

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

BERNARDO GONÇALVES ALFREDO FERRNANDES

ILTON GARCIA DA COSTA

VITOR BARTOLETTI SARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes, Ilton Garcia Da Costa, Vitor Bartoletti Sartori – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-135-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O presente livro aborda temas que, muito embora raramente tratados em conjunto, são de grande relevância na medida em que há possibilidade de uma análise que mostre certa confluência entre os mesmos. As temáticas que permeiam as distintas teorias da justiça, da decisão e da argumentação são muitas e, certamente, é possível tratá-las, até certo ponto, separadamente. No entanto, igualmente válido é observá-las em sua unidade. Temos em conta nesses termos, que um tratamento do Direito que deixe de problematizar a própria prática jurídica (bem como sua fundamentação) é, para dizer o mínimo, insuficiente. Neste sentido, pode-se considerar bastante proveitosa a posição segundo a qual, há uma unidade inseparável entre os textos que compõem o presente livro.

Justamente ao passar por uma grande variedade de temas e de autores, tem-se algo central à teoria do Direito contemporânea: a explicitação do fato segundo o qual qualquer abordagem jurídica envolve, ao mesmo tempo, a apreensão da especificidade do Direito e o modo pelo qual esta última relaciona-se com distintas esferas da sociabilidade, como a moral, a ética, a política, dentre muitas outras, as quais, de modos diversos, são tematizadas aqui.

Para que se ressalte algo, é bom trazer à tona um aspecto que não pode ser deixado de lado: é de conhecimento de todos aqueles que leram com o mínimo de atenção a obra de Hans Kelsen que sua Teoria pura do Direito não é uma teoria do Direito puro (embora seja necessário destacar que, por vezes, falte muita atenção na pesquisa jurídica realizada no Brasil). Por conseguinte, há de se perceber que mesmo um autor normativista, como Kelsen, que não tematiza a todo o momento acerca do processo decisório e da fundamentação das decisões judiciais, não fecha a porta de modo resolutivo à teorização acerca da maneira pela qual pode haver na prática jurídica, e não em uma teoria pura - uma relação necessária, por exemplo, entre o Direito e alguma posição moral, política, filosófica, etc, etc.

Ainda sobre o ponto, pode-se destacar que justamente o capítulo final da obra magna do autor abre um grande espaço para estas questões que, ao fim, aparecem quando se tem em conta a questão da interpretação, bem como de sua relação, a ser vista de um modo ou doutro, com a aplicação.

Certo é que interpretação e aplicação, a rigor, não podem ser retiradas de campo quando se aborda o Direito: tanto as codificações, quanto quaisquer espécies normativas, não dizem nada por si mesmas, não podendo haver uma fetichização do texto, como apontaram os mais diversos autores (muitos deles tratados por aqueles que contribuem para o presente volume).

Neste sentido, não pode deixar de ser interessante tratar dos temas aqui albergados em conjunto (mesmo que eles possam, como mencionamos, ser vistos separadamente também), sendo de bastante relevo para aqueles interessados na teoria do Direito e nas áreas a ela relacionadas a apreensão da especificidade, bem como da indissociabilidade, entre os diversos autores tratados neste volume.

É interessante que mesmo que se parta de Kelsen que pode ser visto como o maior autor do positivismo de cunho normativista, percebe-se que a questão da fundamentação, bem como da argumentação as quais remetem à problemática da justiça não podem ser tiradas de cena ao se tratar do Direito.

A questão, claro, ganha bastante destaque posteriormente ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, tendo-se, com este debate, uma problematização explícita tanto das bases filosóficas da teoria do Direito quanto do modo pelo qual, ao final, haveria uma relação entre Direito e moral, seja ao modo de um conceito semântico de Direito em que se tematiza a relação entre a perspectiva interna e externa, como em Hart, seja com uma concepção decididamente hermenêutica como a de Dworkin.

Outra questão a se destacar é que, embora o debate metodológico tenha se passado permeando principalmente a teoria do Direito de talhe anglo-americano, ele influenciou todos aqueles que, posteriormente, trataram do Direito com seriedade. A teoria do Direito alemã, com Alexy principalmente, dentre outras coisas, procurou debater com a concepção de Dworkin acerca dos princípios, trazendo à tona, novamente, questões que remeteram à filosofia e à teoria do discurso.

Neste sentido, é bom que se tenha claro: aquilo a ser conhecido ao se ter em conta as teorias sobre o Direito ganha mais amplitude ainda, sendo necessário ao jurista, por exemplo, averiguar a qual teoria acerca da linguagem adere: Austin? Wittgenstein? Habermas? Apel? Algum outro? Também neste sentido, o modo pelo qual aparecem os diversos textos deste volume (em conjunto) não deixa de expressar a situação particular na qual os estudos sobre o Direito se encontram explicitando-se justamente que uma concepção tecnicista acerca do Direito não é mais possível. Mais ainda: uma concepção tecnicista sobre o Direito, justamente ao não abordar aquilo no que sua argumentação se embasa aceita,

inadvertidamente, posições não explicitamente tematizadas. E justamente a tematização disto parece ser essencial.

Ainda para que se remeta ao modo pelo qual amplia-se o estudo do Direito ao se ter em conta o panorama atual um autor como Roberto Gargarella não deixou de mostrar como uma análise entre a posição de Rawls e de Dworkin poderia ser central e, neste sentido também deve-se destacar que, ao se tratar da teoria do Direito, também se tem uma conexão estreita com a teoria da justiça (embora não só com ela, claro). Ou seja, justamente a conformação do debate em torno do Direito atual propicia uma aproximação entre teorias da justiça, da decisão e da argumentação e, nesses termos, o presente livro talvez possa contribuir, mesmo que de modo modesto.

Poderíamos enumerar vários outros modos pelos quais a questão se delineia no presente livro, apontando, por exemplo, a importância da teoria de Honneth na contemporaneidade, ou as questões ligadas às minorias, ao racismo, ao sexismo e transfobia; poderíamos ainda destacar a importância destas questões passando pelo modo, por vezes apressado, pelo qual elas aparecem nos tribunais superiores no Brasil. No entanto, havendo destacado o cenário geral, passamos a citar os textos aqui trazidos a lume.

O primeiro texto diz respeito a temática entre a Hermenêutica filosófica e a teoria da Argumentação jurídica. Esse tema vem sendo objeto de debate na doutrina brasileira nos últimos anos, entre aqueles que são adeptos da hermenêutica filosófica e entendem que as teorias da argumentação desprezam a hermenêutica, e aqueles adeptos da teoria da argumentação, que entendem que os hermeneutas dão muito peso a hermenêutica e desprezam as técnicas de argumentação que produziriam racionalidade e segurança no processo de decisão do Direito. O texto se intitula: OS JURISTAS SABEM DO QUE ESTÃO FALANDO OU FALAM SOBRE O QUE SABEM? UM DIÁLOGO ENTRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; O segundo texto aborda a situação dos refugiados numa interface com a obra de Hans Kelsen e é intitulado A ILUSÃO DA JUSTIÇA POR KELSEN; O terceiro busca trabalhar a questão da fundamentação das decisões e é intitulado ANÁLISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO; Já o quarto texto apresenta uma crítica ao art.489 do novo CPC e é intitulado de TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSUFICIÊNCIAS DO MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO E A PROPOSTA DE UMA RACIONALIDADE PRÁXIS; O quinto texto traz um estudo de Aristóteles, Kant e Sandel e é intitulado JUSTIÇA EM ARISTÓTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO; O sexto texto trabalha

com Rawls e Dworkin tendo como base as teorias da justiça desses autores do liberalismo norte-americano e é intitulado A EQUIDADE EM UMA DEMOCRACIA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE RAWLS E DWORKIN; O sétimo versa também sobre Dworkin, mas pela ótica da jurisdição constitucional e é intitulado CONTRIBUIÇÕES DE RONALD DWORKIN A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL; O oitavo texto discute novamente a teoria da justiça pela ótica do embate entre o liberalismo e o comunitarismo e é intitulado IGUALDADE E DIFERENÇA: O CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR E ALÉM DO COMUNITARISMO E DO LIBERALISMO; O nono texto volta a temática de Ronald Dworkin e a sua teoria da justiça a partir da ótica do planejamento e tem como título JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RONALD DWORKIN E A OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAR; O décimo texto trabalha com as teorias da justiça e é intitulado de LIBERALISMO, LIBERAL-IGUALITARISMO OU COMUNITARISMO?; O décimo primeiro ensaio trabalha a temática da relação entre a liberdade e a justiça, tendo como pano de fundo a perspectiva marxista, e é intitulado de LIBERDADE VERSUS JUSTIÇA SUBSTANTIVA: TEORIAS ACERCA DAS (DES)IGUALDADES E (NÃO)LIBERDADES NA VISÃO DE ROUSSEAU E MARX. TERÁ SIDO MARX INFLUENCIADO PELAS IDEIAS DE ROUSSEAU E ATÉ QUE PONTO?; O décimo segundo texto aborda a questão das normas de direito internacional na interface com a Corte Internacional de Justiça e é intitulado de NORMAS PROCESSUAIS E NORMAS SUBSTANTIVAS: A PRIMAZIA DAS NORMAS DE JUS COGENS E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA; O décimo terceiro texto trabalha a questão da fundamentação das decisões e é intitulado de O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE A IDEOLOGIA DA TEORIA POLÍTICA; O décimo quarto ensaio versa sobre a perspectiva pragmatista na teoria da decisão e é intitulado de MODELO PRAGMATISTA DE DECISÃO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL À INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA; O décimo quinto ensaio trabalhou a obra do professor Humberto Ávila pela ótica da interpretação do direito e é intitulado de OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO ÁVILA E SUA APLICAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFÍCIS; O décimo sexto texto trabalha a obra do professor de Kiel Robert Alexy e é intitulado de RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY; O décimo sétimo ensaio trabalha a questão do pluralismo jurídico na teoria da decisão e é intitulado de AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL; O décimo oitavo texto trabalha a obra do professor Axel Honneth e a crítica do mesmo às tradicionais teorias da justiça e é intitulado de AXEL HONNETH E A RECONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA: UMA TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA DISTRIBUIÇÃO; O décimo nono

texto trabalha a obra de Paul Ricoeur e é intitulado de A TEORIA DA JUSTICA NA CONCEPCAO DE PAUL RICOEUR EM FACE DA INTERGERACIONALIDADE DO IDOSO BRASILEIRO; O vigésimo texto desse livro aborda a obra de David Trubek e é intitulado de A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPCAO DE DAVID M. TRUBEK; Logo em seguida temos o importante tema da justiça de transição abordado no texto DAS DIVERSAS FORMAS DE JUSTICA E DA JUSTICA DE TRANSICAO; O vigésimo segundo texto trabalha os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e é intitulado de OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISAO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA; O próximo ensaio trabalhou a obra de Amartya Sen na interface com o processo civil e é intitulado A IDEIA DE JUSTICA EM AMARTYA SEN E A RAZOAVEL DURACAO DO PROCESSO; Novamente temos o professor Amartya Sen como marco teórico, agora no tocante a questão do gênero no texto A IDEIA DE JUSTICA DE AMARTYA SEN: UM ENFOQUE SOBRE A IGUALDADE DE GENERO; O vigésimo quinto texto trabalha os conflitos intergeracionais e é intitulado de MORTOS, VIVOS E NAO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS; O vigésimo sexto texto apresentado envolve o intenso e atual debate europeu sobre o multiculturalismo e a xenofobia e é intitulado de MULTICULTURALISMO, TOLERANCIA E XENOFOBIA: UMA CRITICA DO RECENTE CONTEXTO EUROPEU; O vigésimo sétimo texto aborda a questão da transexualidade e é intitulado de JUSTICA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS; O vigésimo oitavo ensaio volta a questão da transexualidade a partir da ótica das teorias do reconhecimento e é intitulado TRANSEXUALIDADE E TEORIA DO RECONHECIMENTO: DE UM MODELO PATOLOGIZANTE A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR ATRAVES DA CONTRIBUICAO TEORICA DE NANCY FRASER.

Os organizadores convidam a todos a lerem os textos, que como já externalizado, guardam uma interface entre as teorias: da justiça, da argumentação e da decisão.

**A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPÇÃO DE DAVID M. TRUBEK
THE SOCIAL THEORY OF LAW CONCEPTION OF DAVID M. TRUBEK**

**Neumalya Lacerda Alves Dantas Marinho
Jacira de Medeiros Alves Lucena Brandão**

Resumo

O presente artigo objetiva estudar a relação direito, ordem jurídica e desenvolvimento na perspectiva da teoria da concepção central do direito moderno, a partir da obra de David M. Trubek. A teoria remete a um direito racional como caminho para o alcance do desenvolvimento nas nações do Terceiro Mundo, afastando a ordem tradicional, mas acolhimento de um direito moderno. A concepção central constatou a intencionalidade e a universalidade das regras e, após análises empíricas, o autor comprovou falhas substanciais, devido a sua etnocentrismo e evolucionismo, ao acreditar que os países em desenvolvimento somente alcançarão o pleno desenvolvimento se importarem o sistema jurídico do ocidente. De toda forma, os estudos sobre a teoria social do direito contribuíram para o atual conceito de direito e desenvolvimento.

Palavras-chave: Teoria social, Concepção central, Direito e desenvolvimento, David trubek

Abstract/Resumen/Résumé

In this article to study the relationship law, law and development towards a central concept of the theory of modern law, from the work of David M. Trubek. The theory refers to a rational law as a way to achieve development in Third World nations, away from the traditional order, but the host of a modern law. The central conception found intentionality and the universality of the rules and, after empirical analysis, the author proved fundamentally flawed due to its ethnocentric and evolutionism , to believe that developing countries only achieve the full development of importing the legal system of the West. In any case, the studies on the social theory of law contributed to the current concept of law and development.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social theory, Central conception, Law and development, David trubek

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de se pesquisar sobre a relação direito, relações jurídicas e desenvolvimento ganhou força e ares de modernidade em meados dos anos 50, período pós-guerra. Diante dessa forte conjuntura e novos tempos, onde o direito estava desacreditado e a sociedade questionava se ele ainda existia, David M. Trubek, dentre outros estudiosos, despertaram para novos horizontes, através da teoria da “concepção central do direito moderno”. Várias foram as fases do estudo do direito e desenvolvimento, porém a abordagem do presente artigo é a Teoria da Concepção Central, a teoria social do direito na concepção de David M. Trubek, grande pesquisador americano, advogado e sociólogo, que se deteve profundamente sobre o estudo desta relação.

No discorrer do texto, pretende-se se dedicar de forma ampla acerca da “Teoria da Concepção Central” e a influência do direito moderno no desenvolvimento das Nações do Terceiro Mundo¹, sua natureza, relações, avaliação e o que se pode aprender com ela, além de abordar os tipos ideais e as relações legais com a modernização contemporânea; baseada no ensaio de David M. Trubek sobre a teoria social do direito: um estudo sobre direito e desenvolvimento, escrito, originalmente em 1972. Entretanto, deve-se deixar claro, que se utilizou de pesquisa bibliográfica e documental acerca do assunto proposto.

O direito moderno dos países desenvolvidos - para a teoria da concepção central - seria o caminho a ser seguido pelas nações, para alcançar o desenvolvimento; elas deveriam abandonar a ordem tradicional e consuetudinária e importar um direito racional, universal e intencional, além de fazer uma importante reforma na educação jurídica. Porém, esta teoria falhou, devido ao seu evolucionismo e etnocentrismo, ao se preocupar apenas com a importação do direito dos países do ocidente por estas nações do Terceiro Mundo, sem levar em considerações suas questões culturais, realidade jurídica e organizações econômicas e políticas.

A relação do direito moderno, sistema jurídico e desenvolvimento assinala para uma nova perspectiva, legitimando o Estado através de um direito moderno e deixando de lado um direito fomentado a partir da religião. Neste sentido, será enfatizado, também, o direito racional na visão de Max Weber e o que o diferencia da teoria da concepção central.

¹ Atualmente, a expressão “Terceiro Mundo” está obsoleta. Porém, será usada no texto do presente artigo, para indicar os países “subdesenvolvidos”, tidos como aqueles que estão em processo de desenvolvimento ou almejam alcançá-lo.

Trubek faz uma análise do desenvolvimento dos países do Terceiro Mundo, sustentando que, nos regimes autoritários que foram muito difundidos nessas nações, onde a economia é regida, na maioria deles, por um sistema de mercado de capitais (embora haja forte intervenção do Estado) e da ação política na ordem econômica, houve um nível de desenvolvimento mesmo sem ter havido uma reforma no sistema jurídico daquelas sociedades. Buscou compreender como foi possível haver progresso econômico em sistemas políticos autoritários e sem um ordenamento jurídico autônomo, que para o advogado, deveria ser entrelaçado ao desenvolvimento.

Apesar das falhas da teoria da concepção central do direito moderno, ela muito contribuiu para o surgimento de um novo direito, principalmente ao demonstrar as relações entre direito e questões econômicas, políticas e sociais, além de diferenciar os sistemas tradicionais e modernos, destacando a necessidade de um direito racional. Essa racionalidade do direito é válida até os dias atuais no novo modelo de direito e desenvolvimento, ampliando as garantias e liberdades aos indivíduos.

2 A CONCEPÇÃO CENTRAL DE DIREITO MODERNO

As inquietações sobre a relação entre direito e desenvolvimento são inúmeras. Vários autores, economistas e juristas, tentam explicar de forma sistemática essa evolução e a importância desses fatores, destaca-se a necessidade de se aprofundar no estudo do papel do direito e das relações jurídicas no desempenho do desenvolvimento das nações. David M. Trubek, renomado jurista e um dos mais importantes estudiosos e pesquisadores da relação “direito e desenvolvimento”, buscou em suas pesquisas encontrar a “teoria básica da qual derivam as soluções legais para os problemas sociais”. Ele questiona se o direito está morto e a função do direito no desenvolvimento da sociedade, em especial àquelas nações do Terceiro Mundo que almejam um crescimento econômico sustentável. Barral (2005, p.143) leciona que:

É no final de 1940 que podem ser identificadas as primeiras iniciativas, acadêmicas e políticas, de vincular a ordem jurídica e desenvolvimento. O período coincide com o esforço de reconstrução do pós-guerra, ao mesmo tempo com o movimento pela independência das colônias europeias na África e Ásia.

Para Trubek a sociedade convive com grandes problemas e inquietações, exigindo-se, portanto uma maior relação entre o direito e a vida social. Desta forma, em resposta “a crise do direito” posiciona-se a necessidade de uma teoria social do direito. Vejamos o que salienta Trubek (2008, p.52).

É necessário agora enfrentar questões explícitas e concisas sobre a relação entre direito e vida social, e responder a essas questões com uma investigação disciplinada. Uma vez que as conclusões, a priori implícitas, sobre o papel do direito não são mais válidas, devemos fazer esforços sistemáticos para compreender as relações entre a ordem jurídica, social, econômica e política. Num esforço desse tipo, a pesquisa comparativa e a generalização cultural desempenham papel central.

Baseado nesses aspectos é lançada a pesquisa sobre direito e desenvolvimento, onde Trubek e os demais estudiosos apresentam a teoria da “concepção central do direito moderno” e demonstram suas falhas e apesar delas, o que devemos aprender com esta teoria.

Inicialmente, serão abordadas as principais perspectivas da teoria da concepção central do direito moderno, sua natureza, e suas relações entre o direito moderno e o desenvolvimento econômico e desenvolvimento político, além do programa de desenvolvimento jurídico, todos apresentados por Trubek em seu artigo intitulado: “Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo do direito e desenvolvimento”, apresentando, igualmente a avaliação da concepção central.

Indaga-se sobre o conceito da teoria da concepção central. Hoje, destaca-se de forma unânime a importância do direito para o desenvolvimento, porém nem sempre funcionou desta forma. A sociedade não enxergava de forma justa essa relevância e as pesquisas neste campo não eram tão significativas quanto outras. Ademais, estas ideias não se encontravam sistematizadas e organizadas. A partir do momento em que se revelou e despertou para estes estudos houve um significativo aumento neste campo. É o que destaca Trubek (2008, p. 55 e 56):

Isso não significa, no entanto que esta teoria seja evasiva ou insignificante. Há um conjunto de ideias e crenças ferozmente sustentadas que estão por trás dos estudos importantes sobre direito e desenvolvimento e dos projetos de reforma jurídica empreendidos por advogados dos Estados Unidos e da Europa. Essas ideias não são menos influentes por sua natureza assistemática. Mas seria impossível estudá-las ou criticá-las sem uma articulação mais completa de seus ensinamentos - uma síntese de suas concepções aqui chamada de “concepção central do direito moderno.

Trubek afirma que esta teoria da concepção central teve como objetivo modificar os estudos da relação entre direito e desenvolvimento. Um dos primeiros filósofos que retratou a importância do direito no desenvolvimento econômico foi o utilitarista Jeremy Bentham.

Faz-se necessário abrir um espaço para abordar sobre o atual conceito de desenvolvimento, mesmo que de forma resumida, para estreitar e delimitar a sua relação com o mundo jurídico, social, econômico, político e cultural que trataremos durante todo nosso estudo.

Por muito tempo a perspectiva de desenvolvimento de uma nação encontrou-se atrelada e ancorada à riqueza econômica, especificamente crescimento econômico. “O desenvolvimento de um país era medido de maneira simplista, pois levava em consideração apenas os termos monetários como parâmetro para caracterizá-lo como desenvolvido ou subdesenvolvido” (SILVA, 2013). Esta visão, atualmente está ultrapassada. Um dos grandes críticos desta ótica é o importante pesquisador e economista Amartya Sen (2010, p.28) asseverando em sua obra intitulada, “Desenvolvimento como liberdade” o conceito amplo de desenvolvimento:

Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele.

Desta forma, é ratificada a importância do fortalecimento da relação direito e desenvolvimento, além do aumento das “liberdades” e “capacidades” dos indivíduos, como determina Sen, a liberdade de não passar fome, de saber ler e escrever, de igualdades sociais, entre outras; vivenciando o verdadeiro e amplo desenvolvimento. Na sociedade moderna este íterim encontra-se solidificado e sedimentado. Dois grandes estudiosos a respeito do sistema jurídico e desenvolvimento foram Trubek e Galanter (1974, p. 1703) que afirmaram:

O direito era visto tanto como elemento necessário no desenvolvimento e como um instrumento para alcançá-lo. O direito era, portanto potente, e porque o desenvolvimento jurídico promoveria o desenvolvimento e o bem-estar humano, ele era também positivo. (...) O direito era visto como a técnica para limitar a ação do governo arbitrário, como um meio de proteger a liberdade individual e de assegurar maior responsabilidade governamental. O desenvolvimento jurídico alargaria a esfera da liberdade e simultaneamente garantiria que os governos agiriam de acordo com as vontades de seus cidadãos.

Trubek destacou a importância do direito moderno para o desenvolvimento das nações e apontou as características dessa teoria da concepção central que apresentaremos adiante.

A importância dos limites e ditames impostos a uma sociedade é de extrema importância, principalmente no pensamento da teoria da concepção central que estabelece no direito o meio para se atingir o desenvolvimento. Para a concepção nuclear as regras, o direito ou as instituições jurídicas são o caminho para o desenvolvimento da sociedade moderna. Trubek (2008, p.57) aponta em seu ensaio as características do Direito Moderno, tais quais: “é um sistema de regras, é uma forma de ação humana intencional e é simultaneamente parte do Estado-nação, embora autônomo”.

Ao afirmar que o direito moderno é um conjunto de regras, ele aponta que a sociedade não pode existir sem esses limites e, apenas, alcançará a ordem e as metas sociais por meio deste direito. Ademais, vale ressaltar as diferenças entre a ordem tradicional e o direito moderno para entendermos melhor a sua natureza. Nas sociedades tradicionais o direito não é imposto a todos de forma geral, existe e é aplicado o direito individual, apresentando-se de forma diferente para pessoas diferentes, há um direito separado para cada aldeia ou tribo, senhor ou servo; no direito moderno a aplicação é de forma universal, não havendo individualização, o direito de um será o direito de todos. Outra diferença pertinente refere-se a intencionalidade das normas, onde na ordem tradicional será apresentada a regra ou direito diante de cada caso que surge, porém no direito moderno existe a intencionalidade de se criar normas prévias, ante a previsibilidade de acontecimentos, essas normas são elaboradas conscientemente. Trubek (2008, p.59) afirma que essa intencionalidade e regras apenas afetará a ordem social se tiver a força organizada do Estado, senão vejamos:

Intencionalidade e regras, ainda que necessárias, não são condições suficientes para um sistema viável de direito moderno, que só pode afetar a ordem social se também tiver por trás a força organizada do Estado. A concepção central acredita que sem um Estado forte e relativamente centralizado as regras do direito não moldarão e determinarão a vida social.

Imaginemos um ciclo, onde o direito depende de um Estado forte que ofereça suporte para a sua concretude e este mesmo Estado necessita das regras do direito moderno para ser fortalecido e legitimado. Com exatidão asseveram Belo e Moura (2014) que “pode-se afirmar, portanto, que o Estado sobrevive às custas do direito e vice-versa, e nenhum pode existir sem o outro, sob pena de estarmos diante do autoritarismo, cujo os ideais são incompatíveis com o sistema jurídico moderno”.

Nessa perspectiva, impõe analisar a relação entre direito moderno e desenvolvimento econômico e político, além do desenvolvimento jurídico.

2.1 Relação entre direito moderno e desenvolvimento econômico, político e desenvolvimento jurídico na perspectiva da concepção central

Muitos estudiosos confirmam a relação do direito e o crescimento econômico e para a concepção central essa relação vai além, ao afirmar que o direito causa o desenvolvimento econômico, determinando, na visão de Trubek (2008), “o direito moderno como requisito essencial pra uma economia industrial”. Para tanto existem duas versões apontadas pela concepção central para esta relação. A primeira, e talvez a mais importante e aceita, afirma que os mercados propulsionam o crescimento econômico, e o direito moderno será essencial para a criação e manutenção destes mercados, garantindo a sociedade uma segurança dada pela força e suporte do Estado forte. Ao realizar suas transações comerciais o indivíduo terá segurança jurídica, acarretando uma base de segurança para as instituições de mercado e consequente desenvolvimento e crescimento econômico. Na segunda versão Friedman (1969, p.30) estabelece que a concepção central preocupa-se em maximizar a eficácia e a penetração social das regras modernas. Penetração e eficácia são medidas da capacidade do Estado de exercer seu poder e usá-las para alcançar suas metas econômicas.

Trubek (2008, p.62) também estabelece a relação entre direito moderno e desenvolvimento político ao afirmar que “o direito moderno é essencial para este. Na concepção central, esse desenvolvimento significa não somente a criação de um Estado central forte, mas também a construção de um governo liberal- democrático pluralista”.

O sistema jurídico moderno funcionará, portanto como um “freio” ou “limite” ao poder estatal arbitrário. Consequentemente será observado uma sociedade mais participativa na construção das normas legais de um estado liberal, vislumbrando, em conformidade com a concepção central, a necessidade de um judiciário independente para o desenvolvimento do direito moderno.

Não menos importante é o desenvolvimento jurídico consequente da concepção central. Restou demonstrado, anteriormente, que as normas do direito moderno são universais e intencionais. São desta forma, realizadas para todos indistintamente e formuladas intencionalmente, prevendo os casos futuros, diferentes da ordem tradicional que aguarda os casos isolados, *ad hoc*.

Além da necessidade de uma reforma jurídica, incluindo uma mudança na educação jurídica, conforme afirma Trubek (2008, p.64 e 65):

A concepção central argumenta que o desenvolvimento jurídico deve começar forçando os advogados do Terceiro Mundo a redefinir seus conceitos do direito e sua função social; uma vez feito isso, o programa correto de desenvolvimento jurídico se tornará patente. Desse modo, a reforma da educação jurídica é a cunha que leva à reforma de todo o sistema jurídico. (...) essa reforma incitada pela educação estimulará o desenvolvimento econômico e a democracia política.

A concepção central, na visão de Trubek, aponta os sistemas jurídicos das nações do Terceiro Mundo que almejam o desenvolvimento como sendo tradicionais e formalistas e acreditam que o direito é sagrado e imutável. Essa teoria apresenta, portanto, a ideia da necessidade de uma reforma na educação jurídica para alcançar o amplo desenvolvimento econômico e fortalecimento da democracia, essas mudanças ocorreriam com as doutrinas e pesquisas reformuladas, o fortalecimento das regras universais, intencionais e imparciais, além de novos perfis de advogados e juízes pensadores e argumentadores. Vejamos o que afirma Barral (2005, p.151):

A literatura do Movimento Direito e Desenvolvimento também criticava a tradição formalista da maioria dos países em desenvolvimento. Nesta visão, o excesso de formalismo relacionado à ordem jurídica tradicional enfraquecia a execução das normas, permitia que regras inapropriadas fossem aprovadas e alcançava baixa legitimidade. Segundo este raciocínio, o cumprimento das normas adotadas eram inapropriadas para o contexto nacional e, portanto, eram facilmente ignoradas, o que se tornava ainda mais recorrente em razão de deficiências administrativas e da corrupção.

Portanto, para a concepção central do direito moderno uma das grandes soluções para as nações do Terceiro Mundo era a reforma na educação jurídica. A partir desta perspectiva, da mudança de pensamento dos juristas é que haveria um caminho mais propício ao verdadeiro desenvolvimento. Para esta teoria, o acolhimento e importação das leis e do sistema jurídico dos países desenvolvidos era a forma ideal de implantação do pleno desenvolvimento, pois como bem expressa Trubek (2008, p.77) “esse jurista reformador viu o futuro e sabe como funciona. Portanto, ele é indispensável ao desenvolvimento jurídico”. Deste ponto, observa-se a característica reformista da teoria do direito moderno.

2.2 Avaliação e contribuição da concepção central

A concepção central estabelece meios a serem seguidos pelas nações do Terceiro Mundo guiando-as principalmente pela adoção do “direito moderno” das nações desenvolvidas do Ocidente. O primeiro passo seria a importação do sistema jurídico dos países desenvolvidos por essas nações do Terceiro Mundo. Isto representa uma das grandes falhas da concepção central, haja vista que para esta teoria é irrelevante às questões sociais, culturais, diversidades legais destes países. A exportação desse “direito” não seria palpável, esta solução se tornaria inviável perante estas nações. Para Trubek (2008, p.67) “a concepção central está mais preocupada com a exportação de sistemas ocidentais do que com esforços para compreender a vida jurídica do Terceiro Mundo”.

Para apontar as outras críticas inerentes a esta teoria da concepção central, necessário se faz adentrarmos - de forma geral e ampla - um pouco na obra de Max Weber, onde este trata especificamente do papel do sistema jurídico moderno no surgimento da civilização ocidental.

Os estudiosos da concepção central do direito moderno, muitas vezes argumentam com o mesmo pensamento de Weber, porém este vai além do pensamento da teoria da concepção nuclear. Apresentaremos, em linhas gerais, este pensamento Weberiano.

Max Weber tenta explicar os motivos pelos quais a ascensão do capitalismo e da civilização industrial se deram inicialmente nos países Europeus. E a explicação principal era que o direito europeu possuía características específicas propícias ao capitalismo. Para Weber (1972):

(...) Quanto mais racional fosse um sistema jurídico, mais conducente ele seria ao surgimento de um sistema industrial capitalista. Em segundo lugar, que os sistemas jurídicos europeus eram mais racionais do que aqueles que surgiram em outras civilizações. Por fim, que esse racionalismo jurídico existia em larga medida na Europa antes do pleno desenvolvimento do sistema econômico industrial. (...) O sistema jurídico é racional na medida que é autônomo em relação às outras esferas da sociedade; as normas que formula e executa conscientemente elaboradas; e essas normas são aplicadas de forma coerente a todos os casos semelhantes.

Weber destacou o sistema jurídico europeu como um dos principais motivos da ascensão do capitalismo. O sistema jurídico racional será autônomo, consciente e aplicado de forma coerente e universal. Ao analisarmos essas características observamos uma grande

semelhança com a concepção central, porém como afirma Trubek (2008) a análise Weberiana leva sua análise do papel do direito para uma perspectiva além.

Nesse raciocínio, Weber salienta, ainda, que os sistemas tradicionais não são racionais, as regras não são apresentadas de formas intencionais e coerentes, são aplicadas ao caso concreto; não são autônomos e são aplicados por líderes religiosos e ou políticos e não por profissionais capacitados. Diferentemente do sistema europeu que une e engloba todas as variáveis de um direito racional. Para Weber (1970) o direito racional fomentou o sistema competitivo de mercado - através de suas características propensas a uma economia de mercado livre e que gera segurança aos acordos estabelecidos - ocasionando uma ascensão do mercado e por consequência o desenvolvimento do Estado-nação. Esse mesmo direito racional abandona as regras dependentes das considerações religiosas e políticas.

Weber (1970) ainda aponta três espécies de sistemas políticos, tais quais o tradicional, o carismático e o legal, sendo este último adotado pelo sistema Europeu e conducente com o sistema jurídico racional. Os dois primeiros são totalmente contrários ao sistema racional ao tomarem decisões e criarem as normas a partir do caso específico e essas decisões não são tomadas por profissionais especializados, mas sim por líderes religiosos e/ou políticos.

Apesar de serem bem semelhantes, a teoria Weberiana e a teoria da concepção central são distintas entre si, e são nessas diferenças que são apontadas as falhas da teoria nuclear. Como aponta Trubek (2008, p.73):

A análise de Weber mostra que a relação do direito com o desenvolvimento é, na realidade, determinada por duas variáveis intervenientes: o direito moderno não produz desenvolvimento econômico, ele apenas ajuda a estruturar o sistema de livre mercado. Ademais, o direito moderno não ocasiona desenvolvimento político, ele apenas dá apoio ao Estado burocrático centralizado cuja legitimidade depende da crença de que suas decisões são racionais. Portanto, na medida em que o desenvolvimento econômico no Terceiro Mundo não se baseia em mercados livres, a obra de Weber não pode sustentar qualquer inferência de que o direito moderno, tal como definido pela concepção central causará ou contribuirá para o desenvolvimento econômico.

Portanto, para Trubek uma das grandes falhas da concepção central foi afirmar que o direito moderno é causa do desenvolvimento econômico e político, além de afirmar que as nações do Terceiro Mundo devem importar o modelo jurídico das nações do ocidente, sem levar em consideração as suas questões culturais, jurídicas e sociais. Outro fator que merece destaque como falha da concepção central é o etnocentrismo e evolucionismo, onde considera as características jurídicas dessas nações ocidentais essenciais para as nações do Terceiro

Mundo, não podendo analisar com eficácia essas realidades. Nesse sentido, Belo e Moura (2014) afirmam que:

Os juristas engajados no movimento direito e desenvolvimento tinham a crença de que somente uma mudança brusca na maneira como o ensino jurídico era tratado nos países do terceiro Mundo possibilitaria a transformação do direito latino-americano. Era preciso transferir os fundamentos do direito dos países desenvolvidos, em sua totalidade, para aqueles ditos subdesenvolvidos, posto que, somente assim, estes outros poderiam alcançar o sucesso do modelo capitalista havido naqueles.

Por isso, ratifica-se o etnocentrismo e evolucionismo da teoria da concepção central ao afirmar que estas nações apenas se desenvolveriam se trouxessem para a sua realidade o modelo dos países desenvolvidos. O que demonstra um grande erro. Para Trubek (2008, p.77) “O evolucionismo obscurece as escolhas normativas necessariamente envolvidas nos programas de desenvolvimento jurídico. (...) o etnocentrismo pode aumentar a dificuldade de criar projetos que fomentem valores afirmados.”

A importação do sistema jurídico dos países desenvolvidos para as nações do Terceiro Mundo e a reforma jurídica, como defendia a teoria do direito moderno não alcançaria os resultados esperados e até mesmo o oposto do defendido; como relatou Trubek e Galanter (2008) “poderiam aumentar a desigualdade, tolher a participação, restringir a liberdade individual e impedir esforços para aumentar o bem-estar material”.

Mesmo diante das falhas apresentadas, a teoria da concepção central muito contribuiu para o processo de desenvolvimento ao destacar a importância da sua relação com o mundo jurídico. Como bem assevera Trubek (2008) a teoria da concepção central trouxe algumas assertivas inquestionáveis, inclusive, que a maioria dos países do Terceiro Mundo está comprometida com alguma forma de industrialização e que a passagem da sociedade tradicional para a industrial requer um direito mais racional.

Será relatado, em seguida algumas relações entre sistema jurídico, economia e política na concepção de Trubek, essas discussões se deram a partir da necessidade de desenvolver tipos ideais.

3 ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA E ESTRUTURA JURÍDICA

Com o intuito de verificar a relação causal entre direito e economia no Terceiro Mundo David Trubek, inicia seus estudos destacando que as análises sobre o direito e

desenvolvimento apontadas por Weber à concepção central, se fundamentam no contraste havido entre as economias tradicionais e industriais, enfatizando que a industrialização é o meio buscado pelos países em desenvolvimento e isso pode afetar o sistema jurídico desses países.

Ao discorrer sobre sistema econômico Nusdeo (2001, p.97) o define como “um particular conjunto orgânico de instituições, através do qual a sociedade irá enfrentar ou equacionar o seu problema econômico”.

Um país não pode ter a sua economia dissociada de sua política, embora seja necessário distinguir as relações entre Estado e economia. Na construção da nova teoria social do direito, David Trubek faz uma distinção teórica entre economia de mercado e economia de comando. Para ele, “na medida em que as prioridades são determinadas por entidades autônomas baseadas em preços estabelecidos por meio da troca, a organização econômica é chamada de “mercado”. Na medida em que essas decisões são tomadas pelo Estado, ela é chamada de comando”.

Nesse aspecto, respeitável o pensamento de Irti (1998)

O mercado não é uma instituição espontânea, natural – não é um *locus naturalis* – mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando como fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é um *locus artificialis*”

Economias tradicionais são aquelas em que os costumes de uma região determinam o sistema econômico de determinado país, podendo ser encontradas em algumas regiões subdesenvolvidas da Ásia, muito embora estejam localizadas dentro de países que têm um sistema econômico não tradicional. Misto é o sistema econômico em que para o seu funcionamento convergem elementos do sistema de mercado e do sistema de comando. A ação do Estado tem um papel importante na política econômica - pode decidir os limites para os fornecedores em relação ao preço mínimo que estes podem vender seus produtos, por exemplo.

Já na economia de mercado, há uma separação nítida da atividade econômica e do Estado, pois o sistema econômico pode funcionar sem a intervenção do Estado, influenciado pelas exigências dos consumidores e seu poder de determinar a produção de bens, ou seja, na oferta e na procura.

Ao contrário, na economia de comando a atividade econômica sofre forte interferência do Estado. Segundo Trubek (2008, p. 87), “na economia de comando, não há

essa divisão entre Estado e economia”, pois é através da ação estatal que se determinam todas as decisões da atividade econômica, como o modo de produção, de alocação e de distribuição. Atualmente, Cuba é um dos poucos países a ser regido pela economia de comando.

O direito tornou-se um fenômeno de menor importância, na suposição de que seriam as relações econômicas, submetidas a leis naturais e imutáveis, que estruturariam e integrariam a sociedade. (HABERMAS, 2001).

Trubek questiona qual o papel do direito na atividade econômica. Segundo ele, se no sistema de mercado puro não há participação do Estado na atividade econômica de uma nação, o direito público é um instrumento necessário para limitar a atuação estatal. De outra banda, não resta claro, a importância do direito privado, embora esteja este preocupado com a validação da propriedade, com as relações contratuais e com a responsabilidade civil. A resposta pode ser encontrada no próprio conflito existente no mercado, quando os atores econômicos buscarem aumentar seus recursos pela maximização dos lucros, fomentando a competição entre si.

E numa perspectiva sociológica do mercado, Trubek (2008) observa que, para exercer o controle social de tensões e conflitos egoístas entre os indivíduos ou entre as unidades econômicas, tem-se como fundamental a coerção jurídica, que será feita pelo direito privado. “A coerção estatal deve ser jurídica”, diz o advogado, “baseada em regras gerais aplicadas de modo uniforme”, onde as leis e restrições do direito serão aceitas e cumpridas voluntariamente por todos os atores econômicos.

A simples instituição do modelo do mercado já exigiria uma estrutura legal coercitiva mínima, a fim de assegurar a propriedade, a vida e o cumprimento dos contratos, anota Macpherson (1979, p. 59). Não obstante a exposição de Weber de que um sistema legalista não é garantia de que haverá resultados favoráveis e que a ordem coercitiva, em alguns casos deva se utilizar da força, o direito em um sistema de mercado é um compromisso voluntário, na teoria defendida por Trubek.

Conceito diferente é empregado, porém, na economia de comando. Não serão editadas leis, no sentido de regras gerais, mas diretrizes emanadas de um poder central, que David Trubek chama de “onipotente” e compara essas diretrizes com as ordens militares, dada a sua autoridade sobre os agentes que as recebem e que são obrigados a obedecê-las. Seu cumprimento é, portanto, obrigatório, sob pena de sanções criminais, inclusive.

Num sistema centralizado pelas decisões do Estado não haveria a necessidade de coerção normativa jurídica, ao menos em tese. Na prática, entretanto, para solucionar as disputas entre os atores econômicos, mesmo numa economia centralizada pela ação estatal o

direito é utilizado como meio de assegurar que as decisões do Estado, consubstanciadas num planejamento central, sejam obedecidas. O direito é o próprio exercício da coerção jurídica. Nesse contexto, o direito num sistema de comando é tido como um compromisso involuntário.

No sistema de economia mista, o direito é regulatório, formado por regras de caráter universal atinentes ao mercado puro e das diretrizes específicas do comando puro e é estabelecido nos países em que o Estado não quer que as prioridades econômicas sejam determinadas pelo mercado e não quer assumir o controle da atividade econômica, mas tenta, de forma consciente, influenciar as decisões econômicas.

Trubek (2008, p.94) pondera que nenhuma economia é puramente de mercado ou comando, mas os tipos de mercado ou de comando ajudam a analisar o papel econômico do direito nas nações industrializadas ou em processo de industrialização, havendo diferenças entre o direito regulatório e o direito econômico quanto à intenção e quanto à especificidade das provisões decretadas na definição de comportamentos aceitáveis e inaceitáveis.

Paradoxalmente, a ascensão do direito regulatório nos sistemas de mercado, adverte Trubek pode ocasionar desconfortos entre os operadores do direito, notadamente entre os advogados afeiçãoados com a legislação aplicável ao mercado puro, pois, para estes um conjunto de normas regido pelo controle econômico do Estado, carece da generalidade universal e permanência consistente indispensável à atividade econômica.

Nesse cenário, considerando que a estrutura jurídica se transforma de acordo com a realidade econômica e se reconfigura conforme o sistema político e, uma vez abandonada a crença da concepção central de que o direito moderno estimula a democracia, David Trubek, em seu artigo “Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento” reconhece que uma nova teoria sobre direito e desenvolvimento precisa ser estudada nos países do Terceiro Mundo, isto é, aquelas nações que não atingiram o desenvolvimento econômico desejável, ou que tinham renda *per capita* relativamente baixas e setores industriais pequenos. É sobre isso que trataremos na sessão a seguir.

4 RELAÇÃO ENTRE DIREITO, POLÍTICA E DESENVOLVIMENTO: ASPECTOS DA MODERNIZAÇÃO AUTORITÁRIA

É forçoso reavaliar as variedades políticas, do pluralismo ao totalitarismo, ainda que, Trubek para construir uma perspectiva mais elaborada sobre direito e desenvolvimento tenha

se debruçado sob o sistema autoritarista, sob a justificativa de que este é “uma forma teoricamente distinta de sistema político muito difundida no Terceiro Mundo” (TRUBEK, 2008, p.100).

Souza Junior, em sua obra “Consenso e Constitucionalismo no Brasil” (2002a, p. 95) define o regime autoritário como a “encarnação concreta da ordem pública, em seu dinamismo, e segundo determinados princípios de organização referente às relações entre a comunidade e o poder.”

Mas quem primeiro estudou o regime ora discutido foi Juan Linz, cientista político e social, que, em 1970, analisando o autoritarismo instalado pelo regime militar no Brasil em 1964, sugeriu haver distinção entre os governos totalitários e os democráticos. Em sua definição, o autoritarismo pode ser concebido como:

Os sistemas políticos de pluralismo limitado, não responsáveis; sem ideologia detalhada e orientadora e elaborada; mas com mentalidades distintas; sem mobilização política intensiva ou extensiva, exceto em certos momentos de seu desenvolvimento, e nos quais um líder, ou eventualmente um pequeno grupo exerce o poder dentro de limites formalmente mal definidos, mas na verdade, bastante previsíveis. (LINZ, 1970, p. 121)

Já nas palavras de Avelar (2001), “nesses regimes, o pluralismo é caracterizado pela diferença entre mentalidades e ideologias, pela apatia e a despolitização como meios de reduzir a tensão na sociedade, o que contrastaria com o ativismo dos sistemas totalitários”. E continua, “Linz dá uma interpretação peculiar ao partido autoritário, com ênfase na relação entre partido e exército, estudando as formas de controle social e a posição dos militares”.

Uma das distinções apontadas entre os sistemas totalitários² registrada por Trubek (2008, p. 100) consiste na ligação entre o poder do Estado e a sociedade não permitida nos regimes totalitários, mas aceitável nos regimes autoritários, havendo, no entanto, um nível de pluralismo social limitado, por não terem ideologia articulada e capacidade administrativa para mobilizar a população. Nas palavras de Trubek (2008, p. 101) “os regimes autoritários buscam controlar a ordem jurídica”.

² O totalitarismo pode ser entendido como uma forma de governo em que o poder do Estado é forte e absoluto e que comanda todos os segmentos da sociedade (inclusive a economia), dominam a vida pública e privada, através de um líder, ou um único partido político. Há uma excessiva exaltação da imagem daquele que governa e repressão política e ideológica, onde o controle é exercido por órgãos de repressão. Nos regimes totalitários a censura e a oposição às ideias do Estado são combatidas pela intimidação (física ou psicológica). Cita-se, como exemplo, o fascismo firmado na Itália, por Mussolini e o nazismo estabelecido na Alemanha, por Adolf Hitler.

Mas, frente aos problemas característicos dos países em desenvolvimento, marcados pela industrialização, como meio de atingir a modernização, surge o problema da legitimação nos regimes autoritários do Terceiro Mundo.

A atuação do Estado necessita de respaldo para justificar o seu modo de agir e somente pode se realizar através de um arcabouço jurídico de normas gerais e abstratas.

É que, no regime impregnado pelo autoritarismo, o grupo dominante não justifica a imposição da vontade do Estado a todos os setores da sociedade e porque suas ordens deveriam ser obedecidas, enfraquecendo o desenvolvimento econômico e as estruturas legais existentes, além de criar demandas que o governo não tem capacidade de fornecer. Por isso os grupos autoritários sejam eles formados por partidos políticos ou por corporações como as Forças Armadas, necessitam de toda a máquina administrativa para realizar com eficácia a imposição de sua vontade a todos os cidadãos. (ZANATTA, 2011).

Por outro lado, os setores privados desses países são atrasados e desorganizados e, apesar de se inclinarem para ideias fundadas em relações do livre mercado e da não regulamentação, não podiam evitar a imposição normativa do Estado, mesmo que estas decisões governamentais fossem limitadas. O Estado desenvolvimentista, através de programas de ação deve oferecer um conjunto de mudanças coerentes com o desenvolvimento, não podendo, assim, deixar que aqueles organismos da sociedade influenciem a vida política e criem expectativas de um desenvolvimento econômico a ser alcançado em curto prazo.

Merece destaque as considerações de David Trubek (2008, p. 103):

Em algum momento, o Estado desenvolvimentista deve produzir progresso econômico ou perderá o apoio da população. Em consequência, deve não somente criar um a “mentalidade” desenvolvimentista, como precisa também assumir a responsabilidade por grandes decisões de alocação e produção. Ao mesmo tempo, deve estimular as transformações sociais e culturais essenciais para a criação de um sistema industrial racionalizado que possa satisfazer sozinho a demanda pelo aumento do padrão de vida.

Por meio do pensamento jurídico e da disciplina técnica do direito é que a ação política do Estado encontraria sua legitimação para resolver as questões sociais, aonde os advogados têm um papel importante nesse processo de judicialização da política.

Sobre esse aspecto, a concepção central sustentada por Trubek observa que os advogados, acostumados a resolver os conflitos sociais, possam dar possibilidades e soluções desenvolvimentistas às mazelas da sociedade e às dificuldades enfrentadas pelos agentes

sociais, prejudicando ao poder regulatório do Estado, mas que sob condições de modernização autoritária, a profissão jurídica aceita mais facilmente os objetivos e as metas articulados pelo governo. Essa desmobilização de associações ou classes de profissionais pode ajudar o regime autoritário a descartar qualquer ideia ou oposição imposta ao regime.

Assim, surgido o Estado desenvolvimentista entre as décadas de 50 e 70, cabe à ação estatal autoritária a responsabilidade pelo crescimento econômico, fomentando e incentivando à industrialização e, conseqüentemente, a modernização, por meio da instrumentalidade intencional do direito e de suas normas jurídicas, em detrimento da implementação de uma estrutura jurídica advinda dos países do ocidente.

5 O DESENVOLVIMENTO JURÍDICO NO BRASIL

Em meados dos anos 60, David Trubek passou a residir no Brasil e para refinar sua análise teórica sobre a teoria social do direito e desenvolvimento, passa a examinar as questões jurídicas, econômicas e políticas do país naquela época.

Inicia seus estudos ressaltando a importância do Brasil como uma nação populosa e como a maior entre os países que compõem a América Latina no século passado. Reforça que o país possui uma indústria avançada, embora o processo de industrialização fosse incipiente e que possui alto índice de crescimento econômico. Aliado a esses fatores, possui uma tradição jurídica e uma classe de profissionais significativa que deve ser considerada ao se investigar o progresso sócio-político-econômico do país.

Embora este artigo não tenha como finalidade se debruçar densamente sobre a evolução histórica no século XX, impõe-se realçar, apenas para melhor compreensão do presente trabalho, que no Brasil do início do século passado, predominava uma população rural, de vida simples e com uma indústria que começava a surgir, mas desparelhada de recursos tecnológicos avançados. Os investimentos econômicos e a modernização da produção passaram a ser uma realidade a partir da década de 30, no governo de Getúlio Vargas, como meio de superar a crise econômica que atravessada pelo país. O governo de Vargas via, então, na expansão capitalista, revelada pela industrialização e na exportação, a orientação para se atingir o progresso econômico.

Todavia, o processo de desenvolvimento, com o crescimento da modernização e aumento da produtividade, foi instituído por um sistema de dominação autoritária, de um poder centralizador do Estado com o fim de assegurar o sucesso de suas metas e de uma ideologia de um país que estava em busca do progresso.

Do seu ponto de vista teórico David Trubek (2008, p. 110) considera que:

O Estado brasileiro anterior a 1964 poderia ser caracterizado como um sistema semipluralista, semi-autoritário. Uma Constituição democrática liberal, em vigência desde a derrubada, em 1946, do realmente autoritário Estado Novo, permitia uma competição política substancial. Havia fortes resíduos do padrão autoritário anterior, mas eram contrabalanceados por outros fatores mais democráticos (...). Esse sistema ruiu em 1964, quando, depois de uma série de crises as forças armadas tomaram o poder. Embora promettesse “restaurar a democracia”, o regime militar avançou desde então para um tipo de governo totalmente autoritário.

Acreditava ele que a forte intervenção do Estado na economia, em contraposição ao pensamento liberal, deveria exercer maior controle sobre todos os setores, submetendo as indústrias privadas nacionais à inteira dominação do direito regulatório, bem como estabelecendo regras e limites dentro do sistema econômico. O desenvolvimento é um fenômeno com dimensão histórica: cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos (FURTADO, 2000, p. 18).

No Brasil, o desenvolvimento econômico e a necessidade de redistribuir renda em favor da população, eram tarefas a serem executadas conjuntamente: o desenvolvimento econômico não viria sem o desenvolvimento social, vez que os mesmos são interdependentes (BERCOVICCI, 2005, p. 27).

Nesse novo momento, gerou-se uma crise entre os advogados brasileiros, que se tornaram incapazes de absorver o sistema jurídico vigente, impositivo e constituído de poucas normas universais e não sistematizadas, o que Trubek chama de “incapacidade da classe jurídica de lidar com esse novo direito” (2008, p. 111). As transformações nas instituições jurídicas ocorriam lentamente.

Em meio a essas mudanças ocorridas no final dos anos 60 e início dos 70, o jurista percebe uma nova forma de pensar o direito, pois ao sopesar o panorama das instituições jurídicas, se formava um vasto material jurídico para se provocar qual o papel do direito no desenvolvimento do mercado brasileiro de capitais, permitindo o exame das relações emergentes entre direito, economia e política.

Assim, foi que, ao desenvolver a pesquisa sobre o direito e o desenvolvimento no Brasil, Trubek ainda trazia em seu pensamento muitos dos pressupostos da concepção central do direito moderno. Considerava o país essencialmente uma economia de mercado livre, onde a intervenção do Estado cada vez mais crescente na economia, apenas era restringida à manutenção e proteção das estruturas de mercado, pois era presumível que a economia

exigisse um sistema jurídico autônomo, que assegurasse as relações privadas por meio de normas gerais. Para Trubek, não poderia haver desenvolvimento econômico sem que houvesse o desenvolvimento desse sistema jurídico eficaz, mesmo que pudesse haver, um aumento do instrumentalismo no pensamento jurídico, havendo, portanto, um sistema híbrido – liberal, instrumental e pluralista.

Considerado o desenvolvimento brasileiro, o advogado se depara, então, com um conflito entre o rápido progresso econômico orientado para o mercado sob um modelo de política autoritária e o setor privado que tinha uma regulamentação limitada pelo ativismo governamental. Ao invés de promover o desenvolvimento, o regime autoritário militar destruía a ordem jurídica do país. “Os militares usavam os pretextos mais indisfarçados para não cumprir as normas constitucionais (ou qualquer outro controle do arbítrio executivo)” (TRUBEK, 2008, P. 114).

Várias pesquisas específicas foram feitas sobre a política econômica do Brasil. Trubek enveredou muitas delas, partindo da premissa de que ou *i*) o crescimento do mercado de capitais fortaleceria o sistema de direitos privados autônomos, ou *ii*) a permanência do autoritarismo prejudicaria sobremaneira o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro. A par dessas observações o autor prevê, hipoteticamente, que o desenvolvimento jurídico era imprescindível ao desenvolvimento econômico.

Delimitado esse quadro, argumentava Trubek (2008, p. 116) que a reforma jurídica implicava que o sistema legalista brasileiro de direitos privados, excessivamente formalista, era ineficaz - existiam tribunais, códigos, advogados e agências reguladoras, mas estes agentes eram incapazes de desenvolver suas tarefas o que, de acordo com a concepção central, comprometia o desenvolvimento econômico.

Em seus apontamentos, David Trubek chega à conclusão que, apesar de suas expectativas quanto ao programa de reforma da educação jurídica que ele especulava, moldado no fortalecimento do pensamento jurídico instrumental e melhoria do sistema de direitos privados, o crescimento econômico do mercado brasileiro não teve influência sobre o ordenamento jurídico em vigor. Houve uma expansão do mercado de capitais, sem reclamos dos atores do mercado de desenvolvimento daqueles direitos, ou de um sistema jurídico autônomo. Segundo ele, os conceitos da concepção central falharam no Brasil, sendo necessário reavaliar a experiência ocorrida no país.

Suscita ele, duas premissas dessa reavaliação: *i*) a estrutura econômica brasileira, na verdade, está mais próxima de uma economia de comando, do que a de mercado, uma vez que o regime político instituído no Brasil regulador e centralizado está mais voltado em assegurar

o controle administrativo direito sobre a economia do que em estimular e promover o desenvolvimento de mercado autônomo; ii) embora o mercado brasileiro de capitais esteja submetido ao setor privado, ele é dominado por um grupo de poderosos que são ativamente apoiados pela política pública e onde o governo, igualmente é dependente desse grupo, não sentiram a necessidade de uma ordem jurídica autônoma, o que leva Trubek a concluir que a intervenção do governo na economia não é puro comando, mas essa intervenção é clientelista e favorece os interesses de uma classe em detrimento de tantas outras (TRUBEK, 2008, p.120).

Diante dessa complexidade, aliado às relações de dependência mútua entre o governo e o grupo que exerce o poder econômico, desenvolver um sistema de direitos, ainda que fosse premente para o Brasil, não é prioridade para os líderes políticos, tendo importância secundária para o desenvolvimento econômico da nação. Entretanto, Trubek destaca que o aperfeiçoamento do Poder Judiciário e mudanças na educação jurídica para melhoria da ordem econômica do país, não afetariam a situação política, mas que os estudos sobre o direito e desenvolvimento brasileiro ou em outros países do Terceiro Mundo precisam ser feitos, desde que o pesquisador se desnude dos conceitos ideológicos da concepção central.

A pesquisa de Trubek foi realizada, conforme já dito no desenvolver desse trabalho, entre as décadas 60 e 70, mas analisando o cenário descrito com o que atualmente se pode notar no Brasil, a situação não mudou muito. Embora, o Brasil seja direcionado para uma economia de livre mercado, onde o Estado apenas regula as decisões econômicas, sem interferir de forma direta nas relações privadas, deixando tal regulação para o direito e ter um regime político democrático em oposição ao autoritarismo existente nas décadas passadas, percebe-se que a ação estatal tem muita similitude com aquele traçado por David M. Trubek, em que a classe política que está no poder, exerce total influência nas decisões econômicas, favorecendo os interesses de grupos determinados em prejuízo dos anseios de toda uma população.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão empírica e teórica desenvolvida por David M. Trubek, renomado internacionalmente pela literatura jurídica sobre direito e desenvolvimento, acerca da “teoria social do direito” realizado entre os anos 60 e 70, objetivava evidenciar qual o papel do direito na sociedade e que a concepção central do direito moderno era essencial para o desenvolvimento econômico, social e político dos países do Terceiro Mundo, principalmente

importando o sistema jurídico, instrumental, racional e intencional utilizado nos países do ocidente.

Trubek foi responsável por vasta produção na área, mas o presente artigo se limitou a abordar sua perspectiva no tocante ao que ele chamou de “ensaio” intitulado “Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento”.

Em suas análises e destacando o progresso econômico-político e social atingido pelo Brasil naquela época, o autor observou que o desenvolvimento econômico e social do país está fundamentado em decisões da classe política, que mantém uma relação de simbiose com a elite econômica dominante e que as decisões e mudanças na ordem jurídica, consideradas por ele como necessárias, não interferiam no desenvolvimento econômico, acaso houvesse, de fato, uma reforma jurídica.

Por fim, após a leitura de todo o panorama ocidental e dos países em desenvolvimento, que ascendem para o crescimento econômico, Trubek constatou que há uma indefinição acerca do papel do direito no desenvolvimento e que a concepção central, nos moldes pensados por ele é uma teoria que apresenta falhas, deixando aberto o campo para novos estudos sobre a relação entre direito e desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Lúcia. **Juán Linz - um sociólogo de nosso tempo.** *Tempo Social*; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 13(1): 203-227, maio de 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v13n1/v13n1a13.pdf>. Acesso em 14.04.2015

BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: lições de experiências passadas. In *Revista sequência*, n. 50 p. 143-168, jul 2005

BELO, Alexandre. MOURA, Giovanna. **O novo direito e desenvolvimento sob o prisma da sustentabilidade.** In CONPEDI/2014/UFPB, XXIII, Encontro, 2014. Anais... João Pessoa: FUNJAB, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=254>. Acesso em 12.04.2015.

BERCOVICCI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988.** Malheiros Editores. 2005, p. 27

FRIEDMAN, Milton. **Legal culture and social development,** *Law AND Society Review.* 1969

FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico.** 10ª Ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Trad. M. J. Redondo. Madrid: Editorial Trota S/A, 2001, p. 108-110.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del Mercato**, 3ª ed., Roma, Laterza, 1998.

LINZ, Juan J. **An Authoritarian Regime: Spain**. In Allardt, Erik and Rokkan, Stein. **Mass politics: Studies in political Sociology**. New York: Free Press, 1970.

MACPHERSON, Crawford Brough. **Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p.59.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 97.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001

SILVA, Maria Camila Florêncio da. **A virada nos estudos de direito e desenvolvimento: do capital às pessoas**. In: BASSO, Ana Paula et al. **Direito e Desenvolvimento Humano Sustentável**. São Paulo: Verbatim, 2013, p.17

SOUZA Jr., Cesar Saldanha. **Consenso e Constitucionalismo no Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002a.

TRUBEK, David M. **O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro**. Organizador. José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRUBEK, David M. **Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento**, in: José R. Rodriguez (org), **O Novo Direito e Desenvolvimento: passado, presente e futuro**. São Paulo, 2008.

TRUBEK, David M.; GALANTER, Marc. **Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norteamericana da disciplina direito e desenvolvimento**. in: José R. Rodriguez (org), **O Novo Direito e Desenvolvimento: passado, presente e futuro**. São Paulo, 2008

TRUBEK, David, GALANTER, Marc. **Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States**. *Wisconsin Law Review*, n.4, 1974.

WEBER, Max. **Law and the rising of capitalism**. *Wisconsin: Law Review*, 1972

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. **Direito e Desenvolvimento no Século XXI: Rumo ao Terceiro Momento?** In: IPEA, CODE 2011. Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo1.pdf>. Acesso em 16.04.2015