-o exclusivamente em seu próprio benefício. Não havia

101 De acordo com MONCADA (2000, p. 18), o relativo desinteresse manifestado pela situação concreta das partes contratantes e pelo objeto do contrato, irrelevantes perante a declaração de vontade cujos efeitos se pretendem proteger na maior medida possível, são uma consequência da sobrevalorização do contrato e do papel da vontade.

102 Caio Mário da Silva PEREIRA (1949, pp. 49-57) reconhece que, embora o instituto da lesão tenha desaparecido na alta Idade Média, ressuruiu no final do século XI e começo do XII, resultante do primeiro renascimento do Direito Romano, por meio da Escola de Bolonha, recebendo posteriormente as contribuições do direito canônico, especialmente da obra de Santo Tomás de Aquino, e tendo como maior exemplo prático o repúdio à usura.

103 Utiliza-se a expressão justiça social como sinônima de justiça proporcional ou distributiva, a partir do sentido que foi atribuído por ARISTÓTELES (2001, pp. 93-99), quando a concebe como a mais perfeita forma de excelência moral, associada à igualdade, à proporcionalidade e ao bem dos outros. O conceito aristotélico é bem resumido na seguinte lição de Fábio Konder COMPARATO (2001, pp. 461-462): "Enquanto a justiça sinalagmática diz respeito à igualdade de prestações, isto é, à equivalência das coisas e serviços que se trocam por um preço, a justiça proporcional concerne à igualdade essencial dos homens, que não se troca nem se vende, porque não tem preço e, por isso, representa um valor incensuravelmente mais elevado do que o econômico".

104 ROUBIER (1946, pp. 191-194) mostra que a justiça dos contratos passou a ser a comutativa, ou seja, a parcela a que cada contratante se atribuiu por meio da vontade, pouco importando se os contratos estavam cheios de injustiças, como os decorrentes da usura ou da lesão. Todas as teorias da Idade Média que se formaram a respeito de um preço justo, de um justo salário e mesmo de se evitar a lesão passaram a ser condenadas, pois não mais caberia ao direito analisar se os contratos são equitativos ou não. O ideal de justiça seria, portanto, a justiça comutativa, segundo a qual as partes, sujeitas às leis do mercado, deveriam firmar pactos de acordo com os seus próprios interesses.

impedimento a que o direito subjetivo servisse ao interesse egoísta do seu titular, podendo ser exercido em todo o seu alcance e sem qualquer consideração pelos interesses alheios¹⁰⁵.

Para efeitos da análise do exercício do direito, não era cabível nenhuma outra consideração que não fosse a legalidade. Ficavam excluídos todos os aspectos relacionados à legitimidade da conduta diante da boa-fé e de outros princípios éticos e morais. Afinal, não existia nada que estivesse acima dos direitos individuais isoladamente considerados¹⁰⁶.

Diante dessa perspectiva, era extremamente improvável o reconhecimento do abuso no exercício dos direitos. Tanto é assim que o abuso de direito, enquanto teoria, apenas surgiu na transição do Estado liberal para o Estado social.

Embora as primeiras discussões sobre o abuso de direito tenham começado a surgir no Estado liberal, como se verá no Capítulo 4, o formalismo impossibilitava a correta compreensão do problema. Muitos autores viam a própria expressão “abuso de direito” como uma contradição em termos. Este era o caso de PLANIOL (1902, p. 265), notabilizado por defender que um ato não poderia ser ao mesmo tempo conforme e contrário ao direito.

É interessante notar que, diante de uma definição formalista de direito subjetivo, a conclusão de Planiol era perfeitamente coerente. Se o único critério de aferição do exercício regular de um direito era a legalidade, o ato praticado em conformidade com a lei não poderia ser abusivo. Para considerar que um ato formalmente lícito pudesse ser ao mesmo tempo contrário ao direito, haveria que se admitir que o direito não se restringia à lei, o que era contrário à opinião prevalente na época¹⁰⁷.

Essa é a razão pela qual o entendimento de Planiol sobre a inexistência do abuso de direito era acolhido por parte expressiva da doutrina (MARTINS, 1997, pp. 26-27). Segundo Eisemein, por exemplo, o exercício de um direito jamais poderia ser ilícito, não importasse qual fosse a intenção do agente, até

105 Essa opinião é defendida por VON THUR (1948, pp. 257-267).

106 MONCADA (2000, pp. 16-17) resume o que poderia ser considerado como interesse da comunidade no Estado liberal: *Finalmente, o interesse geral da comunidade não era considerado numa perspectiva trans-individualista, pois que se reconduzia automaticamente à soma aritmética dos interesses particulares dos vários membros que a compunham, não podendo o intervencionismo, fora dos casos em que assegurava a polícia da ordem pública e a defesa de bens como a justiça, conduzir senão a desperdícios e atentados à liberdade individual. (...) O bem-estar geral identificava-se pois com a soma dos diversos casos de bem-estar individual e crescia na razão destes, pois que o livre logo das liberdades individuais conduziria espontaneamente, orientado como que por uma “invisible hand” (ADAM SMITH), ao máximo de produção e à distribuição mais justa.*

107 Como resume Fernando Augusto Cunha de SÁ (1997, pp. 324-325), em relação à concepção de Planiol, a lógica do argumento vem, assim, a repousar em certa concepção do direito subjetivo, que vê nele a área exclusivamente reservada ao sujeito, com exclusão não só de todos os outros, mas igualmente de toda e qualquer consideração estranha à soberana vontade – quicquid, avaro e inconsiderado despotismo – do respectivo titular.

porque perquirir sobre esta intenção implicaria confundir o direito com a moral, substituindo o critério da lei pelo arbítrio do juiz¹⁰⁸.

Consolidou-se, portanto, no paradigma do Estado liberal a noção de que os direitos subjetivos, dentro dos limites que haviam sido previamente fixados pela lei, eram absolutos. Nos termos da lição de ROUBIER (1946, p. 210), o direito subjetivo tornou-se uma verdadeira imunidade, que autorizaria o titular a dele se utilizar mesmo que de forma maliciosa, até porque não era possível indagar sobre qualquer outro fundamento de validade que não fosse a legalidade formal.

3. A LIVRE INICIATIVA EMPRESARIAL SOB A ÓTICA ECONÓMICA

3.1. O LIBERALISMO ECONÓMICO

A partir do século XVI, o desenvolvimento do comércio tornou os mercados mais numerosos e importantes. Mas ainda não havia sequer sinal de que os mesmos passariam a controlar a sociedade, até porque os regulamentos estratáicos sobre a atividade comercial eram severos (POLANYI, 2000, p. 75).

Uma mudança drástica de pensamento apenas começou a ocorrer no século XVII, no qual a filosofia individualista de Hobbes tornou-se perfeitamente conveniente para os capitalistas produtores que começavam a entrar no ramo do comércio. Segundo esse pensamento, os interesses pessoais e egoístas seriam os motivos básicos, senão os únicos, que levavam os homens a agir (HOBBS, 2002). Conseqüentemente, as relações entre os homens passaram a ser vistas cada vez mais sob uma perspectiva de guerra de interesses e não de integração social com base em normas e valores (DUMONT, 2000a, p. 99).

Hobbes não foi individualista apenas no sentido de enaltecer o indivíduo, tal como ocorria com Locke e Kant. Segundo MACPHERSON (1970, p. 231), Hobbes inaugurou um tipo específico de individualismo que impregnou profundamente o século XVII: o “individualismo possessivo”, segundo o qual o homem seria um ser independente, que agiria de acordo com o seu próprio interesse e nada deveria à sociedade, até porque esta consistiria em uma série de relações mercantis¹⁰⁹. Conseqüentemente, as relações entre os homens e as coi-

108

Pedro Baptista MARTINS (1997, p. 126) reproduz o seguinte pensamento de Eisemein: *O exercício de um direito, nos limites traçados pela lei, não poderia ser ilícito, qualquer que fosse a intenção daquele que o exerce. Admitir que se possa investigar a intenção do agente para apurar e avaliar a legitimidade dos móveis que tenham determinado o exercício do seu direito é restabelecer a conexão entre o direito e a moral e transformar o juiz em censor, substituindo a lei pelo seu arbítrio.*

109 Segundo MACPHERSON (1970, p. 231), o individualismo possessivo está baseado essencialmente nos seguintes pressupostos: (i) o que faz um homem livre é a independência da vontade dos demais,