

NOTAS DE LIVROS /
BOOK REVIEWS



RESENHA DO LIVRO *UMA BREVE HISTÓRIA DA TEORIA DO DIREITO OCIDENTAL*, DE JOHN MAURICE KELLY

REVIEW OF THE BOOK *UMA BREVE HISTÓRIA DA TEORIA DO DIREITO OCIDENTAL*, BY JOHN MAURICE KELLY

KELLY, John Maurice. *Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

INTRODUÇÃO

A obra “Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental” de John Maurice Kelly apresenta um guia prático para a história dos principais temas da teoria do direito na civilização ocidental, começando pelos gregos até os dias atuais. A abordagem difere da de outros autores da *common law*, normalmente concentrados na teoria do direito contemporânea e em doutrinas jus filosóficas mais recentes.

Kelly defende a necessidade de conhecer o passado, das raízes remotas e dos padrões de crescimento de nosso mundo e das ideias que o governam, para que o estudante possa ser um adulto educado e um cidadão de seu país. Para ele cabe à ciência jurídica dar-lhes fundamento humano para a profissão que seguirão para o resto da vida, não se limitando os cursos jurídicos a uma espécie de atletismo mental e moral, suando em volta da pista de corrida da análise linguística de meados do século XX e dos assuntos políticos do final do século XX.

O autor frequentou a Universidade College Dublin entre 1949 e 1954. Realizou estudos de pós-graduação na Universidade de Heidelberg de 1954 a 1956 e sua tese foi publicada em 1957 como *Princeps Iudex*. Já no início de 1960 tinha uma posição como um *don* no Trinity College, em Oxford. Foi por muitos anos professor de Direito Constitucional, Direito Romano e de Direito na University

College Dublin. Foi autor da obra padrão sobre a Constituição da Irlanda, a qual foi publicada após sua morte. Ocupou vários cargos importantes na Administração Pública da Irlanda e lá desenvolveu uma carreira política.

RESENHA

Kelly dividiu o estudo da Teoria do Direito Ocidental em 10 (dez) capítulos: Gregos, Romanos, Alta Idade Média, Baixa Idade Média, Renascimento e Reforma, Século XVII, Século XVIII, Século XIX, 1ª Metade do Século XX e 2ª Metade do Século XX. O desafio foi escrever sobre a produção do Direito ao longo dos séculos, destacando as mudanças de paradigmas e suas consequências.

Uma linha mestra foi estabelecida por Kelly e durante a leitura dos capítulos os temas recorrentes são: igualdade, escravidão, propriedade, Estado, Governo, Política, costumes, legislação, natureza e finalidade do Direito, direito natural, teorias para o Direito Penal e as penas e ordem jurídica internacional. Esses temas e os dilemas deles advindos atravessaram e ainda atravessam a história da civilização ocidental.

O autor tomou os Gregos como ponto de partida. Neste sentido, a Grécia alcançou posição de destaque na história da civilização não apenas porque as civilizações posteriores reconheceram como clássicas a maioria das suas obras da literatura e das artes visuais, mas porque os gregos foram o primeiro povo em que o pensamento e o debate refletido se tornaram hábitos dos homens educados, que fizeram mais que simplesmente observar o universo e o mundo físico, como os egípcios e os babilônicos. Foram os gregos que iniciaram a discussão objetiva da relação do homem com a lei e a justiça.

Contudo, os gregos, tão férteis em tantas áreas do intelecto, nunca produziram uma ciência jurídica prática, e os materiais referentes à história do direito grego não são encontrados em textos jurídicos. As fontes do direito grego são os restos físicos dos códigos legais ou estatutos gravados em pedra ou bronze, descobertos pela arqueologia, assim como os encontrados principalmente em vários setores da literatura, como os discursos dos oradores do século IV, obras dos historiadores, filósofos e até dramaturgos.

Começou com os gregos o que Kelly apresentou como um dos problemas centrais da ciência jurídica: saber se a lei, para ser reconhecida como tal, precisaria somente estar de acordo com critérios formais, ou se sua validade dependeria da conformidade com um padrão “natural” mais alto e permanente.

Na literatura grega clássica, o quinto livro da *Ética a Nicômaco* foi o que mais se aproximou de uma teoria do direito. Nele Aristóteles apresentou a divisão que se tornou célebre: justiça distributiva – exercida na distribuição de honras, riquezas e outros bens divisíveis da comunidade, que podem ser distribuídos entre seus membros em cotas iguais ou desiguais – e a justiça corretiva, a justiça judicial, dos tribunais.

Nasceu na cultura grega também os padrões elementares de justiça, que corresponderia ao que hoje denominamos de devido processo legal e contraditório. Para os gregos, a substância característica mais notável da justiça natural – a obrigação de ouvir os dois lados de uma causa e dar ao acusado uma oportunidade de se justificar – era reconhecida por todos. Assim como se originou entre os gregos o instinto de não levar ninguém a juízo pela segunda vez sob a mesma acusação pela qual já tenha sido julgado (embrião do instituto da coisa julgada).

A reflexão sobre a aplicação e administração da pena foi registrada pela primeira vez na obra de Platão, para quem a pena tinha dois aspectos: o corretivo (tendente a forçar o infrator a mudar o modo de ser) e o intimidativo (para desencorajar os outros de imitá-lo).

Ao escrever sobre os romanos, Kelly lembrou que o poder romano cresceu no decorrer dos séculos IV e III a.C., transformando-se em força dominante na Itália, a partir da construção gradual de uma rede de relações e alianças com os povos vizinhos.

Na área do Direito, houve pouca influência grega no direito romano, na medida em que a vida jurídica grega era conduzida sem profissionais do direito para orientá-la, organizá-la, explicá-la e desenvolvê-la. Em Roma, ao contrário, mesmo antes de um contato intenso com a mente grega, encontravam-se exemplos de uma profissão jurídica única no mundo, até o surgimento dos advogados. Essa profissão jurídica era adotada, por causa do senso

de dever público e das responsabilidades de classe, por homens de posição engajados na condução dos negócios públicos.

A ciência praticada pelos juristas romanos era completamente desconhecida dos gregos. Mas se o direito dos gregos quase não influenciou o direito romano, o mesmo não se pode dizer da filosofia grega.

Uma das instituições cruciais na administração da justiça romana foi o pretorado. O pretor, embora não fosse um juiz, era a porta de acesso para a audiência e a decisão judicial. Era diante dele que os conflitos entre as partes eram esclarecidos, após o que ele os reduzia a fórmulas simples, de uma só frase.

Outro ponto interessante no direito romano foi a concepção de direito natural em Cícero, pois muito se assemelhou aos ensinamentos cristãos, que independentemente de lei escrita antecedia a lei dos homens, pois decorria da mente divina.

Em Roma, o surgimento da sociedade ocorreu a partir da violência e insegurança decorrentes da ganância humana, lançando a base, ainda que vaga, da teoria do contrato social, criando um Estado contratual sem espaço para tirania. Sobre isso escreveu Lucrécio, contemporâneo de Aristóteles e Cícero.

Na sociedade romana Cícero defendeu a observância das leis ainda que erradas e injustas, pois para ele era uma vergonha muito maior, num Estado que repousa sobre a lei, que se deixasse de lado a lei. Pois, a lei era o vínculo que garantia os privilégios na República, o fundamento da liberdade, o manancial da justiça. Embora evocando com eloquência o princípio da supremacia do direito, Cícero reconheceu legalmente a possibilidade das discriminações formais perante a lei, em harmonia com o princípio da igualdade perante a lei, porque pensava que o reconhecimento legal dos graus de dignidade era necessário para uma comunidade política bem regulada.

Após a abordagem inicial dos gregos e romanos, Kelly ingressou na Alta Idade Média. A expressão “Idade Média” não é muito precisa, mas em um sentido amplo, referiu-se a todo o intervalo entre o fim do Império Romano do Ocidente e o surgimento da Europa moderna, assinalado pelo Renascimento, pelas grandes descobertas geográficas e pela Reforma.

Kelly explicou que três acontecimentos no final da história romana (contidos entre os séculos IV a V d.C), mudaram os rumos da história: primeiro a divisão formal do Império Romano numa metade ocidental e outra oriental; depois, mais ou menos na mesma época, a adoção do cristianismo como religião oficial do Império; e, por fim, a destruição e a conquista do Império do Ocidente pelos germanos.

Os séculos que se seguiram imediatamente ao colapso do Império Romano do Ocidente foram um período de estagnação intelectual, iluminada escassamente pela Igreja cristã, cujo bispado era o centro da pouca educação, e a alfabetização praticamente restrita aos padres.

Com as invasões germânicas do solo romano passou-se a ter outra concepção da fonte da autoridade e do direito do Estado, contrapondo-se à vigente durante do Império Romano. Essas concepções contrárias foram rotuladas, como explicou Kelly, de teorias de governo “descendente” e “ascendente”. Segundo a teoria “descendente”, o poder estava originalmente concentrado no soberano, que não o recebeu de nenhum ser humano (embora em sua forma cristã a teoria atribua a Deus sua concessão original ao soberano), e cujos súditos não podiam nem moderar nem impor condições a seu exercício, mas deviam simplesmente se submeter. De acordo com a teoria “ascendente”, o poder em última instância derivava do povo, que o delegava ao soberano, o qual não era absoluto, mas, conformando-se à fonte de sua autoridade, estava obrigado a respeitar as leis do povo, que estavam acima dele.

Nesse período avançou o reconhecimento do direito de resistência porque as teorias medievais mais antigas não admitiam aos súditos nenhum direito de se rebelar contra o rei, por mais tirano que fosse. E a Igreja justificava esta doutrina afirmando que Deus dava um bom soberano por compaixão, um mau soberano por ira e por castigo diante dos pecados do povo.

Na Alta Idade Média não existia ainda o primado do direito. E considerando a ideia de que a justiça divina criou as leis, não tinha lugar a máxima *nullum crimin sine lege*. Isso porque agir de modo injusto por si só representava uma infração passível de punição, mesmo que não envolvesse a violação de uma lei específica. Ou seja, a retroatividade das leis era admitida.

A questão da igualdade humana continuava a apresentar dificuldades na sua efetivação. A igualdade teórica entre os homens sempre foi admitida entre os pagãos, mas eles tinham muita dificuldade de explicar a escravidão. Até mesmo Aristóteles não analisou profundamente a questão, afirmando apenas que alguns homens eram escravos por natureza. Os juristas romanos a tratavam como espólio de guerra, afirmando que a vida de um inimigo vencido estava perdida em princípio, tendo o vencedor direito de impor-lhe qualquer regime de vida.

Ainda no Império Romano começou-se a reconhecer algum direito aos escravos (voltado para um tratamento mais digno). Mas foi a era cristã que apresentou o grande mote transformador, pois para os cristãos, a igualdade dos homens não decorria da consideração racional do mundo, mas do parentesco da humanidade com Cristo.

Nas primeiras fases do Império Romano, o direito penal efetivo tinha um simples caráter retributivo, punindo o malfeitor de acordo com a qualidade de seu ato e concedendo aos tribunais certa liberdade para selecionar a pena. A Igreja, contudo, influenciou para mitigar o rigor do direito penal, para incluir a necessidade de analisar a culpa do criminoso e também para garantir o direito de arrependimento e recuperação do criminoso, que aos seus olhos era um pecador – o que tendia a reduzir a incidência da pena de morte.

O início da Baixa Idade Média foi marcado por uma espécie de estabilidade europeia, pelo menos em comparação com a “Idade das Trevas”. Como afirmou Kelly, os perigos impostos por povos não europeus haviam sido contidos e repelidos.

Refletindo esses tempos de relativa tranquilidade, no século X, a população e a economia europeias começaram a crescer. O comércio, e com ele a comunicação entre povos de diferentes culturas, cresceu nessa época com tanta intensidade quanto a população. Nesse contexto, ganharam destaque as cidades-estado do norte da Itália: as repúblicas marítimas de Veneza, Gênova e Pisa, que competiam para controlar o comércio com o Oriente.

Para Kelly o traço mais característico da Baixa Idade Média foi a organização denominada guilda ou corporação, formada por pessoas que praticavam a mesma arte ou ofício, em parte para

defender seus interesses comuns, em parte para fins de caridade e devoção religiosa, e em parte para fins puramente sociais. O autor destaca que essa tendência do homem medieval de ver-se sempre dentro de uma estrutura coletiva teve também grande importância histórica para a evolução do pensamento político europeu, uma vez que as corporações de ofício eram autogovernadas: seus dirigentes eram escolhidos pelos membros, e elas eram, assim, no nível do homem comum, uma encarnação viva da teoria “ascendente” do governo.

Nesse ambiente, os governos mais bem organizados e mais fortes do século XII, e uma igreja mais disciplinada e autoconfiante, tiveram uma estreita ligação com o nascimento da universidade europeia. Kelly enfatiza que a administração civil e eclesiástica, mais ambiciosas e eficientes que na Idade das Trevas, exigiam um pessoal capaz de manter registros precisos, minutar escrituras, autorizações e doações, prover e servir a judicatura, cuidar da correspondência e, em geral, capaz de organizar todo esse material num latim claro e eficaz. Assim, desse complexo de necessidades (governamentais, políticas e religiosas), surgiram as escolas superiores da Europa.

A mais importante escola na história do direito é provavelmente a mais antiga de todas, a de Bolonha, no território papal do centro-norte da Itália. Essa era de estudos, inaugurada em Bolonha, é convencionalmente dividida em duas fases: a primeira, de 1100 a 1250 aproximadamente, chamada dos glosadores; a segunda, de 1250 a 1400 aproximadamente, dos comentaristas (ou pós-glosadores).

O Digesto, os Institutos de Justiniano (um pequeno livro didático), o *Codex* e as *Novelae* (coleções do direito legislado do final do Império) formaram o que a Idade Média passou então a chamar de *Corpus Iuris Civilis*.

No ano de 1100, a Europa estava no meio de uma revolução. Antes, a Igreja tendia a ficar sob o controle dos reis e príncipes locais e até o papado era controlado pelo imperador germânico, que no século XI tinha realmente deposto três papas. Mas o movimento de reforma associado a um novo fortalecimento do papado sacudiu o jugo do poder temporal e partiu para o contra-ataque, com a deposição do imperador Henrique IV por Gregório VII.

A consequência desse ressurgimento da Igreja e da pretensão papal foi que as esferas da Igreja e do Estado começaram a separar-se, à medida que os partidários dos monarcas responderam às exigências papais com asserções igualmente vigorosas da independência do Estado. Abandonou-se por fim a primitiva opinião medieval de que o Estado tinha algo de profano em suas bases e era, na melhor das hipóteses, um mal necessário para a repressão da maldade e o castigo dos malfeitores; agora, geralmente era tido como uma instituição ordenada por Deus.

O passo decisivo para a constituição de uma base filosófica para essa opinião foi dado por São Tomás de Aquino. A fusão que São Tomás de Aquino operou entre a doutrina de Aristóteles sobre a natureza cívica do homem e a doutrina cristã que imputou a criação dessa natureza a Deus legitimou automaticamente o próprio Estado como uma parte do desígnio de Deus. Como bem enfatizou Kelly, assim, o conceito de Estado secular autônomo, não subordinado à autoridade religiosa, começou a surgir da névoa da época medieval.

O escritor que nesse período tirou as conclusões mais radicais nessa direção, e cuja obra foi um marco na história da liberdade constitucional, foi Marsílio de Pádua. Em sua obra *Defensor pacis*, ele insistiu na separação das esferas da Igreja e do Estado, e até propôs a subordinação da primeira ao último.

Dando continuidade a sua narrativa, Kelly afirmou não ser conhecida nem a data de abertura nem a de fechamento do período do Renascimento e da Reforma. Mas, que ao se reconhecer que a Idade Média tardia vai além do século XV, dois eventos importantes precisariam ser considerados, a saber, o restabelecimento da tradição greco-romana na arte e na literatura e a fratura da antiga unidade católica da Europa ocidental, com a Reforma Protestante. Esses dois eventos geraram os fatores sob os quais o mundo nasceu: a secularização da vida pública e a emancipação dos leigos em relação à hierarquia clerical.

A consolidação dos reinos nacionais, a descoberta de novos mundos e novas técnicas, a incipiente revolta dentro da Igreja contra o papado medieval e sua pretensão de comandar a mente dos homens foram características imensamente importantes na tapeçaria histórica dos séculos XIV e XV. Porém, talvez mais importante

ainda foi o despertar de um novo tipo de intelecto leigo e um novo interesse pela Antiguidade clássica greco-romana.

O espírito clássico que começou a se infiltrar no mundo católico tinha fonte humanista, um espírito de discernimento calmo, crítico e independente, de liberdade intelectual e de autoconfiança, que se opunha diametralmente à velha mentalidade medieval, acostumada a aceitar a autoridade da Igreja a respeito de tudo. Assim, a propagação do humanismo influenciou o aparecimento da Reforma Protestante e, em específico, predispôs muitos soberanos cultos a aceitá-la.

Ponderou Kelly que mesmo antes da Reforma levar a termo a constituição dos Estados nacionais independentes e derrubar definitivamente a primitiva noção medieval de uma sociedade cristã unitária, o conflito sobre a condição dos reinos diante da autoridade papal tinha acabado.

Como bem aduziu Kelly, nos séculos XIV, XV e XVI, portanto, surgiram novas doutrinas que se afastaram da ideia medieval de que o consentimento dos governados era necessário para a elaboração de novas leis, e afirmavam, o contrário, numa resposta consciente ou inconsciente às desordens provocadas pela agitação social e religiosa, as reivindicações da monarquia absoluta; nesse mesmo sentido, os teóricos abrandaram ou negaram completamente a doutrina de que o príncipe estava vinculado à lei de seu país. Como de hábito, ainda disseram o quanto era bom que o soberano se considerasse sujeito às leis, as quais o mundo medieval entendia principalmente como leis consuetudinárias do povo; e afirmaram que o Estado mais feliz era aquele em que essas condições prevaleciam.

Um aspecto relevante desses séculos foi o fato da formação do caráter dos posteriores sistemas jurídicos da Europa. Foi nesse período que surgiu a grande divisão do mundo jurídico civilizado em duas famílias, a do *civil law* ou direito de raiz predominantemente romana e a do *common law*. O fundamento essencial da divisão foi a penetração das jurisdições da Europa Continental pelo direito romano, o *ius civile* na língua romana; e, por outro lado, a incapacidade do direito romano de penetrar permanentemente o universo jurídico inglês, que perpetuou as regras tradicionais nativas;

estas, aplicadas uniformemente em todo o reino por um único corpo de juízes que foram, por essa razão, denominadas coletivamente *common law*, direito comum.

Kelly destacou que no norte da Europa e, depois, em todo o continente ocidental, os homens de condição social servil, que podiam ser comprados e vendidos, desapareceram entre 1400 e 1500 aproximadamente. Contudo, à medida que a escravidão desaparecia do Velho Mundo, encetou vida nova e terrível no Mundo Novo, com o início do tráfico de escravos para fornecer trabalho para as minas e, depois, para as plantações da América. A cruel exploração humana que acompanhou a colonização espanhola do outro lado do Atlântico foi o estímulo imediato para protestos contra a venerável teoria jurídica que justificava a escravidão, apesar de sua contradição com a igualdade natural de todos os homens.

A instituição da propriedade privada já tinha encontrado justificativas teóricas nos tempos dos primeiros padres da Igreja, mas é interessante notar por quanto tempo sua situação, em uma sociedade cristã, pareceu equívoca (sua plena aceitação pela Igreja católica, como parte da lei natural, dando aos homens um direito natural à propriedade privada de bens externos, só veio no final do século XIX), e como foi persistente a ideia de que um inocente comunismo era a condição original da raça humana e um estado excelente ao qual o homem até hoje deve aspirar. A agitação social do final do século XIV e início do XV foi amplamente provocada pela opressão dos pobres pelos ricos dado o abuso da propriedade.

Foi no final do século XVI, especialmente na última parte do século, que surgiu um conceito perfeitamente claro de um sistema jurídico que governasse as relações entre os Estados. O fato disso ocorrer no século XVI não foi um acidente. Primeiro, o encontro da Espanha com os povos estranhos do Novo Mundo apresentou problemas para a mente cristã reflexiva, obrigando-a a raciocinar sobre os direitos dos povos. Segundo, foi esse o primeiro século em que a Europa se dividiu claramente em Estados soberanos, definidos e poderosos.

O aspecto mais característico dessa nova Europa foi a rápida propagação da prática (originada nas cidades-estado italianas) de manter embaixadas permanentes em cortes estrangeiras, em vez de

simplesmente enviá-las em ocasiões importantes. Assim, foram as novas condições, em ambos os lados do Atlântico, que constituíram a base sobre a qual um novo Direito das Nações edificou-se.

O século XVII nasceu sobre uma Europa ainda não recuperada do choque e da ruptura da Reforma. Neste século somente a Inglaterra passou por um revolução política. A Revolução Gloriosa de 1688 desdobrou-se em um cenário de teorias jurídicas e políticas conflitantes. O que saiu vitorioso da revolução foi um conjunto de princípios sobre a supremacia do direito, os direitos fundamentais do homem e a base essencialmente democrática da autoridade política.

Para Kelly essas doutrinas foram imediatamente transplantadas para a América, onde viriam a constituir o arsenal intelectual dos habitantes das colônias rebeldes um século depois; e para a França, onde também estimularam o pensamento progressista e por fim, revolucionário.

Na verdade, o século XVII foi marcado por uma revolução científica por toda a parte. A livre investigação implicou o repúdio não só da autoridade eclesiástica, mas de toda a autoridade, até a de Aristóteles, o mais venerável dos filósofos pagãos antigos. No lugar da autoridade foram colocados os dados decorrentes da investigação e da experimentação. Esse período presenciou revoluções na astronomia (Galileu), na fisiologia (Harvey, descobridor da circulação sanguínea), na Física (Newton) e na Matemática (Newton e Leibniz). As condições da vida cotidiana melhoraram; o desenvolvimento da medicina pôs fim às pestes que dizimavam periodicamente a população da Europa; melhores métodos de agricultura contribuíram para o aumento da população e para o rápido crescimento de grandes cidades.

No século XVI era comum imputar a origem da sociedade organizada a uma espécie de acordo firmado entre seus membros ou, usando a expressão sintética que depois se tornou usual, a um “contrato social”. No entanto, foi no século XVII e particularmente na Inglaterra que a teoria do contrato social desempenhou um papel central nos conflitos constitucionais. Foi esse período também que produziu seus dois mais famosos expoentes, Thomas Hobbes e John Locke.

A mais significativa contribuição do século XVII para a ciência jurídica, juntamente com a colocação do direito internacional em um patamar científico e a definitiva expressão do contrato social obrigando o governante bem como os governados a uma estrutura condicional de confiança, foi o conceito – até certo ponto correlato à doutrina do governo limitado – dos direitos naturais do indivíduo. Enquanto o mundo católico medieval conhecia uma teoria do direito natural em que a principal ênfase estava nos deveres do homem para com seu soberano ou seus semelhantes, a atmosfera individualista da Europa depois da Reforma protestante imprimiu nova tendência à doutrina do direito natural, estendendo-a também para os direitos do homem contra seu soberano e todos os outros.

Ademais, o século XVII caracterizou-se, talvez em resposta à Reforma teológica, por um forte interesse nos direitos de propriedade, tanto na teoria quanto nos contextos práticos. Nesse período, Locke estabeleceu uma teoria da propriedade baseada no trabalho. Por outro lado, a igualdade foi um valor que, numa Europa cheia de privilégios, só encontrou plena expressão na voz da revolução inglesa.

O discurso do século XVII sobre a natureza do direito ainda era destituído da dimensão científica que o século seguinte viria acrescentar-lhe ao ver mais tarde o direito como o produto condicionado de seu tempo, lugar e cenário social.

No século XVIII as estruturas europeias de autoridade e legitimidade foram abaladas pelas revoluções francesa e americana. Além disso, foi um século marcado pelo Iluminismo, que teve representantes em toda a Europa. Embora o século XVIII seja lembrado como o século da razão, também foi neste período que ocorreu o surgimento de um pensamento muito diferente e divergente, o do clima “romântico” na arte e na literatura, que deixou igualmente sua marca na teoria jurídica. O domínio deste pensamento pertence mais ao século XIX que ao século XVIII, mas seu principal fundador foi contemporâneo de Voltaire, Jean-Jacques Rousseau. Foi Rousseau quem estabeleceu as pretensões do sentimento humano em contraste com a mera razão.

Para Kelly o século XVIII superou a necessidade que o século XVII ainda sentia, de justificar a existência do Estado e do

governo. De outro turno, o Estado começou a ser entendido como uma entidade independente e abstrata, mais claramente do que antes. O contrato social, por sua vez, continuou a ser, no século XVIII, um modelo conveniente para exposições ou polêmicas. Entretanto, era impossível que a Idade da Razão e do Iluminismo aceitasse a noção de um contrato original como a base do Estado como uma hipótese histórica séria.

No século XVIII o direito natural tornou-se um tema recorrente. Na Alemanha o direito natural passou a ser aceito como a matéria-prima a partir da qual todos os sistemas jurídicos particulares podiam ser moldados. Fornecia um padrão pelo qual as normas existentes podiam ser corrigidas ou suplementadas.

O espírito racionalista do século XVIII também produziu as primeiras tentativas legislativas para codificar os sistemas jurídicos nacionais nos moldes sugeridos pelo direito natural. A mais famosa destas codificações é o código civil francês, também conhecido como o “Código Napoleão”.

O direito natural influenciou a codificação e o direito em sua prática efetiva, sendo possível observar este fato na prática do direito alemão em questões relacionadas ao direito de propriedade. A área historicamente mais significativa em que o pensamento do direito natural operou no século XVIII foi a dos direitos naturais. Os ensinamentos de Locke, especialmente sobre os direitos de propriedade, juntamente com os ensinamentos de Coke, sobre o primado do direito e a justiça natural, foram o principal armamento intelectual dos colonos americanos descontentes.

Rousseau foi uma das vozes que se juntou à de Locke na inspiração das declarações dos direitos naturais do homem, com as quais o século terminou. Sua contribuição para a esfera emocional da doutrina do direito natural foi considerável. Para Rousseau, o direito natural não era ditado pela razão, mas pelo coração; repousava sobre princípios anteriores à razão: o amor a si mesmo e o amor aos outros.

Em meados do século XVIII ocorreu uma profunda mudança intelectual na Europa, que representou um abandono do conceito de direito natural acessível pela razão. Esta mudança fez com que no século XIX o direito natural perdesse completamente sua força.

O século XVIII foi um momento em que houve o surgimento de várias práticas e doutrinas constitucionais que nos são atualmente familiares. Primeiramente, houve o surgimento de Constituições escritas. Em segundo lugar, foi nesse século que a doutrina da separação dos poderes se estabeleceu como uma fórmula contra a tirania. Em terceiro lugar, o surgimento do controle judicial de uma lei devidamente aprovada, a teoria do controle de constitucionalidade.

Segundo Kelly, ao longo da história do pensamento jurídico ocidental o direito foi definido com um elemento imperativo, ou seja, um elemento de comando, fundamental. O século XVIII permaneceu com esta tradição e Bentham a solidificou em uma forma teórica. A visão de Bentham do labor de uma verdadeira lei foi claramente fundida em um molde de comando em sua forma forte, não meramente admonitória.

As mudanças tecnológicas e econômicas do século XIX foram vastas. Os empreendimentos capitalistas assumiram espaço e as populações europeias, cada vez mais urbanizadas, cresceram rapidamente. Além disso, o livre comércio internacional teve grande desenvolvimento, facilitado pelo progresso nas comunicações.

A partir do surgimento do capitalismo e dos novos contrastes sociais dele decorrentes ressurgiram vozes que contestaram a questão do direito do homem se apropriar, como indivíduo, de grandes quantidades de recursos da terra aparentemente destinados pela natureza ao homem como espécie.

Segundo Marx, o direito tal como existia nas sociedades burguesas em meados do século XIX, era meramente um mecanismo pelo qual a classe dominante perpetuava seu domínio dos meios de produção e fontes de riqueza, e que conferia aparente legitimidade à exploração das massas operárias que, além de receber por seu trabalho apenas a recompensa mínima que as forças livres do mercado obrigavam seus empregadores a pagar, eram roubadas do valor excedente, superior a esse salário, que seu trabalho fornecia. Ademais, Marx associou o surgimento das leis ao surgimento da propriedade privada.

Neste sentido, ocorreram as reivindicações dos conhecidos como socialistas utópicos, cujos protestos estavam ligados ao desejo de que a sociedade reformasse a si própria partindo de uma base

que excluía a propriedade privada, juntamente com a exploração a ela associada.

Ao tratar do Século XX, na primeira metade e na segunda metade, o autor buscou apresentar as causas e os efeitos decorrentes das duas grandes guerras, designadamente as mudanças no panorama político. Kelly acabou por concluir que, de uma forma ou de outra, a Segunda Grande Guerra acabou sendo uma mera decorrência dos efeitos trazidos pela Primeira.

Kelly abordou, sob o aspecto político-econômico, o surgimento do Estado do Bem-Estar-Social como consequência histórica da Segunda Grande Guerra, mais precisamente dos efeitos nefastos que o confronto deixou sobre os países que dele participaram.

Ao discorrer sobre a influência do pensamento dos séculos XVIII e XIX na teoria do estado do século XX, destacou os pensamentos de Otto von Gierke e Hans Kelsen assim como o movimento do direito livre, que estabeleceu clara oposição à ciência jurídica dos conceitos e ao apego à literalidade da lei.

Discutiu ainda o relativismo, tanto norte-americano como escandinavo, destacando seu perfil antiformalista e, nesse aspecto, alinhado ao movimento do direito livre. O marxismo e a teoria do direito natural também fizeram parte das considerações de Kelly. Enquanto o primeiro defendia o caráter meramente provisório do Estado, o segundo surgiu como uma reação teórica ao movimento codificacionista, especialmente na Alemanha.

Ao iniciar sua exposição sobre a segunda metade do século XX, analisou o surgimento dos blocos de poder após a Segunda Guerra Mundial e a interessante aproximação que ambos sofreram em virtude das contingências históricas verificadas. Ato contínuo, a criação de blocos econômicos e o surgimento das cortes europeias trouxeram consigo a necessidade de adoção de um novo conceito de soberania.

Sobre a teoria do Direito no Ocidente no século XX, Kelly expôs a famosa contenda entre Austin e Hart sobre o conceito de Direito. Aqui, a influência de Ronald Dworkin também não foi esquecida por ele que resumiu com absoluta fidelidade intelectual, a noção dworkiana de que os sistemas jurídicos não são formados

unicamente por regras, mas também por princípios cuja aplicação deveria ocorrer nos casos em que se verificar um “caso complicado”.

Kelly abordou o surgimento da noção moderna de direitos naturais, especialmente a partir do movimento norte-americano de luta pelos direitos civis e políticos. Ainda nos Estados Unidos, também expôs as bases de teorias opostas, a do realismo judicial e a dos estudos jurídicos críticos. Não esqueceu Posner e a análise econômica do Direito como forma de qualificar o processo de formação das leis, bem como, traçou linhas sobre o estruturalismo, a semiótica e a chamada análise funcional do Direito.

CONCLUSÃO

Após os 10 (dez) capítulos da obra de Kelly e recordando a introdução escrita por Keane, impressionou a destreza com que o autor relacionou o desenvolvimento da ciência jurídica às convulsões que marcaram milênios de história. A busca de Kelly por uma estrutura coerente que explicasse o Direito e seu papel na vida e na atividade humana foi bem sucedida. O livro é rico em detalhes ao contar a história da Teoria do Direito Ocidental e com certeza é leitura e fonte de pesquisa obrigatória para os estudiosos da ciência jurídica.

CHRISTINA VILAÇA BRINA
Mestranda em Direito (UFMG)
Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Minas Gerais
Email: christinavbrina@gmail.com

DAYSE STARLING LIMA CASTRO
Mestranda em Direito (Faculdade de Direito da UFMG)
Juíza Federal Substituta da Seção Judiciária de Minas Gerais
Email: dayse.starling@trf1.jus.br

LINARA OEIRAS ASSUNÇÃO
Doutoranda em Direito (Faculdade de Direito da UFMG)
Professora Assistente na Universidade Federal do Amapá
(UNIFAP)
Email: linara@unifap.br

MARCELO PAES FERREIRA DA SILVA
Mestrando em Direito (Faculdade de Direito da UFMG)
Defensor Público (Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais)
Email: mpaes80@globo.com

