XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

HISTÓRIA DO DIREITO

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

RICARDO MARCELO FONSECA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H673
História do Direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Gustavo Silveira Siqueira, Ricardo Marcelo Fonseca – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-348-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. História do Direito. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

Nas primeiras páginas de “Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio”, António Manuel Hespanha, lembra a necessidade de instigar “uma forte consciência metodológica nos historiadores. ”. Fazer uma história do direito que não seja um simples entendimento do passado pelo presente, que não seja um marco de legitimação do direito atual e que entenda as descontinuidades, alterações de conceitos, sentidos e instituições, exige, em primeiro lugar, consciência metodológica.

É flagrante que a consciência metodológica, melhor é acompanhada da percepção dos poderes “periféricos” conviventes com o direito, e o entendimento do próprio direito como elemento imerso no contexto social.

A História do Direito, disciplina recente ou inexistente, em grande parte dos cursos de Direito (e de História) no Brasil desperta paixões e algumas confusões. Como área é destaque em produtividade, organização e internacionalização. No entanto, como disciplina, ainda sofre para se estabelecer e/ou se conhecer.

Explica-se: talvez por sua “juventude” a história do direito, ressalvando aqui uma série de instituições de ponta, do sul ao norte do país, ainda seja confundida como uma filosofia, sociologia ou uma pobre história das leis.

No Brasil, ainda é comum encontrar trabalhos pretendendo grandes análises que impõem cruzamentos arbitrários e superficiais de centenas ou milhares de anos de história, para legitimar o direito atual como sendo melhor, mais racional, justo ou moral. A preocupação com a alteração dos conceitos, a percepção que o direito muda no tempo e no espaço e o uso crítico da história do direito, ainda não fazem parte de grande maioria das grades disciplinares no país.

Frise-se aqui que a crítica não recai sobre uma história simplesmente positivista, mas a um ausente uso de qualquer tipo de metodologia para a história do direito.

Desta forma, todo debate de historia do direito, necessariamente, é um debate de metodologia. Tal qual a forma, os olhos e as posições alteram a imagem de um caleidoscópio, as metodologias, os conceitos e os métodos alteram as percepções, as perguntas e respostas da história do direito.

Portanto, a criação de mesas e grupos de trabalho de História do Direito em vários Congressos e encontros jurídicos brasileiros, ainda mais quando são acompanhados de pesquisadores e professores do Instituo Brasileiro de História do Direito (IBHD), pontuam para a expansão crítica e problematizante da área, assim como concorrem para o fortalecimento de intercâmbios e experiências entre as diversas pesquisas realizadas no Brasil.

Os artigos apresentados neste livro são o resultados dos trabalhos apresentados no Encontro Nacional do Conpedi em Curitiba no ano de 2016. O leitor perceberá que a consciência metodológica perpassa alguns trabalhos e fica de fora em outros. Como disciplina jovem no Brasil, a história do direito, ainda busca os passos firmes para se sedimentar como uma disciplina fortemente crítica em todos os país. Os debates no CONPEDI auxiliam a capacitação de professores e pesquisadores do tema e serve com o embrião de debates do tema.

TEORIA DO DIREITO OCIDENTAL: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA EM JOHN MAURICE KELLY

THEORY OF WEST RIGHT: A HISTORICAL APPROACH TO THE VISION OF JOHN MAURICE KELLY

Antonio Francisco Frota Neves [1]

Resumo

O artigo aborda uma breve história da teoria do direito ocidental, segundo John Maurice Kelly. Por método dedutivo comparativo bibliográfico traça-se os fundamentos do Estado, expondo o conceito do direito, identificando-o no contexto das revoluções. Realismo e função judicial em Hart em conexão com o movimento "estudos jurídicos críticos". Faz alusão ao movimento do "direito e economia" discutindo a análise econômica do direito da Escola de Chicago. Conclui que a pacificação social pelo direito é comum às mais diversas teorias normativas.

Palavras-chave: Direito, Justiça, Realismo jurídico, Análise econômica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The article gives a brief history of the theory of Western law, according to John Maurice Kelly. For bibliographic comparative deductive method draws up the foundations of the state, exposing the concept of law, identifying it in the context of revolutions. Realism and judicial function in Hart in connection with the movement "critical legal studies". Refers to the movement of "law and economics" discussing the economic analysis of law of the Chicago School. It concludes that the social peace by right is common to several normative theories.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Justice, Legal realism, Economic analysis of law

[1] Mestre em Direito pela UCB-DF, doutorando pela UNICEUB-DF, advogado e Professor de Direito Tributário, Ambiental e Direitos Humanos no UNIPROJEÇãO.

1. Introdução

O presente artigo traz um levantamento histórico-jurídico referente à segunda metade do século XX, no contexto da obra de John Maurice Kelly – "uma breve história da teoria do direito ocidental", período esse, marcado pela polarização de duas grandes ideologias políticas, de um lado, o liberalismo, ainda que mitigado por uma possibilidade de apoio social redistributivo e de outro, os regimes declaradamente marxistas, unipartidários e de viés eminentemente autoritários.

A segunda e grande guerra mundial, no final da primeira década do século XX, foi sem dúvida alguma, o marco histórico e geopolítico-ideológico do que se sucederia nos próximos 50 anos. De forma mais efusiva, o capitalismo digladiou-se com o socialismo-comunismo nos 30 anos que se seguiram ao pós-guerra. O mundo ficou dividido politicamente em dois grandes sistemas, de um lado capitaneado pelos Estados Unidos da América, juntamente com os países da Europa Ocidental; de outro lado, pela extinta União Soviética (exceção feita à China, que nunca se deixou comandar por nenhuma potência mundial, pelo menos, no último século). Para Kelly (2010, p. 518) essa dicotomia geopolítica produziu, em boa medida, uma certa estabilidade mundial, embora não se possa olvidar das guerras da Coreia, do Vietnã e do Oriente Médio.

A dissensão começou a operar no final da década de 80, pelo lado da combalida economia da União Soviética que tinha sobre suas costas uma série de aliados que dependiam profundamente da economia russa. Com a livre iniciativa econômica agregaram-se direitos libertários e a esses uma aproximação com o mínimo de respeito aos direitos humanos, impensável nos países da "cortina de ferro", assim chamados o bloco soviético. Há que se contabilizar como o maior ganho dessa dissensão foi a ampla campanha contra o desarmamento nuclear.

Para Kelly (2010, p. 521), o vertiginoso progresso dos meios de comunicação no decurso da década de 70 e 80, foi indubitavelmente, fator determinante para a exposição das feridas dos estados autoritários, notadamente, os que mantinham um socialismo-comunismo forçado, cujo fôlego econômico desses estados entra em esgotamento que não era mais possível disfarçar.

2. Os fundamentos e o caráter do Estado

O Estado ocidental moderno tem seus pilares fundados no reconhecimento que a prevalência dos direitos da maioria é bastante evidente, entretanto, há se reconhecer que não

podem se estender a ponto de invadir a parcela dos direitos individuais irredutíveis bem como os direitos das minorias.

Mesmo em um Estado Democrático de Direito é possível que um indivíduo não aceite como válida ou justa alguma lei de seu país, entretanto, deverá ser livre para sair desse país, sem que para isso o Estado lhe cause obstáculos nesse direito geral de liberdade (ZIPPELIUS, 2012, p. 263).

O direito de resistência a um sistema que viola os direitos humanos e os mais básicos ditames da justiça e que muito se discute sobre os que se levantaram com o regime militar de 1964, no Brasil, foram expressamente consignados na Constituição Alemã de 1949, em seu artigo 20: "Contra qualquer um que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência quando não houver outra alternativa". Isso reforça um desestímulo a regimes autoritários, desencorajando a repetição das atrocidades patrocinados sob o regime nazista, no período de 1933-1945.

O comunismo e socialismo puros não vingaram, mas trouxeram efeitos consideráveis com vistas a uma remodelação do capitalismo liberal. Dirigiu o Estado para atribuições de forte cunho social, aplainando as necessidades e interesses das diversas classes e setores da sociedade, extirpando inúmeras estruturas de privilégios, conduzindo-o a encargos crescentes para a solidariedade humana. Kelly (2010, p. 526) menciona a própria constituição italiana, em que no seu artigo 2º. declara que a república reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual, quer como nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

Não se poderia deixar passar a oportuna observação de Pound (2004, p. 179) em que prega o comportamento sociológico dos operadores do direito, e em especial do juiz, cuja perspectiva do Estado seria a constante busca pela solução dos problemas sociais, vivenciando dessa forma, recorrentemente uma "engenharia social" para o atingimento dos fins primeiro do Estado – a busca do bem-comum. Ressalta aquele autor, que o juiz deve comportar-se como um "verdadeiro engenheiro social", de forma a engendrar as melhores soluções possíveis para trazer a paz e a harmonia ao grupo social em que se insere, desprendido do rigor jurídico do positivismo.

A grande temática ao longo da segunda metade do século XX girou em torno das atribuições do Estado em relação ao indivíduo. Uma corrente tentou colocar o Estado em

situação de onipresença (é bem verdade que pregava isso como circunstância transitória – a ditadura do proletariado) e uma outra corrente seguia em direção oposta – o Estado mínimo. O fim colimado por ambas correntes parece ser o mesmo, embora os protagonistas dessas mesmas correntes sabiam da utopia perseguida. Foi nesse contexto que o filósofo americano Nozick (2011, p. 87), em 1974 reacendeu a chama da subsidiariedade do Estado, em cujo composto social teria uma intervenção mínima, onde o indivíduo é sujeito protagonista social, exercendo, portanto, o Estado, um papel secundário e tão-somente em questões absolutamente indispensáveis deveria atuar, remetendo às funções e atribuições que o Estado desempenhava em meados do século XIX.

Para Kelly (2010, p. 528) o fracasso do capitalismo preconizado pelos comunistas não veio a se concretizar, muito pelo contrário foi o comunismo que ruiu e mais aceleradamente no final dos anos 80 e início de 90. E segundo esse autor:

> [...a divisão de classes que se supunha ser a raiz de uma revolução inevitável tinha sido amenizada de muitos modos: pela mobilidade social que a educação gratuita, ou pelo menos barata, tende a promover; pela tributação resdistributiva; por amplas medidas de controle que impuseram limites à ganância capitalista; em alguns países, por um nível de prosperidade material entre os assalariados que lhes dá acesso praticamente à mesma gama de bens e serviços de que seus empregadores desfrutam, ou a algo compatível.

Já para Marcuse (1973, p. 63), um influente sociólogo e filósofo alemão naturalizado norte-americano, pertencente à Escola de Frankfurt, também um dos mais incentivadores da Revolução Inesperada[1] de 1968, despejava suas críticas tanto aos capitalistas quanto aos comunistas, elencava algumas armadilhas do capitalismo industrial, conforme se transcreve adiante:

> A sociedade industrial recente aumentou, em vez de reduzir, a necessidade de funções parasitárias e alienadas (para a sociedade em seu todo, se não mesmo para o indivíduo). Os anúncios, as relações públicas, a doutrinação e o obsoletismo planejado não mais são custos improdutivos gerais, mas elementos dos custos básicos de produção. Para ser eficaz, tal produção de desperdício socialmente necessário exige a racionalização contínua - a utilização incessante de técnicas avançadas e ciência. Consequentemente, um padrão de vida crescente é o subproduto inevitável da sociedade industrial politicamente manipulada, uma vez ultrapassado certo nível de atraso.

[1] O próprio filósofo Jean-Paul Sartre, presente nos acontecimentos de maio de 1968 em Paris, confessou, dois anos depois, que "ainda estava pensando no que havia acontecido e que não tinha compreendido muito bem: não pude entender o que aqueles jovens queriam… então acompanhei como pude… fui conversar com eles na *Sorbone*, mas isso não queria dizer nada" (*Situations X*). A dificuldade de interpretar os acontecimentos daquele ano deve-se não só à "múltipla potencialidade do movimento" como a ambiguidade do seu resultado final. A mistura de festa saturnal romana com combates de rua entre estudantes, operários e policiais, fez com que alguns como C. Castoriaditis, o visse como "uma revolta comunitária" enquanto que para Gilles Lipovetsky e outros era "a reivindicação de um novo individualismo".

E assim, para Marcuse (1973, p. 25) o avanço tecnológico industrial seria uma grande armadilha, em que disfarçadamente permitiria à classe dominante "subornar" a classe trabalhadora com a "droga" do consumismo que fariam sentir-se "anestesiados" para a continuidade do processo de dominação engendrado pelas elites. E Kelly (2010, p. 528) referencia que outros marxistas trilham o mesmo raciocínio para a "legislação social, como um sistema de suborno calculado, cinicamente projetado para sufocar aquilo que de outra forma seria uma demanda irresistível pela mudança fundamental".

No limiar do desmoronamento daquilo que foi a maior força de contraposição ao capitalismo, Kelly (2010, p. 530), transcreve trecho de um ensaio do Presidente da Suprema Corte Soviética, cujas palavras retratam com muita acuidade a total decadência do que poderia ter sido uma alternativa ao capitalismo:

> [...] O socialismo democrático e humano só é possível num Estado governado pelo direito e baseado em dois princípios fundamentais – a supremacia do direito e a divisão do poder em legislativo, executivo e judiciário. Infelizmente, durante longo tempo, não houve o devido respeito pela lei nesse país. Está claro para todos que atitude perante o direito deve mudar radicalmente, se quisermos impedir novos atos de arbitrariedade e abuso de poder e criar garantias contra invasões aos direitos humanos. A atitude niilista para com o direito afeta negativamente a consciência jurídica não só dos altos funcionários do Estado como também dos cidadãos comuns. Em vez de confiar no direito, em sua força, sua justiça e supremacia, o povo foi ensinado durante décadas a confiar em seus superiores, de cuja vontade seu trabalho e sua vida dependiam. , o direito, às vezes, não tinha nenhuma importância.
>
> A decisão judicial só pode ser justa se a lei for justa. Se uma lei for antiquada e não levar em conta as mudanças que ocorreram na sociedade e suas novas exigências, uma decisão judicial baseada nessa lei não pode ser confiável.
>
> O sistema judicial também precisa de melhoras radicais. Sob o domínio indiviso do sistema burocrático da organização administrativa, a divisão do poder em legislativo, executivo e judiciário era simplesmente impossível. O poder era indivisível. Era determinado o exercício pelos mesmos grupos de funcionários que manejavam os instrumentos de controle [...].

Com esse depoimento a mais alta corte judicial da extinta União Soviética passava a mais concreta certidão do colapso do comunismo, sua utopia, sua ineficácia e sua barbárie de agressões aos direitos humanos mais elementares.

3. O conceito de direito

Kelly (2010, p. 531) traz inicialmente uma conceituação direito reportando-se a Austin, que por sua vez trilhava no mesmo embasamento teórico de Bentham em que definia "a lei como o comando de um soberano, dirigido àqueles habitualmente obedientes a ele, e respaldado pela ameaça de uma sanção em caso de desobediência".

A teorização do Direito ocorrida, notadamente, na segunda metade do século XX, foi um crescente evolutivo desde Bentham, passando por Austin, seguindo por Hart (2009, p. 23-

228), criticado durante boa parte por Dworkin, além do que todos, em alguma medida, referiram-se a Kelsen seja para contrariá-lo, seja para de alguma forma utilizar seu modelo como justificação ou endosso de suas próprias teses.

Hart ao aferir juízo de valor em relação às normas, segundo os predicados enunciados por Austin, em relação aos comandos ordens faz as seguintes considerações:

> [...], podemos dizer que, onde quer que exista um sistema jurídico, deve haver algumas pessoas ou grupo de pessoas que proferem ordens de caráter geral, apoiadas por ameaças, que são geralmente obedecidas, e deve haver também a convicção geral de que essas ameaças podem ser efetivadas em caso de desobediência. Essa pessoa, ou órgão, deve ser suprema internamente e independente externamente. Se, conformando-nos à terminologia de Austin, denominarmos soberano a tal pessoa ou grupo de pessoas, supremos e independentes, as leis de qualquer país consistirão nas ordens gerais, apoiadas por ameaças, proferidas pelo soberano ou por seus subordinados em obediência a ele (HART, 2009, p. 33).

Kelly faz severas críticas tanto a Austin quanto a Hart no que se refere à tese de "comandos" e o faz nos termos seguintes: "O modelo de 'comando' não pode ser resgatado no caso dos testamentos, por exemplo, dizendo-se que o não cumprimento das exigências legais para o testamento,

> [...] acarreta a sanção da nulidade, porque a nulidade é simplesmente sua consequência lógica inseparável, e não uma penalidade, logicamente independente e separadamente prescrita, pela não ativação adequada do instrumento oferecido pelo sistema jurídico para determinar a disposição póstuma do patrimônio. Na esfera pública, as normas constitucionais, legislativas e processuais pelas quais o legislativo introduz mudanças na lei (por adição, subtração ou modificação) não podem ser reduzidas a comandos por razões similares (KELLY, 2010, 533).

Até porque, tal modelo imperativo, não serviria para explicar a "norma de reconhecimento", de Hart, tampouco a "norma fundamental" de Kelsen (2006, p. 67), que apesar das inúmeras críticas é aceita por quase todos.

E posteriormente apresenta-se uma crítica ainda mais ácida aos trabalhos de Hart, Austin e do próprio Kelsen, desta feita por meio do norte-americano Ronald Dworkin (2010, p. 19), notadamente em sua obra – Levando os direitos a sério, cujo título original é: *Taking Rights Seriously*, de 1977 (edição original). Praticamente Dworkin explicita que seus antecessores ao escrever sobre o conceito de "Direito" não estavam levando a sério, pelo menos, metodologicamente. E para isso, dizia, que os sistemas jurídicos são muito mais complexos do que se possa imaginar, portanto, não se poderia reduzi-los, exaustivamente, a meros padrões de normas.

Outro ponto que merece destaque, segundo Kelly (2010, p. 537) é o estudo do alemão Josef Esser, em sua obra Princípio e Norma, cujo estudo tentava verificar as diferenças de

substância em que se fundava uma decisão de um juiz do *civil law*, comparativamente a uma decisão de outro juiz do sistema *common law*, em que chegara à seguinte conclusão:

> [...] demonstrou que a suposta diferença entre o juiz do *civil law*, preso ao texto de seu código, e o juiz do *common law*, livre para construir novas soluções para novos casos, era amplamente imaginária. O juiz do *civil law* também cria e molda o direito, embora pareça que está somente aplicando o código; e faz isso exprimindo princípios extralegais enquanto seleciona e desenvolve os artigos dos seus códigos. Nada disso significa que o direito natural transcendente entra em seu tribunal pela porta dos fundos. Porém, os chamados "princípios gerais do direito" continuavam sendo usados nas decisões judiciais em que a letra da lei parecia insuficiente para resolver o caso, ou como ponto de partida para se fazer uma avaliação totalmente nova dele (ESSER, 1961, p. 65).

Contribuição não menos importante para o conceito de direito encontra-se na obra de Joseph Raz ao mencionar que

> O direito é normativo, institucionalizado e coercitivo, e essas são suas três características mais gerais e importantes. É normativo porque serve e deve servir como orientação para o comportamento humano. É institucionalizado porque sua aplicação e modificação são, em larga medida, executadas ou reguladas por instituições. E é coercitivo na medida em que a obediência a ele, e sua aplicação, são garantidas internamente, em última instância, pelo uso da força (RAZ, 2012, p. 4).

Enfim, para Dworkin (2010, p. 22), o conceito de direito é muito mais abrangente, em relação à própria norma quanto pensavam seus predecessores, pois há de se considerar embutido naquela, também o conjunto de princípios gerais do direito. E é por essa janela que os juristas de todo o mundo conseguem encontrar uma saída para a solução dos casos difíceis (*hard cases*).

4. As revoluções e a legalidade

Importante tema é o que trata da continuidade do direito em face das recorrentes revoluções e bruscas alterações da ordem estabelecida juridicamente em decorrência desses rompimentos do ordenamento jurídico. Segundo Kelly (2010, p. 543), o renomado jurista sul-africano John M. Eekelaar ao estudar o problema das revoluções no contexto dos quadrantes dos sistemas jurídicos apresentados por Kelsen e Hart, apresentou uma série de argumentações, tais quais também Dworkin havia apresentado, no sentido de que,

> como esses modelos não abrangiam certos elementos característicos dos sistemas jurídicos, como os valores e princípios gerais (que devem ser ponderados uns em relação aos outros, dependendo de circunstâncias que somente o juiz pode avaliar num caso particular), a dissolução de uma "antiga" *Grundnorm*, ou o abandono de uma "antiga" norma de reconhecimento, não poderiam afetar elementos que não dependiam delas e que, consequentemente, continuavam válidos e possíveis de ser utilizados para apoiar os atos de um regime revolucionário (EEKELAAR, 1973, p. 22).

Ao mesmo tempo em que John Finnis (1973, p. 44) chegara a tal conclusão por caminho diverso, o que para ele, os sistemas jurídicos são "conjuntos sucessivos de normas", em permanente mutação, minuto a minuto, no processo recorrentemente dinâmico e não estático, caracterizando numa aceitação por parte da sociedade como um "sistema contínuo". Ressalta Kelly (2010, p. 544) que isso se deve, "não em virtude de uma norma de reconhecimento perene, mas em função da existência da própria sociedade, que é uma estrutura orgânica sujeita às leis do crescimento, da mudança e da decadência, análogas às que governam os organismos das pessoas."

E finalmente, Kelly (2010, p. 544-545) traz a relevante contribuição do jurista sueco Karl Olivecrona e faz uma interpretação das revoluções, enquanto presente e modificadora da ordem jurídica, de modo menos formalista, pelo contrário, seguindo a tradição escandinava, muito mais realista, e amplamente psicológica, nos seguintes termos:

> Novos líderes chegam e proclamam que "assumiram o poder". Começam a emitir leis e decretos administrativos. Para ter êxito, eles precisam, é claro, de organização e de uma situação política e psicológica especial no país. (...) Na prática, os revolucionários usam os fundamentos da ordem antiga. A maior parte das leis é deixada como está, somente a Constituição é posta de lado. [...] Mas o respeito pela Constituição anterior pode facilmente ser transferido para a nova [...]. Uma nova Constituição, portanto, formulada sem fazer referência a uma Constituição antiga, não precisa de outra justificativa senão o fato de ser desejada pelo povo (OLIVERCRONA, 1971, p. 104).

Entretanto, a crítica que se faz a Olivercrona, quanto ao elemento psicológico que liga os indivíduos, seja em tempos de normalidade jurídica, seja em tempos de conturbadas revoluções, passaria pela aceitação tácita desencadeada naturalmente entre os membros de determinado grupo social. Ora, parece claro, tratar-se de um fenômeno metafísico, enquanto que para Finnis (1974, p. 44) isso é pura decorrência da impossibilidade real de interromper todos os fatos da vida humana para seguir uma nova ordem. Por isso mesmo, a sequência dinâmica da vida impõe a continuidade de todo o ordenamento jurídico não alterado pela revolução.

5. A justiça legislativa

Justiça legislativa foi um termo criado por John Kelly (2010, p. 545) para diferençar a "igualdade perante a lei" da mera imparcialidade processual ou judicial, quando da elaboração da Constituição Irlandesa de 1937, citado em sua obra: "Instituições Irlandesa".

Hart retorna à antiguidade grega para revolver o conceito de justiça em suas duas grandes vertentes: (i) justiça distributiva e (ii) justiça corretiva ou comutativa. Ambas estão correlacionadas à manifestação valorativa na legislação substantiva e processual,

respectivamente. Hart faz, ainda, referência ao modo simplista e reducionista da fórmula: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, e considera que tal formulação é por demais insuficiente para expressar a grandeza do fenômeno justiça distributiva, pelo que faz a seguinte revelação:

> Qualquer grupo de seres humanos se parecerá com outro em alguns aspectos e se diferenciará dele em outros; e, até que sejam estabelecidas quais semelhanças e diferenças são pertinentes, a máxima “tratar casos iguais de modo igual” continuará sendo uma forma vazia. Para preenchê-la, devemos saber quando, para os propósitos em questão, os casos devem ser considerados semelhantes e quais diferenças são pertinentes. Sem esse suplemento ulterior não podemos criticar as leis ou outros arranjos sociais como injustos (HART, 2009, p. 155).

Kelly fazendo referência ao pensamento de Hart, diz que o fundamental em qualquer sistema jurídico legal que em alguma medida pretendesse promover o bem comum, no qual redunda mais um aspecto da justiça distributiva seria o que interesses divergentes exigem quando afetados por leis que fossem consideradas imparciais, sendo que nestes casos o que se distribui não corresponde às pretensões dos diversos benefícios esperados (KELLY, 2010, p. 547).

Fazendo análise semelhante acerca da justiça legislativa, o prof. americano Lon Fuller

refuta a abordagem positivista do direito. Contrariamente ao pensamento dos positivistas, ele afirma que nem todos os mandatos daqueles que possuem o poder de obrigar o cumprimento de suas instruções legitimamente pode ser classificada como lei. Ele exclui os requisitos de autoridade para comandar e o poder de forçar o cumprimento de seu pensamento sobre o que de fato constitui lei.

Ao ler a afirmação de Fuller de que a existência nua de uma diretiva de um soberano não é da própria lei, visto que a sua presença não assegura a obediência, não se pode deixar de pensar dos estatutos contra jogos de azar, leis dominicais e outros tipos de legislação proibitiva que em muitos casos não só são constantemente violados pelas pessoas contra quem são dirigidas, mas também estão sendo constantemente desprezado pelas pessoas que estão encarregadas de sua execução (FULLER, 1969, p. 153).

Fuller (1969, p. 36) cita, ainda, sete critérios para que uma lei possa ser considerada justa: (i) “elas devem existir”; (ii) “elas devem ser promulgadas”, de forma que todos tenham conhecimento da sua existência; (iii) devem ser irretroativas, pois não podem criar “esquizofrenia” à segurança jurídica; (iv) “devem ser inteligíveis”; (v) “devem ser internamente coerentes”; (vi) “não devem ‘exigir uma conduta que esteja além do poder da

parte afetada'"; e, (vii) não devem ser alteradas com a frequência de modo a desorientar os que dela necessitem.

Kelly (2010, p. 547) faz menção ao grande teórico e filósofo americano John Rawls, em cuja obra: "Uma teoria da justiça" estabelece fundamentos para o "plano e a construção totais do Estado e do direito". Utiliza-se praticamente do mesmo ponto de partida que se utilizou Jean-Jacques Rousseau, em sua obra o "Contrato Social".

Rawls (2008, p. 73) por sua vez consigna os dois mais importantes princípios de justiça: (a) "cada pessoa deve ter u direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas" e; (b) que "as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (i) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (ii) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos".

Por outro lado, Robert Nozick (2011, p. 157) é um dos maiores críticos ao igualitarismo de Rawls em que rejeita a ideia deste de que as diferenças nos talentos naturais são praticamente reduzidas ao mínimo (neutralizadas) porque em sendo produto da herança genética, dessa forma, são imerecidas, além daquelas provindas do meio ambiente ou da própria educação. O que Nozick parece querer dizer, é que ao se eliminar tais vantagens estará também se descaracterizando a pessoa, em sua máxima individualidade, suas aquisições, caráter e todos os demais agregados histórico-perceptivos aproveitados durante os anos, o que não seria justo.

Nenhum estudo, ínfimo que seja, ao tratar de justiça, não pode desprezar os ensinamentos de Alf Ross (2007, p. 315) quando traça uma análise da ideia de justiça, ao afirmar que "o requisito de igualdade encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer outra pessoa".

6. O direito natural

O direito natural tem aparecido ao longo da história da humanidade de forma recorrente, estando sempre à espreita das falhas dos demais direitos. Ele tem sido exigido, notadamente, nos períodos de crises. Isso se deve, basicamente, ao fato de que a aplicação das normas artificiais (criadas pelo homem) redundarem em injustiças, a busca a busca pelas leis naturais retrata a única solução possível.

E o termo natural vem carregado de uma enorme carga de estabilidade, de imutabilidade, não que a natureza seja imutável, pelo menos o é, à vista de uma única geração. Mais ainda, pela perfeição e ordem como se estabelecem as leis da natureza (DIMOULIS, 2014, p. 89).

Kelly (2010, p. 552) vê no alemão Gustav Radbruch (2011, p. 39) o primeiro apóstolo defensor do direito natural. E ao se referir às grandes atrocidades perpetradas pelos nazistas durante a segunda grande guerra mundial é enfático ao afirmar "que, quando as leis desafiam deliberadamente o instinto de justiça, elas são inválidas; as pessoas não devem obediência a elas, e também os advogados e juristas devem encontrar coragem para negar seu caráter de lei".

Em outra passagem, Kelly (2010, p. 553) faz referência a outro grande jurista alemão, Helmut Coing, que ao tratar do direito à resistência previsto na Constituição alemã, reverbera:

> As violações deliberadas [do direito natural] devem ser combatidas com a resistência passiva. A resistência ativa, que chega até o uso da força, não é exigida pela moral. Mas em face, de um governo criminoso agindo deliberadamente de maneira proibida pelo direito natural, a resistência é tanto permitida como legítima de acordo com esse direito (COING, 2008, p. 48).

Sem dúvida, a maior crítica ao direito natural vem dos juspositivistas e dentre eles, Hart (2009, p. 147) não considera o direito natural como tal, pois não se pode levar em consideração suas prescrições como direito, mas simplesmente, como padrões desejáveis de comportamento comum a todos e quaisquer aglomerados humanos, que seriam padrões mínimos de civilidade, de forma que não se poderia dizer tratar-se de uma estrutura jurídica encadeada cientificamente.

Kelly (2010, p. 555) retruca o reducionismo de Hart em relação ao direito natural, dado sua comparação um tanto quanto simplista do conteúdo que abrangeria tão-somente o mínimo necessário para sobrevivência de qualquer espécie animal. Ao passo que, o direito enquanto direito, tem como destinatário imediato, o homem, em toda sua completude física e também quanto à sua personalidade, caráter e comportamento diante do universo como um todo. De outra banda, também rejeitou a formulação de Hart (2006, p. 128) acerca do direito natural em que Fuller (1969, p. 199) muito bem se expressou:

> se fôssemos obrigados a identificar o princípio que apóia e inspira toda a aspiração humana, nós o encontraríamos no objetivo de manter a comunicação com nossos companheiros [...]. A comunicação é algo mais que um meio de permanecer vivo: é um modo de viver. É por meio da comunicação que herdamos as realizações dos esforços humanos do passado. A possibilidade de comunicação pode reconciliar-nos com a ideia da morte, assegurando-nos que o que realizarmos enriquecerá a vida dos que virão [...]. Se me pedissem, então, que distinguisse um princípio

> indiscutivelmente central do que pode ser chamado de direito natural substantivo – Direito Natural com letras maiúsculas –, eu o encontraria na determinação: abra, mantenha e preserve a integridade dos canais de comunicação pelos quais os homens transmitem uns aos outros o que eles percebem, sentem e desejam.

E por fim, Kelly (2010, p. 560) afirma que fora dos muros da igreja católica, o único lugar do mundo ocidental em que o direito natural sobrevive, em seu sentido tomístico, é na Irlanda, cuja teoria e princípios são aplicados por seus tribunais. Isso se deveu, graças a uma nova geração de juízes corajosos da década de 60, que poderia ser sintetizada na seguinte frase: "se uma decisão judicial rejeita a lei divina ou não tem como objetivo o bem comum, ela não tem o caráter de lei".

7. O realismo e a função judicial

Falar-se em realismo e função judicial nada mais é do que reconhecer o ceticismo em relação às normas. É inimaginável pensar que uma linguagem escrita poderia encerrar a completude de um pensamento, nos exatos termos e contornos de quem estar a pensar. E é nesse escopo que Hart (2009, p. 128), anuncia que "em todos os campos da vida, não somente no das normas, há um limite, inerente à natureza da linguagem, [...] a incerteza nessa área limítrofe é o preço a ser pago pelo uso dos termos gerais de classificação".

Hart (2009, p. 147), trata o ceticismo em relação às normas de forma quase que pejorativa, por considerar tamanha seja a obviedade da inatingibilidade que possa ter as normas meios satisfatórios de alcançar todos os fatos da vida real. Pois bem, seguramente ele assim possa ser ilustrado: "as normas só são importantes na medida em que possam ajudar a prever o que os juízes farão. Essa é toda sua importância, fora disso, não passa de brinquedos bonitinhos".

E Kelly (2010, p. 560) alinhava que é em decorrência dessa incerteza que se pode determinar a existência de uma certa "textura aberta" presente em todas as normas, apenas em que uma teriam mais e outras menos, mas certo é que todas teriam em alguma medida, um espectro de discricionariedade que o julgador poderá se valer e o fará na decisão de um caso particular.

8. *Critical legal studies - CLS*

O realismo americano tem como expressões mais radicais os jusfilósofos da *Havard Law School*, do denominado *the critical legal studies movement*, e tendo como um de seus expoentes o brasileiro Roberto Mangabeira Unger (1986).

O cerne dessa corrente de pensamento ou mais especialmente do movimento do CLS é a negação que possa retirar do direito e de qualquer decisão judicial o ingrediente político. Ou dito de outra forma, inexiste no direito e nas decisões judiciais qualquer elemento especial capaz de ser marco divisor com a política e as decisões políticas. E Kelly (2010, p. 571), acrescenta que essa teoria

> não adota a posição marxista do que o direito em uma sociedade capitalista não é mais que um mecanismo para sustentar as estruturas que agradam as classes dominantes; mas sustenta que o direito é uma manifestação disfarçada da política, e suas pretensões de atuar com objetividade e transceder os compromissos políticos são uma fraude. Porém, longe de propor que recomecemos do zero e inventemos um sistema jurídico genuinamente objetivo, a escola do CLS visa fundir institucionalmente o direito e a política e envolvê-los num processo de transformação consciente e perpétuo.

E o que Unger (1986, p. 76) sugere a adoção de mecanismos fluidos que sejam capazes de provocarem diuturnamente uma autorrevisão no processo de distribuição das forças políticas, e sempre que parecesse que algum grupo se fixaria no poder, haverias instrumentos próprios para gerar desestabilização no sistema de direitos. Tal teoria tem uma intrincada teia de manejos jurídicos e políticos a fim de viabilizá-la. Godoy (2007, p. 52) ao analisar a obra de Unger (1986), faz uma abalizada observação no sentido de que

> O CLS avança no sentido de apresentar interpretação que dissolve o pensamento jurídico clássico do século XIX. Critica-se o comprometimento da doutrina clássica com a ideia de uma república democrática e com um sistema de mercado, que é peça necessária dessa república (CLSM, p. 5). Dado que sempre se teria fracassado no alcance de linguagem universal que explicitasse democracia e mercado, tem-se que tal falar é inexistente (CLSM, p. 6). Esse desentendimento de conteúdo babélico também é aferido quando se estuda o desenvolvimento do direito constitucional, e de sua teoria, especialmente na época que medeia o fim do século XIX ao início do século XX (CLSM, p. 7). É do próprio conteúdo criado que a crítica se desenvolverá; e numa das mais marcantes passagens do livro Mangabeira moteja de teóricos caudatários do pensamento clássico escrevendo que aqueles que vivem no templo talvez se deliciem com a ideia de que os sacerdotes eventualmente transcendem os profetas (CLSM, p. 8).

As críticas a Unger são disparadas de todos os flancos, de renomados juristas do porte de Finnis, Owen Fiss[2], dentre outros. Finnis (1973, p. 157) "rejeita a ideia de que a justiça, de certo modo, só é admitida de má vontade em um mundo em que na maioria das vezes são o egoísmo e as 'transações comerciais impiedosas' que são apoiados". E mais adiante enfatiza que Unger não entendeu "os fundamentos morais do direito e da teoria contratuais pré-críticos existentes".

[2] Owen Fiss is Sterling Professor Emeritus of Law of Yale University. He teaches procedure, legal theory, and constitutional law.

E assim, é de se perceber que o CLSM foi sem dúvida um movimento de esquerda desfigurado dos radicalismos exacerbados contrários ao capitalismo. Até porque o Capitalismo perdera muito de sua força.

9. *Economics and law*

A terminologia empregada refere-se ao tema Análise Econômica do Direito, considerada uma teoria de direita (ou conservadora), enquanto o movimento do CLS, estaria em posição antagônica, mais à esquerda, em relação à moderna teoria americana do direito.

Poderia dizer que os ícones renomados jusfilósofos e percussores dessa teoria foram Jeremy Bentham e Stuart Mill, o que segundo Kelly (2010, p. 577), e mais recentemente esse movimento "descende do início do século XX por meio do realismo jurídico e da 'engenharia social' (a satisfação dos desejos com o mínimo de desperdício e atrito), em sua identificação da 'maximização da riqueza' como o melhor fundamento para uma legislação bem-sucedida".

Falar em análise econômica do direito sem discutir e conhecer o real significado da "maximização da riqueza", seria o mesmo que desconhecer a substância ou a natureza de alguma coisa e querer entendê-la mesmo assim.

Pois sim, no sentido de análise econômica do direito, a maximização da riqueza advém das formulações inventadas pelos economistas e que tem por base as propostas e fórmulas do italiano Vilfredo Pareto (1986), cuja representação técnica se conhece pelo "ótimo de pareto". Para Kelly (1986, p. 577) a maximização da riqueza parte do pressuposto que "todas as pessoas (exceto as que apresentam algum tipo de incapacidade) querem maximizar racionalmente suas próprias satisfações".

A teoria da análise econômica do direito ganhou corpo efetivamente a partir dos estudos do Prof. Americano Richard Posner, mais especialmente por meio de sua obra, *Economics Analysis of Law* (Análise Econômica do Direito), na década de 70, cujos maiores adeptos dessa teoria são pertencentes à chamada Escola de Chicago.

Para Kelly (p. 573-579), citando Posner (1986, p. 20-21), diz que este escreveu – "para melhor entender muitas das doutrinas e instituições do sistema jurídico, devemos explicá-las como esforços para promover alocação eficiente de recursos."

A análise econômica do direito tem como essência a operação do direito como instrumento para a maximização das riquezas, fazendo isso, num espectro de operatividade da eficiência, no sentido econômico, ou seja, com o mínimo de desprendimento de energias com

o intuito de gerar o máximo de satisfação, o que segundo os economistas, esse fenômeno denomina-se da permanente busca pelo “ótimo de pareto”.

Essa teoria é bastante digerível no âmbito do *common law*, portanto, ainda encontra muitas dificuldades de penetração nos países que adotam o *civil law*. Entretanto, o próprio Posner (1986, p. 21) assevera que os juízes desde há muito tempo já aplicam a análise econômica do direito, ainda que de forma inconsciente, quando buscam uma solução com o intuito de gerar o bem-comum. E que esse bem-comum, nada mais é do que o máximo de satisfação social a um menor custo possível.

10. Considerações finais

A evolução da humanidade na segunda metade do século XX foi extraordinária. Isso se verificou em todos os campos das ciências – da física, da química, da biologia, da medicina, da engenharia, das comunicações, das relações interpessoais, da mundialização dos negócios, do trânsito das pessoas nos mais diversos países, do intercâmbio cultural e de tudo mais que se possa imaginar.

Com o Direito não foi diferente. Até porque o direito estar a acompanhar os fatos sociais, são inseparáveis, um é condição do outro, são siameses genuínos, impossível cindí-los. O homem avançou na civilização, a solidariedade aumentou entre os povos. A busca por mais humanização é crescente. Os direitos humanos são mais perceptíveis. A digladiação entre as nações arrefeceram-se, embora haja casos pontuais seculares (judeus-palestinos; casos de intolerância racial, homofobias), não desnatura a melhoria na qualidade de vida do mundo como um todo.

E ao direito cabe o papel de auxiliar nessa harmonia social, pacificando os ânimos mais acirrados. Todas as teorias levantadas e recorrentemente discutidas buscam um único fim: a paz social, o regramento de uma melhor convivência entre os indivíduos e seu portamento em sociedade. Seja mediante a aplicação de normas positivadas, seja por meio da aplicação do direito natural, seja na incessante busca da equidade, utilizando de elementos metafísicos e extrajurídicos, como a análise econômica do direito, mas enfim, todos querem chegar a um único porto: melhorar a vida dos homens com mais harmonia, mais solidariedade, mais felicidade.

10. Referências

AUSTIN, John L. *How to do the things with the words.* 2. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1975.

_____. *The providence of jurisprudence determined*. New York: The Noonday Press, 1954.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EEKELAAR, John M. *Principles of revolutinary legality*. Oxford Essays in Jurisprudence, 2a. serie. Oxford, 1973.

ESSER, Josef. *Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado.* Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FINNIS, John Mitchell. *Revolutions and continuity of law*. Oxford Essays in Jurisprudencie, 2. Serie. Oxford, 1973.

_____. *The critical legal studies movement***.** In Oxford Essays in Jurisprudence, 3a. série, Oxford, 1987,

FULLER, Lon L. *The morality of Law*. Yale University Press, 1969.

GODOY, Arnaldo S. Moraes. *O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política***.** Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez-jan., 2007.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELLY, John Maurice. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Trad. Marilene Pinto Michael. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

_____. *The Irish Institution*. 2. ed. Dublin, 1984.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARCUSE, Herbert. *A ideologia da sociedade industrial*. Trad. Giasone Rebuá. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia***.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVERCRONA, Karl. *Law as fast*. 2. ed. London: Steve & Sons, 1971.

PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Tradução de João Guilherme Vargas Neto. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

POSNER, Richard A. Economics analysis of law. Boston, Mass.: 1986.

POUND, Nathan Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Granada: Comares, 2004.

RADBRUCH, Gustavo. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement.* Cambrige, Mass.: Havar University Press, 1986.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito***.** Trad. António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012.