

**O CONCEITO DE “SUJEITO DE DIREITO” COMO ATOMIZAÇÃO
LIBERAL DA IDÉIA DE POVO: TRAÇOS HISTÓRICOS DE UMA EXITOSA
EMPREITADA JURÍDICO-BURGUESA ***

**THE CONCEPT OF “RIGHT’S PERSON” AS LIBERAL ATOMIZATION OF
THE PEOPLE’S IDEA: HISTORICAL NOTES ABOUT A SUCCESSFUL
LIBERAL-BOURGEOIS PROJECT**

José Américo Silva Montagnoli

RESUMO

O presente artigo tem como propósito analisar o desenvolvimento histórico, ao longo do século XIX, da concepção de sujeito de direito para além de uma mera expressão do direito civil, demonstrando sua importância estrutural para a consolidação do Estado liberal-burguês de direito enquanto “governo de leis, e não de homens” e, por consequência, a sua condição de eficiente obstáculo à edificação de um conceito emancipatório de povo. Inicialmente será demonstrada a importância das doutrinas anteriores às revoluções liberais do século XVIII para a construção do sujeito de direito como “homem de mil poderes” (Portalís), com a apresentação do pensamento de Thomas Hobbes acerca da “sociedade de indivíduos”, bem como do individualismo possessivo de John Locke. Será analisada, ainda, a passividade decisória dos cidadãos no período de consolidação do Estado liberal-burguês - através das contribuições teóricas da doutrina pandectista desenvolvida, especialmente, por Savigny e Windscheid -, garantida pela construção de um Judiciário oitocentista subserviente e estritamente sancionador, por contribuições dogmáticas de Montesquieu e de Georg Puchta, com o fechamento teórico operado pelo conceito de Estado como ente dotado de poder incontestável, desenvolvido pelo juspublicista alemão Georg Jellinek.

PALAVRAS-CHAVES: SUJEITO DE DIREITO; ESTADO LIBERAL-BURGUÊS; POVO; JUDICIÁRIO.

ABSTRACT

The present article has as intention to analyze the historical development, throughout 19th century, of the conception of right’s person beyond a mere expression of the civil law, demonstrating its structural importance for the consolidation of the liberal-bourgeois State while “government of laws, and not of men” and, consequently, its condition of efficient obstacle to the construction of a emancipatory concept of people. Initially will be demonstrated the importance previous doctrines to the liberal revolutions of the 18th century to build the right’s person as a "man of a thousand powers"(Portalís), with the presentation of the thought of Thomas Hobbes about the “society of individuals”, as well as of the possessive individualism’s doctrine of John

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Locke. It will be analyzed, still, the power to decisional passivity of the citizens in the period of consolidation of liberal-bourgeois State - through the theoretical contributions of the pandectistic doctrine by Savigny and Windscheid -, guaranteed by the construction of a subservient-punitive Judiciary, for dogmatic contributions by Montesquieu and Georg Puchta, with the theoretical closing operated by the concept of State as structure endowed with superior and extraordinary powers, developed by Georg Jellinek.

KEYWORDS: RIGHT'S PERSON; LIBERAL-BOURGEOIS STATE; PEOPLE; JUDICIARY.

1. INTRODUÇÃO

O “sujeito de direito” e as teorias que o explicam, constituíram mais um obstáculo ao desenvolvimento de um conceito emancipatório de povo. Lembra Rafael Cavichioli, em belíssima dissertação (2006, *passim*), que a figura do “sujeito de direito” passa a ser funcionalizada, quando dos primeiros traços distintivos da Modernidade, como um instrumento de contenção da contingência da realidade humana. Mais do que isto, o conceito de sujeito de direito contribuiu decisivamente para a construção da ordem jurídico-burguesa, revelando a adoção de antinômicas concepções de liberdade e igualdade – ou melhor, uma equidade lockeana – que esfacelaram eventuais pretensões de cidadania inclusiva em favor de seres humanos destituídos de mínimas condições para uma existência digna.

Nos manuais contemporâneos de direito privado, o conceito de “sujeito de direito” aparece como verdadeira aquisição evolutiva dos ordenamentos, afinal assim se ensina desde Savigny e Windscheid. Em face da cândida afirmação, própria dos manuais de direito civil – aliás, ainda refratários, em sua maioria, à necessidade de reconstrução constitucionalmente orientada dos institutos de direito privado –, de que o sujeito de direito é o titular de direitos e obrigações orientado por um vínculo psicológico com outros sujeitos (VENOSA, 2003, p. 149), não parece que esta construção representou sério obstáculo à concepção radicalmente democrática de povo e de cidadania. Ao contrário, disseminou-se a idéia, sobretudo no século XIX, de que o homem moderno gozava de múltiplas prerrogativas de autonomia negocial em que, conforme a definição do pandectista alemão Windscheid (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 242), os direitos subjetivos, magicamente, “[...] transpõem as prescrições da ordem jurídica objetiva para o poder de mando de sujeitos singulares de direito.” Jean-Étienne-Marie Portalis, membro da comissão elaboradora do Código Napoleônico, por sua vez, afirmava que “[...] cada homem é uma cidade com leis feitas para o seu proveito individual [...]”. (CAVICHIOI, 2006, p. 132-133). Institucionalizava-se, assim, a mítica concepção de um “homem de mil poderes”, como descreve Rafael Cavichioli (2006, *passim*), premiado com as benesses de um humanismo burguês supostamente preocupado com a

felicidade individual, em que as normas de direito privado passavam a ser, nas palavras de Portalis, “a única moral do povo”. (CAVICHIOLO, 2006, p. 120).

2. A CONTRIBUIÇÃO DE HOBBS E DO INDIVIDUALISMO POSSESSIVO DE LOCKE PARA O DESENVOLVIMENTO CONCEITUAL DO “SUJEITO DE DIREITO”

O poder de encantamento da concepção de “sujeito de direito” sobre os homens é compreensível, em especial naqueles que estavam privados dos bens de produção, e projetavam sua mudança de estamento social, pois se assentava, fundamentalmente, na idéia de liberdade e individualismo radicais, preconizados por Hobbes: a liberdade significa não estar impedido em fazer o que se tem vontade de fazer! Nesta proposição, “o princípio do Direito é a liberdade identificada como poder do indivíduo que não conhece outro limite a não ser outra liberdade individual”. (CAVICHIOLO, 2006, p. 123). Em significativa passagem, Rafael Cavichioli (2006, p. 121) afirma que um dos embriões do pensamento hobbesiano e, portanto, desta sedutora construção do pensamento liberal-burguês, reinante na Modernidade, em que se constitui o sujeito de direito, encontra-se, antes mesmo de Hobbes, nas proposições do escolástico Guilherme de Occam, forjando-se o conceito, mais amplo, de “sociedade de indivíduos”, *in verbis*:

[...] a filosofia hobbesiana e o seu individualismo radical (*cujas raízes remontam ao nominalismo ockhamiano*) representam a concepção de sociedade consolidada nos mais importantes textos normativos que inauguram a Modernidade jurídica: 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 demais. [...] O individualismo hobbesiano não vislumbra a sociedade como um conjunto, como uma rede de relações; ao contrário, a sociedade e as relações sociais são um mal necessário que estabelecem limites à liberdade absoluta do indivíduo. (grifo nosso).

Hobbes, certamente, já pressentia a impossibilidade de manutenção da governança descentralizada dos barões medievais. Para ele, já era perceptível a superação deste modelo que, assim, clamava rápidas alterações com vistas ao prolongamento de sua existência. Nos séculos seguintes, o rei não poderia mais afiançar “[...] a sua boa moral perante Deus por meio do sermão de governar para “o povo” e para o bem deste”. (MÜLLER, 2003, p. 69). Percebe-se, assim, que a atraente proposição hobbesiana de uma sociedade de indivíduos dificultaria o desenvolvimento de uma proposição

inclusiva, imanente ao conceito emancipatório de povo compreendido, no atual paradigma democrático, com o conjunto de jurisconsortes livres e iguais.

Proclamando uma sociedade de indivíduos e insinuando a figura do sujeito de direito, Hobbes fornece subsídios teóricos para a concretização do ideário burguês de consolidação do poder político. Com efeito, Habermas (1997, v. 1, p. 123) tem razão ao afirmar que Hobbes foi, verdadeiramente, o teorizador (embora, cremos, tenha sido, apenas, *um* dos teorizadores) de um Estado constitucional burguês sem democracia, muito mais do que um defensor do Estado absolutista. Nesta mesma passagem, Habermas insiste que, para Hobbes – que não deixaria de equipar os súditos com direitos privados – o problema da legitimação do poder não deve se resolver com o implemento de processos de legislação democrática, mas ao contrário: no momento da constituição do poder do Estado-Leviatã, tais processos devem desaparecer.

Após esta reflexão sobre um dos teóricos que contribuíram para a idealização e criação de um Estado liberal-burguês centrado na figura de indivíduos egoístas, orientados pelo sucesso que o direito privado atribui a eles (HABERMAS, v. 1, p. 124), podemos responder positivamente à seguinte indagação (COSTA, 2003, p. 110): o sujeito de direito é uma criação típica e estruturalmente necessária do modo de produção capitalista?

Edmund Burke (BURKE apud CAVICHIOLI, 2006, p. 134), político irlandês que se notabilizou pelos seus escritos críticos aos direitos subjetivos instituídos nas revoluções liberal-burguesas, já insinuava que o “[...] caráter metafísico e abstrato dos direitos do homem tem como nefasto efeito permitir que eles sirvam de motivo para a sua própria violação.” Esta natureza abstrata e, talvez por isto, “conceitualmente autófaga”, dos direitos subjetivos gestados na Modernidade continha um propósito velado do liberalismo burguês: conquistar a empatia dos indivíduos em geral, fazendo-os crer que eram efetivamente livres e regentes do seu próprio destino, bem como portadores de direitos fundamentais individuais que os autorizariam a conquistar sucesso econômico e felicidade, sob a vigília de um Estado absentista que só teria o escopo de prover a segurança interna e externa. Não é de se espantar que o liberalismo tenha ofertado, apenas, liberdade formal, pois era tão-somente o que se queria atribuir ao povo em geral! Liberdade esta formal porque aparente, visto que, para o exercício das liberdades individuais conquistadas nas revoluções liberais do século XVIII, exigia-se do homem moderno mais do que o domínio sobre seu corpo e sua força de trabalho. O homem deveria, também, ser *proprietário*, pois apenas deste modo poderia usufruir plenamente dos direitos subjetivos e liberdades públicas de um Estado burguês. Rafael Cavichioli, ao analisar, criticamente, a dogmática contemporânea em torno da figura do sujeito de direito, revela a preordenada ação burguesa de mutilação da relação triádica indivíduo-cidadão-povo – ressalta-se, ainda embrionária, à época das revoluções liberal-burguesas –, ensejadora de conteúdos de socialização/democratização dos direitos. Frise-se, ainda, que Cavichioli (2006, p. 133), ao realizar a sobredita análise, apresenta a denúncia de Marx sobre qual a verdadeira liberdade almejada pelo pensamento liberal-burguês, *in verbis*:

A emancipação política apregoada pelas revoluções liberais do século XVIII não trazem a emancipação humana, pois a sociedade burguesa carrega consigo as contradições inerentes à apropriação privada dos meios de produção e o Estado, ao se apresentar como defensor da liberdade, manifesta-se como defensor da liberdade do proprietário, definindo o “meu e o teu”. Marx aponta que a lei da liberdade é a lei da propriedade privada. O Estado Moderno, ao tutelar os direitos do homem, funcionaliza-se à atividade econômica capitalista. Os direitos subjetivos, portanto, também reproduzem a antinomia da funcionalização da Política (o público) à atividade econômica (o privado).

Embora não se negue que Hobbes, com suas concepções individualistas, contribuiu para o delineamento dos conteúdos egoísticos de sucesso material, característicos dos direitos subjetivos das codificações do século XIX, é John Locke que desenvolve a mais explícita fundamentação do sustentáculo principiológico ao pensamento liberal-burguês: o conceito de liberdade do homem.

Locke, aparentemente, preconiza um discurso essencialmente libertário, ao afirmar que o homem, retirando-se do estado de natureza com seu ingresso no modelo societário, tem na sua força de trabalho uma propriedade que lhe é exclusiva, consistindo num bem que o indivíduo dará a destinação que melhor lhe aprouver. Em verdade, para Locke, a força de trabalho dos indivíduos não era suficiente, pois teria que ser alienada para a subsistência do seu titular. Demonstrando que as críticas de Burke e Marx eram procedentes, a liberdade para Locke, em última análise, consistia na propriedade dos bens de produção – à época do pensador inglês, a propriedade da terra –, ou seja, apenas a burguesia nascente seria livre, pois “[...] o trabalhador, proprietário de sua força de trabalho, ao aliená-la, despiu-se de sua propriedade.” (COSTA, 2003, p . 106). Locke (1978, p. 53), em seu *Segundo tratado sobre o governo*, ainda buscou justificar a concentração de riqueza da burguesia agrária e a suposta liberdade que pregava, *in verbis*:

[...] é evidente que os homens *concordaram com a posse desigual e desproporcionada da terra*, tendo descoberto, *mediante consentimento tácito e voluntário*, a maneira de um homem possuir lícitamente mais terra do que aquela cujo produto pode utilizar, recebendo em troca, pelo excesso, ouro e prata que podem guardar sem causar dano a terceiros [...] (grifo nosso).

Com efeito, vemos que procede a análise de Mcpherson, na obra *Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke* (MCPHERSON apud COSTA, 2003, p. 108), revelando que a sociedade, na perspectiva de Locke, “[...] é um artifício humano para a proteção da propriedade individual [...]”, na qual se cristalizou uma deplorável concepção individual-instrumental do papel do cidadão. (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 286), inviabilizando a construção de um conceito emancipatório de povo.

3. PASSIVIDADE DECISIONAL DOS SUJEITOS DE DIREITO E O JUDICIÁRIO OITOCENTISTA: OS LEGADOS TEORÉTICOS DE MONTESQUIEU, SAVIGNY, WINDSCHEID E PUCHTA

Se na Idade Média, a variedade de ordens jurídicas sem entrosamento leva ao surgimento da figura do “juiz agente do rei”, bem como dos tribunais eclesiásticos e corporativos independentes, marcados por odiosa parcialidade judicante, tornando difícil a caracterização de uma magistratura medieval (DALLARI, 1996, p. 11), esta passa a ter novas feições estruturais na Europa Continental e nos Estados Unidos da América, após as chamadas Revoluções Burguesas. No século XVIII, já se avista a profissionalização e grande independência da magistratura na Europa Continental. A magistratura já correspondia, na França, ao que se poderia denominar de serviço público, contudo - e ressalte-se, lamentavelmente - o cargo de juiz, membro dos *Parlements*, era uma propriedade privada, podendo ser vendida ou alugada. (DALLARI, 1996, p. 14-15). A função judicante, neste período, era rentável, sendo difícil ao povo em geral, fazer uso deste serviço. Contudo, o temor e o ódio à magistratura, alimentados nos séculos anteriores, legaram ao Judiciário, que iria se organizar como poder na Constituição francesa de 1791 e nos Estados Unidos com o advento do *Judiciary Act*, em 1801, o estigma da desconfiança dos demais poderes constituídos e da sociedade.

Entre o final do século XVIII e início do século XIX, correspondente à efetiva consolidação de um Estado de direito liberal-burguês, através de constituições escritas e codificações que garantiam a propriedade privada e as liberdades negativas frente ao Poder Público, é que o Judiciário organiza-se como atividade fundamental do Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo. Vale dizer que as lições de Montesquieu^[1], em sua obra *O espírito das leis*, propõem, ainda que bastante imprecisa, uma função estatal de julgar. Montesquieu dedica-se a falar, sem a indicação sistemática das atribuições de cada um, de poder legislativo e executivo. O pensador francês (DALLARI, 2003, p. 218), certamente sensibilizado por sua atuação no *Parlement* de Bordeaux como juiz – onde os julgadores “cobravam caro” por uma tutela jurisdicional, afinal eram “proprietários da função judicante” – , fala, tão-somente, em um “poder executivo das coisas de que depende o direito civil” que, ao explicar com mais minúcias, qualifica de “poder de julgar”. Este certo “desconforto” de Montesquieu ao descrever o que seriam as funções judiciárias e, até mesmo, em qualificá-las como constitutivas de um poder estatal distinto do Executivo, insere-se na histórica desconfiança liberal-burguesa de um “Judiciário” organizado como ente estatal independente, face ao legado de uma magistratura corrupta na França. (SOUZA CRUZ, 2004, 83). Pode ser tributada à

mencionada divisão das funções estatais, propugnada por Montesquieu, também, uma teoria da decisão judicial, pela qual um julgador politicamente neutro apenas exterioriza a vontade do legislador ao aplicar o comando normativo em sua literalidade, ao caso submetido à sua apreciação. Isto, *supostamente*, atribuía legitimidade à decisão judicial, visto que impediria a arbitrariedade no exercício da jurisdição. (SOUZA CRUZ, 2004, p. 73). Influenciado pelo enaltecimento liberal do Parlamento e pela histórica desconfiança em torno do comportamento dos magistrados – algo bastante justificável ao tempo de suas reflexões – Montesquieu preconizava um Judiciário nulo e invisível, em verdadeira negativa da tripartição dos poderes (PELICIOLI, 2006, p. 27), até porque o pensador francês acreditava que os juízes eram “[...] seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor [...]”. (MONTESQUIEU apud PELICIOLI, 2006, p. 27). Tudo isto inviabilizou, até o século passado, a conversão do espaço judiciário em manancial de construções decisórias inclusivas e democraticamente radicais, no qual as decisões da magistratura resultassem de uma *produção co-autorizada* entre juízes e povo. Na atualidade, são oportunas as palavras de Habermas (1997, v. 1, p. 233) afirmando que, “[...] na perspectiva da teoria do poder, a lógica da divisão dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo [...]”, o que exige uma magistratura imparcial e independente, em co-autoria decisória com os cidadãos, todos orientados pelos princípios processuais-constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. (LEAL, 2002, *passim*).

Claro que esta visão submissa e, portanto, não emancipatória das atividades judicantes, propugnada por Montesquieu, lastreia-se, em grande medida, numa confortável passividade decisória que os sujeitos de direito do Estado liberal-burguês foram lançados. A falsa compreensão do sujeito de direito como um “homem de mil poderes” (CAVICHOLI, 2006, p. 127), apregoada por um dos representantes do movimento codificatório do direito francês - o já citado Jean-Étienne-Marie Portalis -, pode ser debitada a setores do pensamento pandectista alemão, representada por juristas como Windscheid e Savigny[2]. Savigny, aliás, definirá “direito subjetivo” nos seguintes termos: “[...] o direito, considerado na vida real, abraçando e penetrando por todos os lados o nosso ser, aparece-nos como um poder do indivíduo. Nos limites deste poder, reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos.” (SAVIGNY apud CAVICHOLI, 2006, p. 124). Savigny preconiza a auto-suficiência pressuposta do indivíduo, vulnerando qualquer esboço de um conceito emancipatório de povo[3], compreendendo que o direito subjetivo é “[...] legítimo por si mesmo, porque ele, partindo da invulnerabilidade da pessoa, da aplicação livre da vontade individual, garante uma região de dominação independente.” (HABERMAS, 1997, v. 1, 116). Outro pandectista, Windscheid (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 242), tinha uma visão bastante autoritária e egoísta dos direitos subjetivos, afirmando que eles “[...] apenas transpõem as prescrições da ordem jurídica objetiva para o poder de mando de sujeitos singulares de direito.” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 242). Estas proposições da vanguarda pandectista ganharão sensível efetividade graças à principal característica do direito do século XIX: a positivação do direito em leis ou codificações, ou seja, o direito como norma posta[4].

O século XIX, segundo Helmut Coing (COING apud FERRAZ JR., 1994, p. 73), “[...] representa ao mesmo tempo a destruição e o triunfo do pensamento sistemático legado pelo jusnaturalismo, o qual baseava todas as forças na crença ilimitada na razão humana”. As concepções pandectistas de direito subjetivo e de sujeito de direito devem

sua exitosa repercussão ao próprio sentido filosófico da posituação, pois esta “[...] designa o ato de positivizar, isto é, de estabelecer um direito por força de um ato de vontade.” (FERRAZ JR., 1994, p. 75), embora tenhamos em conta a resistência ao direito codificado ou legislado, na Alemanha, apresentada pela “Escola histórica do direito”, liderada pelo pandectista Savigny[5]. A mítica pretensão de “estabilidade egoística” dos interesses burgueses encontrava no pandectismo instrumentalizado em movimentos de redução do jurídico ao legal, presentes nos modelos de direito codificado, a gênese do seu desenvolvimento. Com efeito, desenvolve-se, conforme destaca Boaventura de Souza Santos (2002, p. 124), um direito caracterizado pelo “[...] formalismo técnico-racional, supostamente neutro em relação à ética e apenas preocupado com a perfeição técnica, a coerência lógica, a abrangência e previsibilidade totais [...]”, operando-se a colonização do mundo da vida pelo direito dos códigos, em que um Estado burguês de direito legitima sua dominação política sob a forma de dominação técnico-jurídica. (SOUZA SANTOS, 2002, p. 143).

O sujeito de direito e a retórica dos direitos subjetivos ganham, assim, considerável funcionalidade, em favor das elites dirigentes, através do processo codificatório empreendido no século XIX, pois “[...] os Códigos Civis oitocentistas [...] atendem justamente à segurança jurídica necessária ao modo capitalista de produção [...]” (CAVICHIOLO, 2006, p. 242), alimentando no homem liberal a ingênua convicção, profetizada por Jean-Étienne-Marie Portalis, de que cada homem é uma cidade com leis feitas para o seu proveito individual. (CAVICHIOLO, 2006, p. 132-133). A sobredita redução do jurídico ao legal gera um estado de letargia mobilizatória dos indivíduos, que se sentem amparados por uma prometida “paz perpétua” fundada no conceito de segurança jurídica, posto que o legalismo liberal-burguês “[...] possibilita aos sujeitos de direito um alívio em relação às decisões éticas a serem tomadas, uma vez que os modos de comportamento são expressos através de leis.” (MOREIRA, 2004, p. 37). A atomização liberal do ser humano na figura do sujeito de direito preconizará a crença da desnecessidade do homem moderno de organizar-se solidariamente com seus pares enquanto povo, pois um legislador político apresenta-se como mandatário – ou mais que isto, verdadeiro e exclusivo titular – da soberania popular, que expressa o direito moderno através da positividade de sua vontade. (MOREIRA, 2004, p. 37). O direito moderno, conforme discorre Luiz Moreira (2004, p. 47), transformar-se-á em poder externo, imposto de fora, o que explicaria o fato dos sujeitos de direito estarem dispensados de se orientarem por motivações éticas[6], posto que somente se exigia dos indivíduos uma obediência abstrata ao sistema jurídico. Institucionaliza-se uma ordem jurídica de ação estratégica, em que o direito moderno satisfaz as exigências sistêmicas da esfera econômica, viabilizando a instauração de padrões comportamentais que têm como eixo ações racionais conforme fins. (MOREIRA, 2004, p. 38).

Frente ao que se narrou, assiste-se a um Judiciário oitocentista descomprometido de causas coletivas e emancipatórias do povo, mas a serviço de uma ordem liberal-burguesa, em que a retórica de Savigny sobre o bom “direito dos professores[7]” tem seu formalismo técnico-racional de matriz cartesiana aprofundado pela denominada “Jurisprudência dos Conceitos” de Georg Friedrich Puchta. Puchta (SOUZA CRUZ, 2004, p. 78-79), inspirado pelo historicismo de Savigny e por pretensioso cientificismo positivista, prega a adoção de uma “genealogia dos conceitos” que buscaria atribuir significado unívoco e imutável às expressões dos textos jurídicos, permitindo uma suposta clareza/exatidão das normas jurídicas “particulares”, a serem obtidas em decisões judiciais. Este aparente espaço de “significação judicante”, concebido por

Puchta, ensejou um direito enquanto “monopólio dos juristas” (SOUZA CRUZ, 2004, p. 79), ampliando o distanciamento entre os estratos sociais mais periféricos e o Estado liberal, pois se constrói um direito auto-referenciado e pretensiosamente neutro, a ser aplicado pelo julgador burguês. Oportuno é o retrato crítico feito por Karl Marx e Friedrich Engels (2005, p.133), na obra *A ideologia Alemã*, deste Judiciário e do direito aplicável à época, *in verbis*:

Para honra e proveito de uma sociedade que é ainda pequeno-burguesa e semifeudal, pode-se rebaixar esse direito ao seu próprio nível, *simplesmente pela prática judicial* [...] ou então, *com a ajuda de alguns juristas supostamente ilustrados e moralizadores*, pode-se recopiá-lo em um código próprio, ajustado ao nível da sociedade [burguesa]; código que, nessas condições, não terá outro remédio senão ser o mau também sob o ponto de vista jurídico [...] (grifo nosso).

Se ocorre uma mitigação do temor burguês em relação aos julgadores, face ao modelo de hermenêutica asséptica que estes empregam, com a expressiva contribuição de Puchta, o medo e a desconfiança dos cidadãos em geral agrava-se, e com fundadas razões. Lembra-nos Luiz Moreira (2004, p. 49) que se tem, neste período, a formação de um aparato judicial estatalizado, tendo-se o magistrado como aquele que garante a ordem jurídica liberal através de um poder sancionador, sendo que esta posição do julgador lastreia-se numa necessidade estrutural desta ordem ter um defensor, a serviço da opressão/conformação de estratos sociais periféricos. Compreendemos que aqui se principia a mítica narrativa dos juízes como heróicos guardiães das leis e da constitucionalidade – originariamente preconizada por Sieyès (SOUZA CRUZ, 2004, p. 82).

Por derradeiro, lançando nosso olhar aos Estados Unidos da América, há que se dizer que é no século XIX, no que toca ao desenvolvimento de uma função estatal de julgar, o início de um efetivo controle de constitucionalidade das leis, implementado por um Judiciário organizado como atividade fundamental do Estado. Inicialmente, sob a forma difusa de controle, através da decisão do *Chief Justice* John Marshall, este e os demais juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 24 de fevereiro de 1803 [8], no célebre caso *Marbury v. Madison*, reconheceram-se como portadores do poder de *judicial review*, deixando evidenciado que eram justificáveis as limitações à produção normativa do Parlamento que tentasse vulnerar a supremacia da Constituição. Contudo, Marshall e seus pares, é bom frisar, não rompem com as idéias do positivismo jurídico liberal-burguês e da sua hermenêutica supostamente neutra e auto-referenciada. Marshall (SOUZA CRUZ, 2004, p. 89) empregou as características típicas da hermenêutica clássica, numa subsunção simples do texto constitucional sobre o texto da norma infraconstitucional, com o implemento de mecanismos formais/abstratos de confrontação normativa. Tanto é verdade que, apenas em 1857, no caso *Dred Scott vs. Sandford*, outra lei federal foi objeto de controle de constitucionalidade. Orientados pelo

formalismo do devido processo legal adjetivo e pela doutrina do *self restraint*, o controle de constitucionalidade, em seu nascedouro, consistia numa mera aferição da subsunção formal dos textos infraconstitucionais à Carta Magna, evitando o pertinente exame do conteúdo substantivo dos comandos normativos.

4. O ARREIMATE DO JUSPUBLICISMO NASCENTE PARA A MANUTENÇÃO DA PASSIVIDADE DECISIONAL DOS SUJEITOS DE DIREITO: AS CONCEPÇÕES DE JELLINEK SOBRE ESTADO, PODER E POVO

Após a exposição sobre o desenvolvimento, consolidação e repercussão da figura do sujeito de direito, em contraponto à concepção emancipatória e democrático-inclusiva de povo, é importante apresentar uma visão teórica construída após o período de esplendor funcional do capitalismo fabril, em que o Estado burguês de direito buscava frear os efeitos da crítica marxista, através de concessões normativas pontuais ao proletariado, a exemplo da paternalista legislação social desenvolvida por Bismarck na Alemanha, já se insinuando a transformação do Estado liberal em mítico Estado social de direito. (BONAVIDES, 2001, p. 184). Este Estado burguês em mutação clamava um arsenal jurídico-dogmático futuro, a justificar a posterior ação intervencionista dos Poderes Públicos aparentemente caracterizados, até então, como absenteístas, mantendo a sociedade num “quadro de letargia mobilizatória” pela crença na desnecessidade de se organizar solidariamente enquanto povo, afinal uma obscura *volonté générale* rousseauniana atribuída ao Estado estaria em - pressuposta - conformidade com a vontade de todos. (TESTONI BINETTI, 1998, p. 1299). Neste ponto apresentam-se os estudos desenvolvidos por Georg Jellinek.

Bastante influenciado pelo juspublicista alemão Gerber, Georg Jellinek tem o mérito de propor uma teoria geral do Estado enquanto disciplina autônoma. (DALLARI, 2003, p. 4). Antes de falarmos sobre a concepção de povo que Jellinek invoca, é necessário refletir sobre as concepções de poder e Estado propostas por este autor. Evidencia-se na obra de Jellinek a idéia de que o Estado constitui uma entidade salvífica, dotada de força incontestável, capaz de ofertar o único caminho viável para a vida societal. Desenvolvendo uma concepção dogmática de povo, com o escopo mais amplo de desenvolver um direito público de feição liberal (SOARES, 2001, p. 220), Jellinek afirma que o Estado é dotado de um *poder dominante originário e irresistível*. (DALLARI, 2003, p. 110). Seria *originário* porque o Estado Moderno se afirma a si mesmo como o princípio originário dos submetidos. Em seu dogmatismo teórico de resultados, Jellinek não se preocupa com os efeitos antidemocráticos e opressivos sobre um povo que, em fins do século XIX, clama por uma progressiva inserção político-jurídica nos processos decisórios do Estado, a exemplo das lutas operárias para a melhoria das condições gerais de vida do trabalhador fabril. Desse modo, soa-lhe aceitável ver o conjunto do povo como “submetidos”. Este poder estatal seria, também, *irresistível*, exatamente por ser dominante, em que dominar, para Jellinek, significava mandar de um modo incondicionado e poder exercer coação para que se cumprissem as ordens dadas. (DALLARI, 2003, p. 110). Ao atribuir o traço de irresistibilidade ao poder estatal, Jellinek fundamenta o uso “legítimo” de força bruta do Estado num empedernido voluntarismo rousseauniano, em que se concebe a aceitação pressuposta

pelo povo das decisões do Poder Público, um gestor onisciente dos anseios dos cidadãos. Lembra Dalmo Dallari (2003, p. 111) que, impressionado com os excessos desta força pública incondicionada e coativa representada no “poder irresistível”, Jellinek afirma que, em Estados plenamente desenvolvidos ou em situações de normalidade – normalidade, frise-se, inexplicada pelo autor –, o poder dominante terá o caráter de poder jurídico. Neste ponto, fica patente a vinculação do pensamento do juspublicista alemão com a idéia rousseauiana de que a vontade racional do Estado está conectada à vontade popular, no que os anseios deste estão pressupostamente conformados à ação do legalismo estatal. Em termos mais explícitos e veementes, Jellinek apresenta um modelo liberal de juridificação das relações entre Poder Público e sujeitos de direito, no qual se sonega aos indivíduos um *espaço discursivo-procedimental da soberania popular* (LEAL, 2002, p. 173-174) que possa conferir legitimidade instituinte à ordem jurídica burguesa no início do século XX, com a prerrogativa de todos os cidadãos atuarem de modo democrático e incluído nas construções decisórias do Estado.

Expostas as compreensões de Jellinek sobre poder e Estado, não impressiona que o arsenal jurídico-dogmático desenvolvido pelo autor resida no caráter meramente funcional que se atribui ao conceito de povo. Com efeito, o povo, para Jellinek (SOARES, 2001, p. 220), teria uma dupla função. O povo, primeiramente, funcionaliza-se como elemento da associação estatal, enquanto o Estado é o sujeito do poder público. Ou seja, o povo atua como um “garante” constitucionalmente qualificado, mas somente audível pelo Estado, autorizado a traduzir “legitimamente” a vontade popular. Contudo, é a segunda função atribuída ao povo, que o afasta de qualquer significância emancipatória: o povo como objeto da atividade estatal. (SOARES, 2001, p. 221). Esta “reificação” do povo constituiria a causa da autoridade do poder do Estado, no qual aquele é objeto do *imperium* deste.

Por óbvio, na perspectiva de sua dogmática do Estado total e reificante da soberania popular, Jellinek via os magistrados (SOUZA CRUZ, 2004, p. 84) como funcionários de menor relevância na estrutura do Estado, consistindo a vontade destes num mero “reflexo necessário” da vontade do governante, visto que a vontade deste era tida como a exata materialização dos anseios populares.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se a análise dos obstáculos ao desenvolvimento do conceito de povo, sobretudo durante o período de consolidação do Estado burguês de direito, em que o ser humano sofre um brutal processo de atomização liberal na figura do “sujeito de direito”.

É fácil perceber o caráter artificial da noção histórica de sujeito de direito (MIAILLE, 1994, p. 114) que, em termos mais precisos, promove a atomização do povo

a serviço da ordem liberal-burguesa em busca de consolidação do seu poder político. Embora os defensores de um social-liberalismo contemporâneo, resistente às investidas saneadoras do constitucionalismo processual-democrático que progressivamente se impõe na atualidade, insistam, conforme assevera Michel Miaille (1994, p. 117), que a figura burguesa do sujeito de direito era um efeito do viver melhor ou da melhor consciência na Modernidade, este exprimia apenas outro estágio das transformações sociais: a cristalização de uma ordem jurídica a serviço de elites dirigentes que repeliam, a todo custo, a construção decisória co-autorizada entre o povo e os poderes constituídos.

Com efeito, a Modernidade de matiz liberal-burguesa ofertou níveis tão elevados de opressão ao povo, que a reação de grupos sociais organizados obriga as elites dirigentes a “reinventarem” o modelo de estatalidade liberal, sob a forma de um ente paternal-tutelar - visível, especialmente, nos estudos de Jellinek - que se propõe ao acolhimento dos menos favorecidos pela intensa intervenção governativa nas atividades sociais, com destaque para as questões econômicas: no crepúsculo dos Oitocentos já se enxergava o mítico Estado social de direito e sua vocação interventiva, com vistas à proteção das elites governativas.

Assim, mostrou-se exitosa a empreitada jurídico-burguesa de criação e manutenção da concepção de “sujeito de direito”, sobrevivendo ainda incólume às investidas teórico-saneadoras da pós-modernidade democrática.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 230 p.

CAVICHOLI, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito**: da filosofia humanista à dogmática contemporânea. 2006. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

COLLIVA, Paolo. Vocábulo “Povo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale *et al.* 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 2, 656 p.

CORDEIRO LEAL, André. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito**: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 134 f. Tese. (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

COSTA, Eder Dion de Paula. Povo e cidadania no estado democrático de direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 38, p. 101-121, 2003.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. 230 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 307 p.

_____. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. 163 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. 687 p.

GOZZI, Gustavo. Vocábulo “Estado contemporâneo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale *et al.* 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 1, 674 p.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. 404 p.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, 354 p.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, 352 p.

_____. Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre nação, estado de direito e democracia. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 52, p. 102-121, nov. 1998.

_____. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições** Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 540 p.

_____. O estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Tradução de Antonio Sérgio Rocha. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 43, p. 87-101, nov. 1995.

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. **Instituto de Estudos Avançados**, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 4-19, out. 1989.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006. 182 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A principiologia jurídica do processo na teoria neoinstitucionalista.** Disponível: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf> . Acesso em: 26 jun. 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo civil e sociedade civil.** Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo_civil_e_sociedade_civil.pdf> . Acesso em: 12 out. 2006.

LEAL¹, Rosemiro Pereira. **Processo e democracia:** a ação jurídica como exercício da cidadania. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo_e_democracia.pdf> . Acesso em 28 set. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo.** 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. 2, p. 13-25.

LEAL², Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo.** 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. 339 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Landy, 2002. 206 p.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); WALTER, Carlos H. (Org.) *et al.* **Significados equívocos de Estado, Poder Público e União na constitucionalidade brasileira:** projeto de pesquisa. ProPIC/FCH/Universidade FUMEC, mar.2005/fev.2006.

LIMA FILHO, Francisco das C. **O Estado Social: modelo espanhol e modelo brasileiro.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=891>> . Acesso em: 11 nov. 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 351 p.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução de Frank Muller. São Paulo: Martin Claret, 2005. 147 p.

MATTEUCCI, Nicola. Vocábulo “Contratualismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale *et al.* 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 1, 674 p.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao direito**. Tradução de Ana Prata. 2 ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. 330 p.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004. 918 p.

MONTAGNOLI, José Américo Silva. **A possibilidade de inclusão discursiva radical do povo na atividade decisórias do Judiciário**. 2008. 148 p. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições Políticas) – Faculdades de Ciências Humanas da Universidade FUMEC, Belo Horizonte.

_____. Legitimidade do direito *versus* coerção. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 1-12.

_____. Por mais alteridade e menos autoridade: a necessidade da inclusão discursiva do povo na produção legislativa brasileira. In: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 1-17.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 203 p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumman. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132 p.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 436 p.

OPPENHEIM, Felix E. Vocábulo “Liberdade”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale *et al.* 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 2, 656 p.

PELICIOLO, Ângela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação de poderes. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 169, p. 21-30, jan./mar. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 818 p.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 566 p.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 492 p.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito, e a política na transição paradigmática. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, v. 1, 478 p.

TESTONI BINETTI, Saffo. Vocábulo “Vontade Geral”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale *et al.* 11 ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 2, 656 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 1, 663 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 234 p.

VICENTINO, Cláudio. **História geral**. São Paulo: Scipione, 1991. 351 p.

XAVIER, Vítor Cezar Silva. **Condição, dignidade e direitos humanos**: a perspectiva tomista. 2005. 112 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007. 238 p.

_____. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Sociologia**. 7. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 128-141.

WOLKMER, Antônio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 19, p. 1- 11, nov. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 216 p.

[1] Não se pode ignorar que, antes de Montesquieu, John Locke oferta uma sistematização doutrinária da separação dos poderes. Em seu *Segundo tratado sobre o governo*, o pensador inglês fala em quatro funções fundamentais: a legislativa, a executiva, a federativa e “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras” (atribuído apenas ao rei). Nota-se que *nada* se diz sobre função judiciária. (DALLARI, 2003, p.217).

[2] - Não se ignora, no presente artigo, que Savigny, pai da chamada “escola histórica do direito”, opunha-se frontalmente a idéia de codificação do direito ou sua materialização em leis pontuais. O pessimismo antropológico da Escola histórica compreendia que era inapropriada na Alemanha – local de surgimento da referida escola – a cristalização do direito numa única coletânea legislativa (BOBBIO, 1995, p. 52), por obstaculizar a revelação dos costumes, enquanto direitos que exprimem o “espírito do povo” (*Volksgeist*). Neste sentido, Savigny compreendia que o direito legislativo era a marca de sociedades em decadência. (BOBBIO, 1995, p. 62). Contudo, não se pode esquecer que a mesma escola histórica, liderada pelo também pandectista Savigny, é uma das precursoras do positivismo jurídico, como afirma Norberto Bobbio (1995, p. 53), ainda que tão somente no sentido de crítica intensa ao direito natural. É sobretudo por estas razões que apresentamos as concepções de Savigny para explicitar as reflexões em torno do sujeito de direito, até porque, mesmo criticado, Savigny empresta proposições que influenciaram a doutrina legalista do pensamento liberal-burguês.

[3] Como se deduz em nota de rodapé anterior, o fato de Savigny compreender que a fonte primacial de todo o direito – o costume – habita o “espírito do povo” (*Volksgeist*), não o faz nutrir uma visão emancipada de povo. Com efeito, o pessimismo antropológico da Escola histórica, de rigor, não compreendia que o povo, conscientemente, criava seu direito; para os membros desta Escola, como Savigny, o direito apenas surgia espontaneamente em meio ao povo, cabendo aos juristas conceberem a sua forma (NADER, 2005, p.159). Em suma: o direito, nesta linha de raciocínio, é uma criação de forma dos aplicadores do direito.

[4] Recomendamos atenção à nota de rodapé n. 5, a seguir, bastante esclarecedora deste trecho do artigo.

[5] Ressaltamos que, a despeito da maioria dos autores do pandectismo alemão, grandes responsáveis pelo desenvolvimento do conceito de “sujeito de direito”, estarem vinculados à “Escola Histórica do Direito”, cujo maior expoente foi Friedrich Carl von Savigny, que encara o costume (fonte espontânea do direito) como a fonte primacial de todo o direito, sobrepondo-se às ilusões e supostas arbitrariedades da *ratio scripta* – a

lei – (BOBBIO, 1995, p. 52) , haviam pandectistas na Alemanha, como Thibaut, que propunham exatamente o contrário. Thibaut, em crítica de matiz iluminista apresentada na obra *Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha* (1814) e exprimindo a posição da chamada “Escola Filosófica do Direito”, afirma que o renascimento da “nação alemã” seria favorecido pela codificação do direito (BOBBIO, 1995, p. 58).

[6] A análise de Luiz Moreira é aparentemente infundada, diante da constatação weberiana de uma ética subjacente às posições jurídico-econômicas dos indivíduos em nações capitalistas que professam o protestantismo. Max Weber, na obra *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, demonstra a astúcia negocial dos sujeitos de direito economicamente mais aptos e seu modo de vida capitalista assentava-se num *ethos*. (WEBER, 2007, p. 50). O empresariado e até significativos estratos de trabalhadores e do clero, assim, viam com naturalidade – pois vinculada a uma espécie de darwinismo econômico – as agruras do capitalismo, pois prevalecia a idéia de dever que o indivíduo tinha no sentido de aumentar seu capital, assumido como um fim em si mesmo, preconizada não apenas como um meio de fazer a própria vida, mas uma ética particular. (WEBER, 2007, p. 51). Contudo, como *ethos* particularizado que era, a ética social do capitalismo de “ganhar mais e mais dinheiro” (WEBER, 2007, p. 50) constituía verdadeira imanência às ações dos indivíduos, sendo, portanto, pressuposto de qualquer atuação jurídica dos sujeitos de direito. Isto posto, esta ética não era vislumbrada pelos atores sociais como motivação de seus atos que, por seu turno, eram vistos como decorrência de uma ordem jurídica positivada em leis e codificações. Cremos que é neste sentido o entendimento de Luiz Moreira de que os sujeitos de direito estariam “dispensados” de motivações éticas na prática de suas ações, além do argumento do próprio autor de que esta dispensa decorria de uma obediência abstrata, quase simbólica, do ordenamento jurídico.

[7] Primacialmente, é importante esclarecer a expressão “direito dos professores”, cunhada por Koschaker (1966) não significa dizer que o direito passasse a ser criado e produzido pelos professores, mas que a doutrina passava a ocupar um lugar mais importante que a prática e os doutrinadores a terem uma precedência sobre os profissionais do direito (FERRAZ JR., 1994, p. 77). Embora juristas como Bülow vissem nesse “direito dos professores” – tendo como destaque, por óbvio, as ponderações de Savigny – a demonstração academicista de que as normas consuetudinárias reduziam a importância da atividade dos juízes na história alemã (CORDEIRO LEAL, 2005, p. 42), lembra-nos Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 78) que os práticos, em que se qualificam os julgadores, educados nas Universidades, viam suas decisões influenciadas pelo direito professoral, pois as teorias construídas pelos acadêmicos encontravam grande ressonância nos julgados.

[8] Vários autores (VILHENA, 2002, p. 50-51; SOUZA CRUZ, 2004, p. 84-86) relatam que é na Inglaterra do século XVII a efetiva gênese do controle de constitucionalidade. Embora, paradoxalmente, a Inglaterra não admitisse a supremacia/rigidez do *common*

law (normas costumeiras) e do *statute law* (normas escritas), formadoras de uma Constituição inorgânica (SOUZA CRUZ, 2004, p. 85), são as históricas decisões de Lorde Coke que suscitam a necessidade de controle dos atos do parlamento inglês, influenciando os tribunais coloniais americanos e inspirando, decisivamente, o modelo de *judicial review* norte-americano, criado quase 200 anos depois.