

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
V Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público

Agnaldo José Martins

**Direito e Justiça na experiência Jurídica: o
processo de secularização do Direito no
ocidente e o lugar da justiça no “mundo
desencantado”**

Brasília-DF
2008

Agnaldo José Martins

**Direito e Justiça na experiência Jurídica: o
processo de secularização do Direito no
ocidente e o lugar da justiça no “mundo
desencantado”**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do Certificado de Conclusão do V
Curso de Formação em Teoria Geral do Direito
Público do Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP

Brasília, 2008

Agnaldo José Martins

**Direito e Justiça na experiência Jurídica: o
processo de secularização do Direito no
ocidente e o lugar da justiça no “mundo
desencantado”**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do V Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelo Prof. Examinador em __/__/__, com
menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Prof. :

RESUMO

O trabalho discute a relação entre direito e religião no Estado pré-moderno, utilizando como referência de tempo e lugar históricos os *Cases Law do Judeu Shylock*, de *O Mercador de Veneza* e *O Julgamento de Mary Stuart*, rainha britânica do Século XVI. Busca-se analisar, a partir daí e se valendo do pensamento de Max Weber, o processo de secularização do direito no ocidente moderno e, com isso, especular acerca do lugar da justiça, como valor, nesse contexto. São tratados os fatores que levaram à demanda pela separação entre o direito e religião e como a nova visão de homem e de mundo substituiu a crença religiosa pelo império da razão. Também se problematiza como essa mudança de ótica construiu um novo sentido de liberdade, determinante para o processo de racionalização do ocidente e para a construção dos pilares ético-jurídicos contemporâneos. Discute-se a influência do positivismo jurídico nessa viragem histórica, sua limitação diante das novas demandas sociais e o esvaziamento ético do direito, alheio à necessária concreção dos direitos fundamentais consagrados pelo Estado moderno. Dado esse enfoque, indaga-se a respeito dos caminhos a serem trilhados para a efetivação desses direitos, com a necessária abertura das portas das instituições jurídicas para o homem *in concreto* e propugna-se por um papel mais ativo do operador do direito como representante do Estado na promoção da cidadania. PALAVRAS-CHAVE: direito. religião. positivismo. ética. justiça. cidadania.

SUMÁRIO

Introdução	6
1 - O englobamento do Direito pela Religião no ocidente pré-moderno.....	9
1.1. A origem religiosa do Direito	9
1.2. Mapeamento do conflito "Direito x religião" no caso do judeu Shylock e n'O Julgamento de Mary Stuart.....	15
1.2.1. O Julgamento de Mary Stuart	18
1.2.2. O caso do judeu Shylock.....	23
1.3 - A emergência da burguesia como força política a partir do século XVIII e a demanda pela separação entre Direito e religião	27
2. O projeto iluminista de racionalização do ocidente e a secularização do Direito --	30
2.1. A racionalização do ocidente segundo Max Weber e o lugar do homem na sociedade secularizada: um diálogo com Peter Berger	32
2.2. Implicações da racionalização da modernidade na secularização do Direito	36
2.3. A pretensão de universalidade do Direito e a padronização das normas jurídicas: a consolidação em HANS KELSEN.	39
3. O esvaziamento ético do Direito e as "portas da justiça" na sociedade contemporânea-	43
3.1. A inadequação do modelo positivista tradicional.....	43
3.2. A necessidade de repensar o papel dos operadores do Direito e a busca de novos caminhos para a efetivação dos Direitos fundamentais.....	45
Conclusão	49
Referências Bibliográficas.....	51
Plano da Redação	54

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo discutir a relação entre Direito e religião nos *Cases Law Judeu Shylock*, personagem da peça *O Mercador de Veneza*, de SHAKESPEARE, e *O Julgamento de Mary Stuart*, extraído da obra “Grandes Julgamentos da História”, de HENRI ROBERT.

Partindo das referências de *tempo e lugar* apresentadas nesses *Cases Law*, trabalhamos com a hipótese de que no ocidente pré-moderno o Direito é englobado pela religião. Na seqüência, buscaremos analisar como e por que se deu o processo de secularização do Direito no ocidente moderno e indagar “qual o lugar da justiça no ‘mundo desencantado’” (expressão de MAX WEBER).

É nesse âmbito que pretendemos estudar a relação entre Direito e religião no ocidente pré-moderno. Para essa leitura, buscaremos nas origens conhecidas da civilização ocidental as primeiras formas de organização social do homem e as maneiras de regulação dos primeiros agrupamentos complexos.

Esse recuo no tempo será mediado pela obra *A Cidade Antiga*, de FUSTEL DE COULANGES, historiador francês que viveu no século XIX e que estudou a história civil dos povos greco-romanos e seu culto aos antepassados e aos deuses políadas.

Essa escolha é relevante na medida em que nos possibilita entender, quando da análise dos casos *juulgamento de Mary Stuart* e *judeu Shylock*, a força que a religião imprimia na mentalidade pré-moderna e os significados da maneira religiosa de ver o mundo na aplicação do Direito.

A descrição de como COULANGES explicou o surgimento do sentimento religioso nas civilizações antigas se mostra profícua pois as nossas instituições modernas secularizadas foram forjadas naquele tempo histórico, em que o sagrado dava a tônica de todas as associações humanas.

Assim, veremos que os elementos de cunho religioso que se apresentam nos *Cases Law* selecionados guardam relação com um tempo distante, em que o sagrado modulava a sociedade e o Direito. Apresentam-se de maneira vivaz e, em

que pese a transição social e econômica para a modernidade, conservam uma visão de homem presa ainda ao mundo antigo.

Considerando essa perspectiva, depois de resgatarmos a origem religiosa das instituições jurídicas na primeira parte do capítulo 1 e contextualizarmos a imanência desse conflito no *Julgamento de Mary Stuart* e no caso *judeu Shylock* na sua segunda parte, abordaremos a transição para a modernidade na emergência da burguesia como força política no contexto da França revolucionária.

Discutiremos os fatores que levaram à demanda pela separação entre o Direito e religião e como a nova visão de homem e de mundo substituiu a crença religiosa pelo império da razão. Também apresentaremos como essa mudança de ótica construiu um novo sentido de liberdade, determinante para o processo de racionalização do ocidente.

No segundo capítulo, em sua primeira parte, apresentaremos a concepção de MAX WEBER dessa nova sociedade, que extasiada pelo progresso material, renuncia ao sagrado, mas se desencanta diante do *politeísmo de valores*. A escolha desse sociólogo é fundamental, pois foi o pensador alemão que captou como ninguém os paradoxos da modernidade. É também de WEBER a construção teórica que implica no forjamento do Direito burguês pelo princípio da autoridade burocrática e da dominação liberal-legal.

Valendo-se ainda de WEBER, faremos um breve contraponto “do lugar do homem na sociedade desencantada” com a análise de PETER BERGER acerca do “encarceramento do indivíduo pelas estruturas sociais”. Veremos que, ao contrário de WEBER, que visualiza um indivíduo desiludido diante das amarras sociais, mas ainda autônomo e racional, BERGER vê o homem expropriado de qualquer sentido de liberdade, já que está à mercê dos mecanismos de controle social.

Na última parte do segundo capítulo, enfocaremos o *positivismo jurídico* de HANS KELSEN e sua influência nos operadores do Direito do século XX. Esse modelo, que reduz o Direito a um sistema de normas formuladas pelo Estado, é posto em cheque diante da crise de identidade do próprio Direito, que ignora a emergência de novas demandas sociais e as implicações éticas da função social das leis.

A partir desse ponto, enfatizaremos no último capítulo a dimensão do esvaziamento ético do Direito baseado na dominação racional-legal, de cunho utilitarista, que ainda ostenta as bandeiras de coerência, abstração e universalidade, mas se abstém a respeito da realidade social e econômica excludente na maioria das sociedades.

Com esse enfoque, especularemos sobre os caminhos que podem ser trilhados para efetivação dos Direitos fundamentais do homem, consagrados no direito positivo, mas que, obstados pelas barreiras socioeconômicas, distanciam o homem comum do acesso ao sistema judiciário.

1 - O ENGLOBAMENTO DO DIREITO PELA RELIGIÃO NO OCIDENTE PRÉ-MODERNO

1.1 - A origem religiosa do Direito

Desde tempos imemoriais o ideário do homem sobre sua própria natureza remonta ao aspecto religioso como base sobre a qual se assentaram a civilização humana e as suas instituições. Segundo o historiador francês FUSTEL DE COULANGES (1830-1889), no seu livro *A cidade Antiga*, a crença em uma segunda existência após o plano material já se manifestava em rituais sagrados dos povos indo-europeus anteriores aos gregos e aos romanos.¹

De acordo com o autor, acreditava-se que nessa segunda vida a alma continuava associada ao corpo e que a sepultura era a sua morada. A felicidade eterna só seria alcançada com o repouso sob a terra. Do contrário, a alma seguia errante, atormentando os vivos. Daí, toda "a importância atribuída aos ritos e às fórmulas das cerimônias fúnebres".²

As práticas sociais advindas dos ritos sepulcrais se fundamentavam na crença de que os mortos eram entes sagrados. COULANGES caracteriza tais práticas como uma verdadeira religião dos mortos, pois na percepção dos antigos "cada morto era um deus". A origem do sentimento religioso parece estar associada, de acordo com o autor, à tentativa de lidar com o mistério da morte.³

Tais crenças de tempos remotos regeram as sociedades antigas, suas instituições domésticas e sociais, estando na gênese do Direito. Segundo o autor, o culto ao fogo sagrado, outra prática milenar, guarda estreita correspondência com o culto aos mortos⁴ e nos possibilita conjecturar sobre o forjamento da estrutura familiar e da regulação da vida social com base na religião.

¹ COULANGES, Fustel de. *A cidade Antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 13.

² Ibid., p. 17.

³ Ibid., p. 26.

⁴ Ibid., p. 33.

Essa religião eminentemente doméstica, simbolizada pelo fogo sagrado, e que "nasceu espontaneamente no espírito humano, sendo o seu berço a família e tendo cada família criado os seus deuses" ⁵, propagava-se geração a geração, tendo a particularidade de se transmitir só pela linha masculina. Segundo COULANGES, tais vestígios se apresentam claramente nos fundamentos do Direito grego e romano, tendo repercussões históricas no Direito privado e de família especificamente. ⁶

Sendo o principal elemento constitutivo da família antiga, a religião fez com que essa se formasse um só corpo no elo da vida terrena e imortal⁷. O tratamento diferenciado entre os entes da instituição familiar, como a situação periférica da mulher, a desigualdade de Direitos entre irmãos e o fato de a filha casada deixar de fazer parte da família de origem, significa para COULANGES que o arcabouço da família não era o afeto natural, considerando que os Direitos grego e romano não tomavam na menor conta esse sentimento.

O autor argumenta que a autoridade paterna, como alicerce da família antiga, e sobre a qual repousa o culto doméstico, não teve origem na superioridade da força do homem sobre a mulher e sobre os filhos. A gênese desse Direito estaria na religião e por esta foi estabelecida. Deste fato, a constatação de que a família antiga seria, pois, uma associação religiosa, mais do que associação natural.

A relevância de uma reflexão histórica sobre as condições mediante as quais o Direito se estabeleceu a partir das leis e dos costumes antigos, enredados na esfera familiar, se evidencia na discussão dos conflitos desencadeados pelas revoluções de cunho político e social, cíclicas na concretude histórica dos homens.

A família não recebeu da cidade as suas leis; ao contrário, as impôs ao legislador pelo enraizamento dos costumes e pelo forte sentimento de adesão a eles. Evidencia-se, assim, conforme preconiza COULANGES que o Direito "decorreu das crenças religiosas universalmente aceitas na idade primitiva dos povos e reinou

⁵ Ibid., p. 42.

⁶ Ibid., p. 43.

⁷ Ibid., p. 45.

sobre as inteligências e as vontades".⁸ Tal poder, forjado na religião doméstica, dava a família um status de um pequeno corpo organizado, uma pequena sociedade com o seu chefe e o seu governo.⁹

Na inevitabilidade do devir histórico, no entanto, a esfera familiar se alarga e se exterioriza no âmbito da cidade e de outros sistemas, vislumbrando-se os primeiros obstáculos à convivência social harmônica. Por mais que o poder estabelecido consiga se legitimar por gerações, posto que "o homem não se liberta das opiniões que o dominaram por um bom tempo"¹⁰, a inquietude do espírito humano cede à resignação e o move às batalhas de contestação das diferenças, respaldadas pelo Direito vigente, mesmo o de poder divino e transcendental.

Houve um longo período durante o qual os homens não conheceram outra forma de sociedade que não a família. Mas foi com a formação das instituições políticas, posteriormente à separação da família em diferentes ramos, que a sociedade antiga conheceu uma nova dinâmica, complexificando lentamente seu quadro institucional e deixando seu legado para a sociedade ocidental moderna.

Segundo COULANGES, foi com a emergência de uma segunda forma de religião, de origem incerta, que a associação humana se alargou e conheceu seu futuro progresso. Concomitante ao culto aos antepassados e ao símbolo do lar, essa segunda religião buscava seus deuses na natureza física, não apenas inspirados na alma humana. Essa nova realidade revelou-se mais de acordo com o estado social do homem para além da família.

A religião dos deuses da natureza, prestou-se melhor que o culto aos mortos aos futuros progressos da associação humana. Não se limitava a ensinar ao homem seus deveres de família, mas levava a moral para um contexto social mais amplo. À medida que essa religião foi se desenvolvendo a sociedade cresceu.¹¹

Conforme argumenta COULANGES, no mundo antigo era o culto que constituía o vínculo que amalgamava toda a sociedade. Assim, a formação das cidades e de suas leis se dá nesse rescaldo cultural. Mais do que o domicílio, a

⁸ Ibid., p. 93.

⁹ Ibid., p. 96.

¹⁰ Ibid., p. 121.

¹¹ Ibid., p. 137.

cidade era uma associação religiosa e política das tribos, os diferentes ramos das famílias. O culto da cidade era a reunião dos que tinham os mesmos deuses protetores, já no âmbito religioso da natureza.¹²

Segundo o autor, as instituições políticas da cidade nasceram com a própria cidade e cada uma trazia consigo, "vivendo em germe nas crenças e na religião de cada homem".¹³ Assim descreve COULANGES:

Entre gregos e romanos, assim como os hindus, desde o princípio a lei surgiu como parte da religião. Os antigos códigos das cidades reuniam um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, de orações e, ao mesmo tempo, de disposições legislativas. As normas sobre os Direitos de propriedade e de sucessão estavam dispersas entre as regras relativas aos sacrifícios, à sepultura e ao culto aos antepassados.¹⁴

Fundada com base numa religião doméstica milenar e também sob o jugo dos deuses da natureza, a cidade antiga logo impôs o domínio e a onipotência sobre seus membros. Estado e religião formavam um só corpo e se implicavam mutuamente. Sob tais princípios, não havia espaço para a liberdade individual.¹⁵ A noção de liberdade dos antigos acha-se associada à cidade, à submissão completa do indivíduo à autoridade do todo societário.

A concepção de liberdade dos povos antigos, que moldou o Direito durante toda a era pré-moderna, se efetivava nos Direitos políticos dos cidadãos pela sua participação ativa e constante do poder coletivo. BENJAMIM CONSTANT, na comparação que faz da liberdade dos antigos com a vivenciada pela modernidade, destaca o sentimento do povo antigo de pertencer coletivamente a uma cidade, mas com todas as ações privadas sujeitas a severa vigilância.¹⁶

Segundo CONSTANT, os antigos eram soberanos nas questões públicas, mas submetiam-se a escravidão em todos os assuntos privados. Até mesmo em

¹² Ibid., p. 191.

¹³ Ibid., p. 191.

¹⁴ Ibid., p. 206.

¹⁵ Ibid., p. 248.

¹⁶ CONSTANT, Benjamim. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. In: Filosofia Política. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1985, p. 11.

Atenas, palco da democracia grega no seu período clássico, a submissão da existência individual ao corpo coletivo foi uma característica marcante.¹⁷

Constant atribui a origem dessa noção de liberdade entre os antigos, diferente da dos tempos modernos, às peculiaridades das cidades-estado e das repúblicas pré-modernas. As sociedades antigas precisavam sacrificar a independência individual para preservar o corpo social coeso, pronto para a defesa de sua cidade¹⁸.

Conclui-se que devemos ser bem mais apegados que os antigos à nossa independência individual. Pois os antigos, quando sacrificavam essa independência aos Direitos políticos, sacrificavam menos para obter mais; enquanto que, fazendo o mesmo sacrifício, nós daríamos mais para obter menos. O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios.¹⁹

Ainda de acordo com a argumentação de Constant, uma das grandes molas propulsoras do espírito de inquietação do homem antigo, submetido a uma sociedade constituída para durar, pode ser encontrada no comércio, pois "inspira aos homens um forte amor pela independência individual".²⁰

E é justamente a busca por essa liberdade, que de certa forma era experimentada nas práticas comerciais, nos acordos com povos distantes e diferentes, que provavelmente sedimentaram no espírito humano uma centelha contestatória da ordem vigente. Abria-se caminho para as primeiras grandes revoluções da antiguidade.

COULANGES descreve uma série de fatores associados às grandes revoluções que levaram à decadência e ao desaparecimento das sociedades antigas, entre eles o próprio desenvolvimento natural do espírito humano, que gradualmente esmorecia as antigas crenças. Também é evidenciado o caráter excludente dos estamentos sociais, em cuja esteira se forjou uma organização de homens livres e uma classe de escravizados, que trazia de tempos em tempos tensão ao sistema²¹.

¹⁷ CONSTANT, op. cit., pp. 11 e 12.

¹⁸ Ibid., p. 15.

¹⁹ Ibid., p. 16.

²⁰ Ibid., p. 14.

²¹ COULANGES, op. cit., p. 253.

A descrição da relação entre a religião e a formação do Estado antigo, conforme proposto por COULANGES, nos oferece uma leitura da sociedade pré-moderna e nos possibilita a compreensão de como o Direito e a moral eram aspectos indissociáveis da vida social.

Em que pese não ser possível considerar isoladamente a religião como responsável pelas transformações sociais e, assim, estudar o passado como um encadeamento lógico e linear dos fatos, a linha histórica apresentada por COULANGES nos coloca quase sempre no caminho da moral religiosa. Estabelecendo um salto histórico, uma nova forma de religião marca o fim da sociedade antiga e estabelece os parâmetros da vida social e jurídica dos séculos que antecedem a passagem lenta e gradual para a modernidade: o cristianismo.

Com o advento do cristianismo as estruturas da sociedade antigas passaram por uma revolução política, apesar dessa nova religião refutar qualquer pretensão dessa ordem terrena, conforme assevera REALE²². Por séculos, a religião doméstica dos antigos e seus deuses políadas que forjava a regulação da relação entre os homens, da propriedade e da sucessão, foi se esmaecendo e o Estado como comunidade religiosa perdendo força.²³

De acordo com COULANGES, a partir desses acontecimentos, a política liberta-se de forma definitiva das regras restritivas que a antiga religião lhe ditara. Para o autor, além de moldar uma nova visão de homem, também houve a mudança da natureza do Direito, que não mais se sujeitava à religião, nem delas recebia mais todas as suas normas.²⁴ Eis a argumentação do autor:

O cristianismo é a primeira religião que não pretendeu regular o Direito; ocupou-se dos deveres dos homens, não de suas regulações de interesses. (...) O Direito tornou-se, pois, independente; pode procurar as suas regras na natureza, na consciência humana, na poderosa idéia de justiça que existe em nós. Pode desenvolver-se em inteira liberdade, reformar-se e melhorar sem obstáculo algum, acompanhar a evolução da moral, curvar-se aos interesses e às necessidades sociais de cada geração.²⁵

²² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atiça, 1996, p. 632.

²³ COULANGES, op. cit., p. 412.

²⁴ *Ibid.*, p. 417.

A análise que COULANGES faz do cristianismo, para ser fiel aos fatos históricos, deve ser compreendida num recorte temporal que se atenha aos primórdios dessa religião. As instituições políticas forjadas posteriormente ao fim do Império Romano, longe de se desvincular da religião, se valeram da moral religiosa para se estruturarem sob nova configuração.

O homem não se libertou, como propugnava a moral cristã, muito pelo contrário. Os vários deuses se unificaram num ente onipotente e onipresente, que por meio da instituição da Igreja Católica, passa a regular o Direito e a sociedade durante toda a Idade Média.

A Europa se feudalizou e o Estado se diluiu e perdeu força, mas o poder da religião nunca foi tão presente, erigindo os alicerces de uma nova etapa da civilização humana que, embora menos duradoura que o período antigo, resistiu aos séculos e só foi superada quando novamente foram reunidas condições intelectuais e materiais para o homem vislumbrar um outro sentido de "estar no mundo".

A concepção teocêntrica do universo, em que o Direito e a moral seguem indissociados, passa por um longo processo de transição para os valores humanistas racionais e é nessa fase que se travam grandes debates pelas garantias jurídicas que preservam ao homem os seus Direitos enquanto homem, à sua liberdade, independentemente dos credos que professa.

É nesse âmbito de emergência de novos valores e forças sociais produtivas, de busca de uma explicação racional para o mundo em dilema com seus princípios religiosos já tradicionais que se situam os dois casos objetos de análise, em que o Direito tenta se desvincular das amarras morais da religião.

1.2. - Mapeamento do conflito "Direito x religião" no caso *do judeu Shylock* e *n'O julgamento de Mary Stuart*

Os *Cases Law* referidos, apesar de suas singularidades, guardam similaridades e tocam num ponto fundamental comum: a espetacularização do Direito para legitimação de uma ordem moral vigente. Tanto Mary Stuart, Rainha da Escócia, quanto o judeu Shylock, mercador da Veneza imaginada por Shakespeare, são vítimas da intolerância religiosa de seus pares.

O Século XVI, período da história do ocidente marcado pela transição da ordem medieval teocêntrica para a inquietação dos espíritos da era moderna, é o palco do desenrolar dos acontecimentos literariamente construído por Shakespeare e de fato vividos pela sua contemporânea e conterrânea britânica Mary Stuart.

Vive-se um período particularmente tenso na Europa seiscentista. Em que pesem as características medievais estabilizadoras, vislumbra-se nesse momento um crescimento das cidades, com as trocas comerciais e espaço para mobilidade social. Segundo PINTO, a simultaneidade de valores medievais com os acontecimentos de uma nova dinâmica política e econômica trouxe inquietação e "um sentimento de ansiedade do homem perante o cosmos e o futuro".²⁶

Nesse contexto se dá a ruptura em diversos países dos movimentos reformistas com a Igreja Católica. Os protestantes, ao mesmo tempo em que imprimem nova dinâmica à ética do trabalho e à economia como um todo, protagonizam com os católicos grandes guerras religiosas e mobilizam toda a Europa e seus Estados Nacionais a defenderem sua ordem religiosa.

É nessa perspectiva que se pode visualizar os acontecimentos que levam Mary Stuart ao julgamento pela acusação de traição, forjado por sua prima Elizabeth. A dimensão política e os projetos de poder travestidos de motivações religiosas não podem, nesse caso, ser negligenciados. E o Direito pré-moderno, a serviço da autoridade, mais do que qualquer outra época, serve a ambos os casos.

O século XVI, todavia, tem a singularidade de conformar as estruturas tradicionais com novos padrões nos campos político, econômico e religioso. E é essa a atmosfera captada por WILLIAN SHAKESPEARE, que tanto vale para o caso do judeu Shylock, em *O Mercador de Veneza*, quanto para a tragédia vivenciada por Mary Stuart no Estado absolutista inglês.

A correspondência do caso da rainha escocesa, que transporta a Inglaterra histórica à Veneza fictícia do *Mercador*, se evidencia na consideração dos intérpretes da obra de Shakespeare de que as atitudes de Shylock se assemelham à

²⁶ PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Shakespeare, o Mercador de Veneza e a Experiência Histórica do Direito*. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série. Nº 09. Brasília: EdUnB, 2002, p. 5.

postura dos puritanos ingleses, conforme descreve PINTO. O puritanismo é uma vertente do anglicanismo, religião oficial do Estado Inglês, que prega uma postura ascética da vida cotidiana e uma condenação dos excessos da cristã²⁷.

Partindo dessa digressão, evidencia-se que as referências de *tempo e lugar* dos *Cases Law* e dos conflitos religiosos a eles inerentes, se situam na Inglaterra absolutista Elisabetana. Mary Stuart, aspirante ao trono e por sua condição de católica, ameaçava o anglicanismo como religião oficial do Estado Inglês. Shylock representava a cisão no interior da Igreja Anglicana e, da mesma forma, a sua conduta era um fator de instabilidade na sociedade retratada.

Na análise que se segue, parte-se da ponderação de que uma obra literária, como *O Mercador de Veneza* não precisa ser fiel aos fatos para servir a uma análise histórica do Direito. Nesse sentido, não importa se a religião de Shylock é o judaísmo ou o puritanismo. O que é relevante é a discussão de como as diferenças religiosas eram consideradas pelo ocidente pré-moderno e como houve a tentativa de desvencilhamento entre o Direito e os valores morais dominantes na sociedade. Nesses termos, ressalta PINTO:

Em vez de propor uma 'reconstrução' do Direito da época com base na descrição shakespeareana, melhor será entender a herança e as representações lançadas no futuro a partir da contribuição de Shakespeare. E o material disponível para essa compreensão será riquíssimo: o debate em torno do anti-semitismo (que remete à discussão moderna em torno da tolerância religiosa e da inclusão), a relação entre a justiça e o perdão, a modalidade de estruturação econômica da sociedade.²⁸

De forma similar, faz-se necessária uma análise sóbria do significado histórico da figura de Mary Stuart, para não incorrerem em simplificações. Nesse sentido, tornada heroína da causa do catolicismo oprimido e perseguido no Reino de Elizabeth I, a Rainha Escocesa foi uma mulher, nos dizeres de HENRI ROBERT, "violenta, ambiciosa, apaixonada, (...) A causa nobre pela qual sacrificou sua vida cobre com sua grande sombra seus erros e faltas".²⁹

²⁷ Ibid., p. 6.

²⁸ Ibid., p. 2.

²⁹ ROBERT, Henri. "O Julgamento de Mary Stuart". In: *Grandes Julgamentos da História*. Tradução de Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

O resgate equilibrado desse tempo ajuda a evidenciar o jogo de intrigas pelo poder na corte inglesa. Assim, mais que à religião, o Direito serviu à política e ao projeto de poder, no simulacro de julgamento que antecedeu à condenação dessa mulher forte, majestosa, mas também enredada nas fraquezas e vaidades humanas.

Conforme descrito no extrato que segue, a compreensão dos fatos que levaram ao desfecho do julgamento de Mary Stuart perpassa pela leitura da sociedade da época e de suas vicissitudes históricas. Estamos no auge do Estado absolutista inglês, com o poder político e religioso concentrado na pessoa do monarca.

Essa situação foi possível devido ao rompimento da Inglaterra com a Igreja Católica e a nacionalização da religião anglicana, cujo chefe era o próprio soberano. O parlamento tinha um poder periférico, haja vista que as condições intelectuais e materiais para a eclosão da Revolução Inglesa só foram reunidas um século mais tarde. Eis o contexto em que se insere o enredo de vida de Mary Stuart:

No campo da crença religiosa, a situação era igualmente tensa. A sociedade inglesa ainda tinha viva, em sua memória, a perseguição aos protestantes empreendida no curto reinado (1553-1558) da Rainha Mary [Maria Tudor], filha de Henrique VIII e católica fervorosa, que se casou com Felipe II da Espanha. Sua política de reconciliação com o Papa resultou na execução de cerca de trezentas pessoas, entre os quais prelados da Igreja Anglicana. Com a coroação de Elizabeth I, em 1559, a fé protestante foi restaurada e se tornou definitivo o rompimento com a Igreja Católica.³⁰

1. 2.1 - O Julgamento de Mary Stuart (1542-1587)

Conforme relata ROBERT,³¹ A sina de Mary Stuart tem início com seu nascimento em 7 de dezembro de 1542 em Linlithgow, na Escócia. Aos sete dias de vida torna-se Rainha com a morte de seu pai, Jaime V. Logo foi prometida ao delfim da França, Francisco II, se casando na catedral de *Notre-Dame* em abril de 1558. De beleza singular, inteligência vivaz e personalidade sedutora, a jovem rainha contrastava com o ar melancólico de seu marido, que morreria dois anos mais tarde.

No ínterim de seu curto casamento, a morte da Rainha da Inglaterra Maria Tudor, leva a jovem soberana da Escócia a assumir o título de Rainha do trono

³⁰ PINTO, op. cit., p. 6.

³¹ ROBERT, op. cit., pp. 3 a 48.

inglês e ostentar as suas armas. Esse ato, instigado pelo seu sogro, teve como significado para a herdeira mais próxima, sua prima Elizabeth, a pretensão de disputar-lhe o trono. Tal afronta nunca foi perdoada e eis a causa de todo o rancor que desencadeou os vários anos de prisão de Mary Stuart até a consumação de sua condenação à morte.

Mas retomando à saga da soberana escocesa, Mary Stuart volta ao seu país de nascimento por ocasião da morte da mãe. O governo passa por uma série de dificuldades e dissensão das lutas religiosas entre católicos e protestantes, apoiados por Elizabeth, dá a tônica da instabilidade. Com o retorno de Stuart, uma rede de intrigas, envolvendo seu irmão, auxiliares próximos e seu novo marido, explorava insistentemente sua política de aproximação dos protestantes, procurando enfraquecê-la.

Por circunstâncias não esclarecidas, seu marido morre numa explosão, o que leva seus inimigos protestantes, os lordes confederados, a enredá-la como culpada pela sua morte, pois se casara novamente apenas três meses mais tarde com um auxiliar próximo, apontado como o assassino. O exército católico formado para defender a Rainha e a causa da religião foi derrotado pelo seu irmão protestante Murray, o que leva Mary Stuart a pedir asilo a sua prima Elizabeth I, já coroada Rainha da Inglaterra em 1559. Eis o seu segundo e fatal equívoco.

Stuart foi logo presa, com Elizabeth negando-lhe audiência até que se isentasse de culpa pela morte do segundo marido. Nunca nada foi provado, mas para não desagradar a soberana do trono inglês, a Rainha da Escócia foi mantida em várias prisões domiciliares na Inglaterra, com seu séqüito de auxiliares, sem acusação formal alguma, ao longo de 19 anos. Enquanto isso, maquinava-se uma maneira de encontrar uma maneira para condenar Mary Stuart e minar de vez os focos de resistência católica, de cuja causa ela era a personificação. Sobre tal fato, descreve ROBERT:

A rainha cativa era o foco de irradiação de intrigas, que se estendiam, através de seus partidários católicos, até Roma, Madrid e Paris. Toda a esperança do partido católico, inglês e escocês, igualmente oprimido na Escócia por Murray e na Inglaterra por Elizabeth, baseava-se na volta da boa fortuna de Mary Stuart.³²

³² Ibid., p. 21.

Diante desse clima de conspiração, com a opinião protestante temendo a força de Mary Stuart mesmo presa, e considerando a já manifesta antipatia de Elizabeth I, que se sentia *ameaçada* pela parenta, maquinou-se uma maneira de livrá-los, por vias legais, da ameaça à sua religião e ao poder do Estado absolutista.

Nesse sentido, o parlamento vota uma lei de exceção implacável contra os que comprovadamente conspiram contra a vida de Elizabeth, contra os que tenham conhecimento e daqueles que agem em favor de complôs dessa natureza. Tal legislação fora elaborada sob medida para "pegar" Mary Stuart. Agora só faltava armar o golpe, fazendo surgir a oportunidade.

Por meio de uma trama bem elaborada, os partidários de Elizabeth I fizeram cessar a proibição de troca de correspondências de Mary Stuart com seus colaboradores e fizeram essa informação chegar a eles, insuflando os espíritos católicos à criação de um plano para eliminar a Elizabeth I.

Gifford, operador do plano, se fez passar obviamente por entusiasta de Mary Stuart e seu estratagema foi espalhar o boato de que o Rei da Espanha, Felipe II, desembarcaria em breve para libertar a rainha prisioneira e restabelecer o catolicismo na Inglaterra. Sendo a segunda na linha de sucessão, o fim de Elizabeth colocaria novamente uma rainha católica no trono inglês.

Depois de várias tentativas frustradas, pois Mary Stuart não escrevia nada nas cartas cifradas que a comprometia em qualquer conspiração, finalmente os partidários de Elizabeth conseguiram seu intento. Stuart recebera uma carta com os projetos de complô detalhadamente descritos. Foi a senha para incriminá-la. Seus colaboradores foram sumariamente condenados e mortos. O Parlamento e a opinião pública, insaciados, reclamavam ardentemente o julgamento de Mary Stuart.³³

Mesmo hesitando, por temer que as provas não seriam suficientes e por receio de uma intervenção da Escócia, França ou mesmo da Espanha, Elizabeth I nomeou uma comissão em outubro de 1586 para julgar Mary Stuart. Sendo intimada imperiosamente, por meio de uma carta escrita por Elizabeth, para responder às

³³ Ibid., p. 30.

acusações de que tomara parte em uma conspiração para matar a soberana do trono inglês, Stuart respondeu de forma altiva e deu a tônica da paródia que seria seu julgamento.

Argumentando que também era rainha, estrangeira e detida, contrariando a justiça da Inglaterra, por um odioso abuso de poder, não tinha porque receber ordens de Elizabeth I:

Recuso vossos juizes, por serem de religião contrária à minha, não reconheço vossas leis, não as sei e não as entendo. Estou sozinha, sem conselho, tiraram-se os secretários. Não há criminoso, por pobre que seja, ao qual não seja permitido ter um conselho, um defensor que fale por ele.³⁴

Assim como fora criada uma lei de exceção para condená-la e provas contra si foram forjadas, seu julgamento obviamente não seria isento. Mary Stuart sabia disso, mas de todo modo ameaçado a ser condenada à revelia ainda buscou se defender no teatro encenado para julgá-la:

Fazeis leis conforme vos apraz! (...) Falais sem cessar na proteção da rainha Elizabeth. Vim à Inglaterra para pedir ajuda e fui presa imediatamente: isso é proteção? (...) E se em virtude da lei canônica que pretendeis julgar-me, ela só pode ter como intérpretes aqueles que a fizeram. Somente católicos têm o Direito de explicá-la e aplicá-la.³⁵

Percebe-se na argumentação de Mary Stuart uma face característica do Direito pré-moderno. O Direito assume os valores religiosos da sociedade que os elabora. Estrangeiros, ou quaisquer pessoas que não compartilham com tais princípios, se vêm numa situação desvantajosa nos tribunais. Essa situação também é visualizada no julgamento que envolve o judeu Shylock.

Por mais que os acusadores procurem convencer que não é a religião do outro que está sendo questionada e que a própria configuração do Direito à essa época não discrimine abertamente os diferentes credos, o fato é que os operadores do Direito, revestidos do poder político, ditavam as regras do ritual jurídico. Eis um extrato ilustrativo:

Sois meu inimigo! Não estou sendo julgada, mas condenada de antemão. Minha sorte está decidida há muito tempo porque minha vida dá aos católicos perseguidos a esperança de que lhes seja devolvida a liberdade de credo. -Não se trata de vossa religião, mas de vosso crime! - replicou Burghley, exasperado.³⁶

³⁴ Ibid., p. 32.

³⁵ Ibid., p. 32.

³⁶ Ibid., p. 48.

Não havia mais saída para Mary Stuart. De fato, a rainha escocesa ficara cativa por 19 anos, sob o jugo de Elizabeth e só não fora condenada antes porque a soberana inglesa temia represália dos países católicos. Mesmo baseados apenas em cópias de cartas adulteradas e sem testemunho de confrontação -conforme determinava a própria lei inglesa, Mary Stuart foi condenada unanimemente pêlos 36 comissários à pena de morte. Assim, em fevereiro de 1587, com três golpes de Machado, proferidos pelo braço inseguro do carrasco, Stuart entra para a história.

Dado o desfecho infeliz da história da rainha escocesa, ROBERT resume o espírito da sentença: "Em política, não há justiça".³⁷ O absolutismo acaba na Inglaterra um século mais tarde com as revoluções inglesa e gloriosa. Os fatos históricos subseqüentes imprimem um novo ciclo na Europa, o que abre caminho para o processo de racionalização do Direito, que avança duzentos anos depois com o maior dos movimentos contestatórios do antigo regime, a Revolução Francesa.

1. 2 . 2. - O caso do judeu Shylock

Também nesse contexto de transição se insere o Mercador de Veneza com seus dilemas ético-existenciais deixados em aberto. A disputa entre o judeu Shylock e o cristão António é prenúncio de um momento histórico de crise no qual se aflora uma nova conformação social.

A partir do ponto-chave da peça, em que se firma um contrato mediante o qual o devedor assumiria o compromisso de entregar uma libra de sua carne caso não pagasse a quantia emprestada, a dimensão moral engloba a jurídica. Como ressalta Ihering, não se trata de discutir, aos olhos de hoje, a licitude do objeto, posto que "não havia em Veneza ninguém que duvidasse da validade do título".³⁸

Até porque, como argumenta PINTO, para que a literatura seja útil ao Direito no seu resgate histórico, a obra não pode ser vista como um manual que reconstrói a realidade de uma época a partir da subjetividade do narrador. A recomendação é que se visualize naquela sociedade, a partir de uma alegoria literária, "os dilemas

³⁷ Ibid., p. 38.

³⁸ IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de Pedro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 20.

que se colocavam aos protagonistas da própria dinâmica social, situando o Direito numa sociedade em transição".³⁹

Com essas ponderações, o debate se situa na pretensão jurídica de Shylock e, conseqüentemente, na órbita de sustentação do próprio Direito objetivo de Veneza e no jogo de interesses, de preconceitos e de estereótipos, que acionam mecanismos sociais, os quais enquadram um judeu numa sociedade de cristãos.

No julgamento, a moral cristã atravessa o Direito na medida em que o manipula e o dissimula. No encontro entre uma pretensão legítima de um estrangeiro e o Direito que deveria acolhê-la, buscou-se um estratagema, "um ardil infame" nos dizeres de Ihering, por meio do qual "seu Direito é defraudado no mesmo instante em que é reconhecido."⁴⁰

De fato, vendo frustradas todas as tentativas de dissuadir Shylock do cumprimento do contrato, por meio do apelo ao sentimento cristão do perdão, e reconhecendo que a lei está do lado do judeu, Pórcia, a personagem feminina da peça que se traveste de homem para defender Antônio no Tribunal, se vale de uma chicana jurídica para fazer valer os valores advindos do estigma religioso:

PÓRCIA: A multa não lhe dá Direito a sangue; 'uma libra de carne' é a expressão: cobre a multa, arrebanhe sua carne. Mas se, ao cortar pingar uma só gota desse sangue cristão, seu patrimônio pelas leis de Veneza é confiscado, revertendo ao Estado. (...) A lei ainda o acusa de algo mais. Nas leis venezianas fica dito que quando há provas de que um estrangeiro - por caminhos frontais ou indiretos - buscou privar a vida de um cidadão, aquele contra quem ele tramou ficará com a metade dos seus bens, revertendo ao estado a outra metade - enquanto que a vida do culpado só será salva por mercê do duque.⁴¹

Assim, Shylock não apenas perde a causa, como tem seus bens confiscados e é obrigado a converter-se ao cristianismo. Como evidencia esse desfecho e também é observado em outras passagens da obra, Shylock é constantemente rebaixado no seu *status social*. O Judeu não é reconhecido na sua identidade, como portador de valores dignos de tolerância e respeito.

A sua atividade comercial, como mercador que empresta a juros, é repudiada por uma sociedade cristã, que considera a "usura" um pecado terrível. Nessa

³⁹ PINTO, op. cit., p. 3.

⁴⁰ IHERGING, op. cit., p. 67.

⁴¹ SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. Tradução de Bárbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999, pp. 122-124.

ordem social, evidentemente, por mais que o Direito procurasse desvencilhar-se das questões morais advindas das idiosincrasias religiosas, os homens continuariam julgando com a espada, pouco considerando a balança.

O conflito religioso presente na peça de Shakespeare, conforme apresenta PINTO, é "um dos temas mais freqüentes nas interpretações *acerca* do Mercador de Veneza e concentra-se na abordagem concedida ao problema da diferença, do estigma, da crença religiosa da principal personagem da peça, o judeu Shylock."⁴²

Segundo o autor, a prática de empréstimo a juros, considerada pecado pelo cristianismo católico daquele tempo, é elemento que marca a atividade de mercador de Shylock e é "a única explicação plausível para o recíproco sentimento de ódio que se manifesta, desde o início da trama, entre o próprio Shylock e Antônio".⁴³

Negada a prática da usura aos cristãos, era esta exercida pelos judeus que já viam limitadas suas possibilidades profissionais. Por essa prática, carregavam a pecha de infiéis e esse traço característico contrastante se apresenta na cena do julgamento do caso Shylock Vs. Antônio:

Ele me cobriu de opróbrio, impediu-me de ganhar meio milhão; riu-se de minhas perdas, ridicularizou meus lucros, menosprezou minha nação, dificultou meus negócios, esfriou meus amigos, esquentou meus inimigos; e que razão tem para fazer tudo isso? Sou um judeu. Então, um judeu não possui olhos? Um judeu não possui mãos, órgãos, dimensões, sentidos, afeições, paixões? Não é alimentado pelos mesmos alimentos, ferido com as mesmas armas, sujeito às mesmas doenças, curado pelos mesmos meios, aquecido e esfriado pelo mesmo verão e pelo mesmo inverno que um cristão? Se nos picais, não sangramos? Se nos fazeis cócegas, não rimos? Se nos envenenais, não morremos?⁴⁴

AMSTERDÃ BIANCHI, em sua estudo das motivações humanas para criação, em última instância, do sistema jurídico, também faz uma análise do problema da diferença quando levada aos tribunais e discute como o Direito pode ser empregado na regularização da estigmatização social, convertendo-se em injustiça. Segundo ele, a estigmatização "é um modo estereotipado de pensar a respeito de uma

⁴² Ibid., p. 4.

⁴³ Ibid., p. 9.

⁴⁴ SHAKESPEARE, op. cit., p. 78.

pessoa da qual se supõe que possua uma série de qualidades negativas que, em geral, se atribuem à pessoa dessa espécie."⁴⁵

Interessa à análise da questão uma síntese das idéias do autor acerca dos fatores motivadores da criação do sistema jurídico. Segundo o BIANCHI, a causa primeira da busca pela norma do Direito está na pretensão do homem de resguardar-se dos perigos que o ameaçam na sociedade.

As motivações humanas são tanto negativas (medo e aversão ao que lhe é estranho) quanto positivas (ascensão sobre o comportamento de outrem). Assim, o homem buscou ao longo da história o estabelecimento de um sistema que resguardasse, por meio de regras e instituições, uma relação de igualdade jurídica de desiguais, no tocante à força e à propriedade.

Esse autor problematiza a tentativa de interpretação do Direito numa polaridade de medo e poder. Segundo o autor, são esses atributos complementares que, dispostos de maneira extremada elaboram mecanismos ideológicos. Para o autor os sistemas sociais utilizam instrumentos de poder podem ser desconfortáveis pelo medo com o qual se relacionam: "cada ponto que damos em nosso medo para nos opormos ao poder, provocamos um aumento de poder".⁴⁶

A criação do sistema jurídico pode ser considerada, na concepção do autor, uma estratégia para encobrir as motivações humanas pelo poder, visto que o sistema é algo intocável. O contexto sistemático das regras e formas jurídicas, com interdependências e interligações horizontais e verticais das leis e das sanções pode funcionar como mecanismo de perversão do próprio Direito quando da aplicação da lei se projeta o medo.

A situação do judeu Shylock é ilustrativa. Vendo esgotar as possibilidades jurídicas de dissuasão do seu pleito, o Tribunal se vale de uma interpretação da lei que favorece um dos seus cidadãos em detrimento do estrangeiro. É o homem introduzindo um fator de poder para proteger-se do medo.

⁴⁵ BIANCHI, Amsterdam H. *O homem e seu sistema jurídico*. In: GADAMER, H.G. e VOGLER, P. Nova antropologia: o homem em sua existência biológica, social e cultural. São Paulo: EPU, Ed. da USP, 1977, p. 170.

⁴⁶ Ibid., p. 159.

No imbróglio vivido por Shylock evidencia-se uma tensão entre o homem e o seu sistema jurídico, como explanado por BIANCHI. Visando a uma continuidade do sistema frente às perturbações advindas das mudanças de uma sociedade em transição, os cidadãos de Veneza precisam se proteger das incertezas jurídicas decorrentes da pressão social e da necessidade de adaptação.

A maneira como um indivíduo se coloca nesse sistema jurídico, como foi teorizado pelo autor, aparece na peça quando, na cena do julgamento, Shylock invoca as leis de Veneza para proteger o seu Direito, como citado em Ihering: "Que vossa lei se cubra de vergonha, se me recusardes! Pois então a lei de Veneza nenhuma força terá (...) Invoco a lei no título que exhibo fundo minha pretensão."⁴⁷

Shylock não se identifica com o sistema de que participa, o sente como um ente estranho à sua personalidade, com o qual está em contradição. O judeu percebe que os interesses do sistema não estão em consonância com os seus interesses. Esse mesmo estranhamento é constatado no julgamento de Mary Stuart, que não reconhece as leis inglesas feita por protestantes e no interesse desses.

Assim, a partir dos mecanismos de afiliação do Direito, em que a lei se torna refém de um grupo que a elabora segundo seus interesses, "aqueles que são diferentes são usados como bode expiatório, como projeção dos próprios terrores [do grupo], incertezas e recalques, tendo que pagar por isso".⁴⁸ A paga de Shylock foi a renúncia a seus próprios bens e à sua religião. A Mary Stuart não foi dada alternativa; pagou com a própria vida porque sua simples presença personificava uma diferença que ameaçava toda uma nação.

1.3 - A emergência da burguesia como força política a partir do século XVIII e a demanda pela separação entre Direito e religião.

a trajetória histórica da experiência humana demonstra que ela se move do *certum* [certo] para o *verum* [verdadeiro], da autoridade para a razão, do particular para o universal, não sendo circular, e é o Direito que melhor revela essa trajetória.⁴⁹

⁴⁷ IHERING, op. cit., p. 66.

⁴⁸ BIANCHI, op. cit., p. 168.

⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma concepção pós-moderna do direito*. In: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 4ª Edição. São Paulo: Cortez, 2002, pp. 128-129.

Verificamos até aqui que sociedade, política e Direito foram construções humanas que ao longo da história se fundamentaram e se legitimaram na ordem imanente e transcendente da religião. O homem, tendo que pautar sua conduta por verdades reveladas, não conhecia o significado da liberdade individual. E o Direito até então sempre encampava tais regras, referendando uma ordem política de manutenção de privilégios tradicionais, em detrimento da maioria na sociedade.

A contestação de privilégios legais referendados por crenças religiosas foi uma constante ao longo da história em todas as sociedades, entre períodos de crise e conformação. Foram, todavia, certas vicissitudes históricas que reuniram as condições intelectuais e materiais e prepararam o espírito do homem europeu para deflagrar sua maior revolução: tornar-se a medida de si mesmo.

Segundo SANT'ANNA, o homem, Influenciado pelo desenvolvimento da ciência, pela especulação filosófica e diante das contradições da sociedade feudal excludente, passa a buscar uma nova forma de ver o mundo. A partir daí, "constrói o grandioso projeto de construir uma sociedade de cidadãos livres e racionais sobre as ruínas dos antigos regimes que se submetiam à tradição e à lei divina".⁵⁰ A modernidade nasceu, assim, com a ruptura com a visão religiosa de mundo.

O legado da Revolução Francesa para a humanidade - as noções de igualdade e liberdade individual, que se manifesta hoje nas nossas lides com o sistema judiciário, com o Estado e em praticamente todas as nossas relações sociais cotidianas, eram demandas de uma nova conformação econômica e social que não mais se ajustava à estrutura tradicional.

Tal estrutura é reveladora de contradições. A nobreza e o clero, respaldados pelos Direitos feudais e senhoriais, estavam isentos de todo o trabalho produtivo e ainda não pagavam impostos. E ainda, conforme descreve Florenzano, "dispunham de leis e tribunais especiais e detinham o monopólio de todas as funções políticas mais importantes."⁵¹

⁵⁰ SANT'ANNA, Alayde A. Freire. *A radicalização do Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2003, p. 114.

⁵¹ FLORENZANO, Modesto. *As Revoluções Burguesas*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 117.

Diante dessa situação, com a França vivendo uma crise financeira sem precedentes, o país era sustentado por uma economia mercantil já desenvolvida, mas cujos agentes eram expropriados das decisões políticas e de várias categorias de outros Direitos.

Com a Revolução e a destruição do antigo regime, fazia-se necessária uma mudança no sistema jurídico. Isso pois, segundo SANT'ANNA, o sistema jurídico feudal era "extremamente arbitrário, complexo e caótico".⁵² Expressava os velhos privilégios justificados pela religião e se valia de uma "babel procedimental" que não atendia ao grau de liberdade requerido pelas novas classes mercantis.

A burguesia, uma vez no poder, passou a preconizar um Direito que a superasse as ingerências arbitrárias feudais. O sistema jurídico que pretendiam deveria harmonizar a liberdade contratual, compatível com a prática de suas transações rotineiras. Seus projetos emancipatórios demandavam, assim, "uma forma de regulação que protegia seus interesses num modelo de racionalização da vida social".⁵³

Configura-se, desse modo, um novo projeto de sociedade, alicerçada na liberdade racional do homem, através da qual o ser humano se torna moralmente responsável.⁵⁴ A sociedade passa a ser fruto da escolha humana e a religião, assunto da esfera privada, não podendo interferir nas questões do Direito e da economia, por esse regulada.

Conforme demonstra SANT'ANNA, citando Touraine, a modernidade forjou uma nova identidade do homem pois, ao indagar sobre a modernidade, o autor responde que sua forma mais ambiciosa foi "a afirmação de que o homem é o que ele faz".⁵⁵ Nesse sentido, segue a autora, a correspondência entre o homem e sua produção torna mais eficaz a organização da sociedade, sendo a razão a matriz dessa dinâmica.

⁵² SANT'ANNA, op. cit., p. 114.

⁵³ Ibid., p. 119.

⁵⁴ Ibid., p. 104.

⁵⁵ Ibid., p. 104.

Dentro dessa perspectiva da cultura racionalista, no desenrolar do processo revolucionário francês, surgiu a idéia de codificação do Direito, conforme afirma BOBBIO. O projeto nasce da convicção da possibilidade de existência de um legislador universal. Busca-se um Direito simples e unitário, que valha em todos os tempos e lugares e substitua as velhas leis contaminadas pelas questões morais.⁵⁶

As codificações são um projeto burguês e se inserem no ideário iluminista na medida em que, segundo BOBBIO, estabelecendo normas iguais para todos, garante o cidadão contra as arbitrariedades do poder judiciário que, do contrário, poderia se valer do senso de *eqüidade* do juiz ou de costumes tradicionais da vida social.⁵⁷

Assim, esse modelo de organização racional da sociedade deve permitir o livre desenvolvimento de todas as necessidades, do individual ao coletivo. Coube ao Direito positivo moderno assegurar a ordem exigida pelo capitalismo nascente. Racionalizador da vida social, o Direito moderno teve que se tornar científico. Não havia mais espaço para a religião.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 65.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 38.

2. O PROJETO ILUMINISTA DE RACIONALIZAÇÃO DO OCIDENTE E A SECULARIZAÇÃO DO DIREITO

Sendo o motor das revoluções burguesas em curso, do ponto de vista iluminista o triunfo da razão asseguraria a emancipação do homem. Nesse clima de mudanças que magnetiza a sociedade setecentista, a esfera do Direito evidentemente é alcançada, pois toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo Direito. Nesse clima, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* no fervor revolucionário de 1789, resume as aspirações de um povo que busca decidir seu próprio destino.

Nesse contexto de otimismo, de crença do progresso moral da civilização e da afirmação dos Direitos fundamentais do homem como inerentes a sua própria natureza, se situa a obra de Immanuel Kant (1724-1804). Conforme relata BOBBIO, buscando identificar um evento que pudesse ser considerado um "sinal" da disposição do homem a progredir, Kant vislumbrou, no entusiasmo despertado pela Revolução Francesa, uma disposição moral da humanidade.⁵⁸

A causa desse entusiasmo, segue BOBBIO citando Kant, seria o aparecimento na história do Direito de um povo não ser impedido, por quaisquer forças, de dar a si mesmo uma constituição civil, em harmonia com os Direitos naturais dos homens, ou seja, aqueles Direitos que estabelecem ser os homens legisladores de si mesmos. E essa é a noção de liberdade preconizada por Kant, ou seja, "a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro".⁵⁹

Dentro dessa concepção liberal, Kant define assim o Direito: "o complexo de condições onde o arbítrio de cada um pode conviver com o arbítrio dos outros, segundo a Lei Universal de Liberdade".⁷⁵ A liberdade individual prevalece, assim, até o limite determinado pela lei, para cuja criação o homem se reuniu e legislou.

BOBBIO questiona, porém, esse progresso moral da humanidade previsto por Kant. E esse é o ponto de partida para a análise da racionalização do ocidente, e seus reflexos no mundo do Direito, de acordo com WEBER. Segundo BOBBIO, não

⁵⁸ Ibid., p. 52.

⁵⁹ Ibid., p. 52.

se pode aceitar a idéia de um progresso indefinido e irreversível, pois a história humana seria ambígua para quem se põe o problema de atribuir-lhe um "sentido".⁶⁰

Para o autor, deve se distinguir o progresso científico e técnico do chamado progresso moral. O primeiro é efetivo, contínuo, irreversível. O segundo só poderia ser estudado se fosse obtido um consenso sobre o próprio conceito de moral e outro consenso sobre um "indicador" que aferisse o progresso moral de um povo.⁶¹ Como se verá à frente sobre o relativismo da moral em KELSEN e sua relação com o Direito, essa discussão acerca da medida da moral é estéril e pode se encerrar aqui.

Para a análise da configuração assumida pelo Direito a partir desse momento histórico, inaugurado pela visão emancipatória do homem, é imprescindível apresentar a leitura de WEBER. Segundo Amorim, a sociologia WEBERiana é indissolúvelmente permeada pela noção do Direito enquanto fenômeno social fundamental, aparecendo em todas as formações sociais.

Nesse sentido, é relevante a discussão da racionalização enquanto fenômeno peculiar ao ocidente, das formas de dominação legítima da qual se revestiu o Estado e como essa racionalização e a dominação se apresentam na configuração burocrática do Direito burguês.⁶²

2.1. A racionalização do ocidente segundo MAX WEBER e o lugar do homem na sociedade secularizada: um diálogo com PETER BERGER

Segundo relata JULIEN FREUND, a *racionalização do ocidente*, termo cunhado por WEBER nos seus vastos trabalhos de sociologia não deve ser confundida com uma espécie de racionalidade imanente à história, no sentido de um progresso universal contínuo e inevitável. A racionalização de que WEBER trata é aquela associada à intelectualização, ao domínio crescente do mundo interior, resultado da especialização científica e da diferenciação técnica.⁶³

⁶⁰ Ibid., pp. 53-54.

⁶¹ Ibid., p. 53.

⁶² AMORIM, Aluizio Batista de. *Elementos de sociologia do direito em Max Weber*. Florianópolis: Insular, 2001, p. 24.

⁶³ FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro/São Paulo: Zahar Editores, 1970, p. 19.

A racionalização, como fenômeno peculiar ao ocidente, seria uma obra contingente a determinados tipos de homens e ao sentido que deram às suas atividades. De acordo com a interpretação de FREUND, longe de representar um progresso no sentido corrente do termo, a racionalização é fruto do aperfeiçoamento da técnica científica, "não um progresso do saber no sentido de um melhor conhecimento de nossas condições de vida".⁶⁴

Nesse sentido, além de não nos dizer sobre esse conhecimento, a racionalização não pressupõe, na concepção de WEBER, um progresso moral individual ou coletivo, como Kant faria supor. Para reforçar essa idéia, FREUND argumenta que o progresso só faz sentido na esfera do quantitativo, pois no aspecto qualitativo puro, não se sustenta historicamente. E arremata:

A racionalização pretende ser eudemonista. Na realidade, sob a aparência de um otimismo que não conhece mais limites, ela não passa, talvez, de um pessimismo que organiza o desespero. (...) O homem racionalizado sabe que vive no provisório, no incerto; sofre, porque a felicidade é para amanhã, ou para depois de amanhã, e porque se encontra situado em um movimento que não cessa de maravilhá-lo e decepcioná-lo com novas promessas. (...) A racionalização e a intelectualização crescentes têm uma conseqüência decisiva sobre a qual Weber insiste com veemência: elas desencantaram o mundo.⁶⁵

O processo de racionalização, ligado à superação de uma visão religiosa do mundo reclamada pela modernidade, transforma a organização social fundada na santidade da tradição e nos sentimentos humanos em uma organização social fundada na calculabilidade dos atos e na objetividade racional, em que não se vislumbram mais poderes ocultos e imprevisíveis. Excluiu-se, segundo Amorim, o mágico do mundo.

Alcançando amplas esferas da religião, da moral, da arte, do Direito, da economia política, o sentimento de *desencantamento do mundo*, produzido pela racionalização de nossa civilização, implica "o desespero da consciência humana diante do fracasso da explicação religiosa ou mágica das forças do mundo. Ela é representativa de uma época secularizada em que os padrões sagrados foram radicalmente minados pelo trabalho corrosivo da razão".⁶⁶

⁶⁴ Ibid., p. 21.

⁶⁵ Ibid., pp. 22-24.

⁶⁶ Ibid., p. 97.

Vê-se, nesse arrolamento histórico das diversas concepções de homem, de sociedade e como o Direito atuou na esteira desses fenômenos, um processo cíclico de ruptura e desencantamento com a falta de respostas advindas da nova ordem construída. Nessa perspectiva, o homem se vê no dilema de seguir em frente no horizonte desconhecido ou, nos termos de WEBER, "voltar à quietude das velhas igrejas".⁶⁷

Nesse processo, o império do irracional ganha força. Segundo FREUND, WEBER entende que o homem consegue racionalizar unicamente suas relações exteriores, dos produtos artificiais, pois só nesse campo pode avaliar tecnicamente a relação entre os fins e meios mais adequados. A liberdade buscada pela modernidade está nesse rol de construtos racionais.

A liberdade, fruto desse empreendimento racional, a partir do qual o homem moderno procura adequar meios para consecução de fins utilitaristas, não se confunde, todavia, com a *irracionalidade ética do mundo desencantado*. De acordo com FREUND, na explicação dessa concepção, WEBER cunha dois termos, centrais em sua sociologia: o *antagonismo de valores* e o *paradoxo das conseqüências*.⁶⁸

A idéia do antagonismo de valores perpassa pela intuição de WEBER, acerca da diversidade infinita do real. O confronto de valores múltiplos e fins últimos e toda a sua pluralidade sustentam a irracionalidade do homem moderno. Da forma similar aos antigos, no seu culto aos deuses, a escolha de determinados valores implica o risco de ferirmos e irritarmos os outros, pois definir uma posição é opor-se. Tal antagonismo revela-se, dessa forma, insuperável.⁶⁹

No que tange à explicação do paradoxo das conseqüências, FREUND busca a célebre distinção cunhada por WEBER entre a *ética da convicção* e a *ética da responsabilidade*. A primeira trava uma moral incondicional do tudo ou nada. O partidário dessa ética é animado unicamente pelo sentimento de obrigação para aquilo que considera como sendo o seu dever, sem ponderação de conseqüências.

⁶⁷ Ibid., p. 24.

⁶⁸ Ibid., p. 25.

⁶⁹ Ibid., pp. 26-27.

A ética da responsabilidade, de outro moldo, avalia os meios apropriados para atingir um fim, consciente dos efeitos colaterais de sua ação.⁷⁰

Para WEBER, só a *ética da responsabilidade* é racional, por justamente levar em conta a irracionalidade do mundo e dos meios disponíveis, bem como das conseqüências previsíveis. FREUND relata, todavia, que nenhuma ética no mundo tem condições de dizer em que momento em que medida um fim bom justifica os meios e as conseqüências perigosas, pois essas são de duas espécies, que por seu paradoxo, revelam a irracionalidade do mundo.⁷¹

Diante de conflitos de tal monta, o ator weberiano é, segundo BÁRBARA FREITAG, um indivíduo dilacerado, mas dotado de vontade, parcialmente consciente do que faz. Mesmo que o contexto social perverta as intenções originais, os processos sociais podem ser desencadeados por indivíduos motivados.⁷² Vê-se que a concepção de WEBER, que mesmo situando o homem na sociedade em meio a muitas forças repressoras e coercivas, diverge do entendimento de BERGER.

Para este autor, as instituições da sociedade moldam nossas ações e até mesmo nossas expectativas por vários mecanismos de controle social, representados pelos sistemas legais e morais, que se exteriorizam no âmbito daquelas.⁷³

Segundo BERGER, o sistema legal e político e a moralidade, os costumes e as convenções se apresentam na sociedade analogamente a círculos concêntricos, estando os indivíduos no centro de pressão. O Direito seria um subconjunto da moral, sendo que apenas os aspectos considerados mais "urgentes" desse sistema acarretariam as sanções legais.

As características dos mecanismos de controle social levantadas por Berger, remetem, de acordo com o próprio autor, ao conceito de fato social de Durkheim. De acordo com Berger, existem vários mecanismos de controle social que envolvem o

⁷⁰ Ibid., p. 28.

⁷¹ Ibid., p. 28-29.

⁷² FREITAG, Bárbara. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade*. 3ª Ed. Campinas/SP: Papyrus, 2002, p. 119.

⁷³ BERGER, Peter. *A perspectiva sociológica: o homem na sociedade*. In: *Perspectivas Sociológicas: uma visão humanista*. 2.Ed. Petrópolis: Vozes, 1973, p. 105.

indivíduo, pois "situar-se na sociedade significa situar-se em relação a muitas forças repressoras e coercitivas".⁷⁴

Os indivíduos, sujeitos aos mecanismos de controle social, estão nessa concepção, à mercê dos fatos sociais. Berger busca, assim, o pensamento sociológico de Durkheim para referendar sua visão da sociedade. Segundo aquela escola, a regra essencial de análise dos fatos sociais é considerá-los como "coisas", isto é, tudo que é dado, tudo que se oferece ou se impõe à observação.

Ao contrário de WEBER, que não vê mais o indivíduo totalmente livre na sociedade, como pressupunham os iluministas, mas ainda assim o considera dotado de razão desencantada, na visão de Durkheim, assim como Berger, o indivíduo é simplesmente absorvido pela sociedade.

Ao eliminar o sujeito consciente de suas ações, dotado de vontade própria, Berger está, a rigor, eliminando a questão da moralidade, no que se distingue de WEBER. A concepção de Berger do lugar do indivíduo na sociedade, retira seu curto reinado como sujeito livre e restaura a hegemonia do social. Não enxerga a liberdade de ação dos sujeitos, postulando como único remédio para as forças destrutivas do indivíduo egoísta a camisa de força do social.

Como pode ser inferido a partir de Freitag, essa teoria é incompatível com a que preconizava Kant e o iluminismo em geral, uma vez que "o indivíduo é expropriado, alienado de sua vontade, liberdade e racionalidade. Essas qualidades são todas transferidas para a sociedade".⁷⁵

Mas essa visão radical, fruto de uma sociologia nascente, não encontra respaldo em WEBER, que problematiza a relação indivíduo-sociedade pela metáfora da *armadura de ferro*, em que o sujeito se angustia porque, tendo desenvolvido um espírito de liberdade individual, se sente impotente diante das obrigações sociais e não mais pode recorrer a uma explicação mágica e conformista de sua realidade.

Partindo desses aspectos concernentes à visão de sociedade de WEBER no contexto das grandes transformações sociais, políticas e econômicas dos séculos

⁷⁴ BERGER, op. cit., p. 105.

⁷⁵ FREITAG, op. cit., p.113.

XVIII e XIX, podemos vislumbrar as fases e os fatores que contribuíram para a racionalização do Direito moderno no contexto da racionalização peculiar à civilização ocidental.

2.2. Implicações da racionalização da modernidade na secularização do Direito

A linha geral da sociologia jurídica de WEBER procura, de acordo com FREUND, de um lado mostrar os diversos processos que levaram à racionalização do Direito moderno, e de outro, ilustrar uma vez mais a singularidade da civilização ocidental. Nesse sentido, a ênfase de WEBER na análise dos Direitos subjetivos, por terem desempenhado papel determinante nas transações privadas que contribuíram para a formação do capitalismo moderno.⁷⁶

Pertencem a esta categoria, segue FREUND, de um lado, os Direitos à liberdade, isto é, os dispositivos que garantem a segurança do indivíduo contra a intervenção de terceiros, inclusive do Estado - a liberdade de consciência ou a dispor de sua propriedade, e, de outro lado, os dispositivos que deixam ao arbítrio dos indivíduos o Direito de regular livremente e com toda autonomia suas relações recíprocas por meio das transações jurídicas - liberdade contratual.⁷⁷

A especulação pertinente sobre a questão do progresso na sociedade moderna também se aplica ao campo do Direito, segundo FREUND. Para o autor, pode-se com razão perguntar se a racionalização crescente, que se constata na ordem jurídica, constitui realmente um progresso ou simples aperfeiçoamento da técnica jurídica. Mas WEBER não se atém a um julgamento valorativo dessa questão. Pretende apenas estudar esse movimento. Ele concebe a evolução do Direito assim:

Dividida em estádios teóricos do desenvolvimento, a evolução geral do Direito e da prática leva a revelação carismática do Direito, por 'profetas do Direito', a uma criação e a uma descoberta empíricas do Direito dos notáveis da toga (...), as qualidades formais do Direito evoluíram, assim, no quadro da prática primitiva, a partir da combinação de um formalismo condicionado pela magia e de uma irracionalidade condicionada pela revelação, passando eventualmente pela curva de uma racionalidade por

⁷⁶ FREUND, op. cit., p. 190-191.

⁷⁷ Ibid., p. 190.

finalidade de ordem material e não formal, condicionada por elementos teocráticos e patrimoniais, para chegar a uma racionalização e a uma sistematização lógica crescentes graças à especialização jurídica e daí para chegar a uma sublimação lógica e a um rigor dedutivo crescentes do Direito, e enfim a uma técnica racional crescente da prática.⁷⁸

Segundo FREUND, para WEBER o Direito primitivo tinha caráter carismático. Era objeto de uma divinização por parte dos anunciantes ou profetas do Direito, que interpretavam a vontade divina, de sorte que a obrigação da lei era obra não da vontade humana, mas sim sobrenatural. O temor de Deus imprimia força à decisão.⁷⁹

Entre os fatores que contribuíram para a racionalização do Direito e superação dos aspectos sagrados, FREUND destaca as condições materiais da existência das coletividades, como a complicação dos intercâmbios econômicos e o desenvolvimento da prática contratual, os distúrbios ocasionadas pelas guerras e a necessidades da pacificação dos territórios ocupados e a necessidade de pacificação dos territórios ocupados.⁸⁰ Buscava-se, assim, a elaboração de um Direito concatenado com condições e práticas materiais.

Na análise desse processo de racionalização do Direito, o conceito de *dominação legal* é fecundo para explicação de como o Direito se assenta no Estado Moderno. Essa é um dos três tipos puros de dominação, ao lado da tradicional e da carismática, as quais se fundam, segundo WEBER, em diversos motivos de submissão e em uma constelação de interesses. Assim define o autor:

A dominação legal tem como pressuposto que qualquer Direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto a forma. Baseia-se na burocracia e é análoga a uma empresa capitalista, sendo heterônoma e heterocéfala. O quadro administrativo consiste de *funcionários* nomeados pelo senhor. (...) Esse quadro obedece a uma regra estatuída, uma norma formalmente abstrata. Tem-se um âmbito de competência concreta, baseada em exigências profissionais estipuladas para a atividade do funcionário e o dever de obediência está graduado numa hierarquia de cargos. O Estado Moderno desenvolveu-se a partir desse modelo de empresa burocrática.⁸¹

⁷⁸ Ibid., p. 194.

⁷⁹ Ibid., p. 198.

⁸⁰ Ibid., p. 197.

⁸¹ WEBER, Max. Burocracia. In: ___ *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, pp. 128-129.

A partir da perspectiva da dominação legal, o Direito denota o caráter essencial do Estado Moderno, em que paira acima do soberano, pelo menos ao nível formal, conferindo o caráter de impessoalidade à administração da justiça. Segundo Amorim, na concepção de WEBER o Direito significa que a validade da ordem está garantida externamente pela probabilidade de coação, física ou psíquica, instituída por um quadro de indivíduos instituídos com a missão de castigar os infratores⁸². Nesse âmbito, o Estado Moderno é fruto da burocratização crescente da sociedade e o Direito se racionaliza com base na operacionalização de tais pressupostos.

Segundo WEBER, a burocracia moderna rege o princípio de áreas de jurisdições fixas e oficiais, ordenadas de acordo com regulamentos e normas administrativas, sendo que as atividades regulares necessárias aos objetivos da estrutura governada burocraticamente são distribuídas de forma fixa como deveres oficiais.

E a autoridade de dar as ordens necessárias à execução desses deveres oficiais se distribui de forma estável, tomando medidas metódicas para a realização contínua e regular desses deveres e para a execução dos Direitos correspondentes. Esses elementos constituem o que WEBER denomina *autoridade burocrática*.⁸³

O *quadro administrativo burocrático*, tal qual numa empresa capitalista privada, é para WEBER o tipo mais puro de dominação legal e alcança tecnicamente o máximo de rendimento em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade.⁸⁴

Segundo Amorim, o desenvolvimento do Direito sistematicamente estatuído e a aplicação jurídica por juristas especializados é o que para WEBER vai permitir o aparecimento do Direito moderno, que se encaixa num tipo de dominação racional-legal. E esse é o Direito burguês, que pode ser criado e alterado de forma racional,

⁸² AMORIM, op. cit., p. 91.

⁸³ WEBER, op. cit., p. 229.

⁸⁴ AMORIM, op. cit., p. 123.

conquanto cumpra um ritual formalístico previamente acordado, excluindo quaisquer vinculações à tradição.⁸⁵

Verifica-se, assim, que juntamente como processo de racionalização, que caracteriza para WEBER o Estado Moderno, deve-se acrescentar a burocracia, enquanto forma mais pura de dominação racional legal. A burocracia, assim, joga um papel importante, pelas qualidades de impessoalidade que impõe à Administração ao Direito burguês. Esse, por sua vez, impõe aos seus operadores um alto grau de especialização profissional e uma tecnificação cada vez maiores.⁸⁶

Para FREUND, todavia, essa racionalização e burocratização do Direito é uma aspiração equívoca, cujo desenvolvimento está longe de ficar isento de contradições. Para o autor, "a vida não se deixa encerrar no quadro das prescrições jurídicas abstraídas. (...) A coerência puramente lógica e sistemática do Direito é uma ficção, porque não existe teoria jurídica pura e sem falhas".⁸⁷

Para a busca de superação problematização dessa questão contribui KELSEN. Segundo Amorim, o jurista austríaco reconhece em WEBER a melhor tentativa de definir uma sociologia do Direito, mas discorda que possa haver dois conceitos de Direito, um sociológico e um jurídico. Na sua identidade Estado-Direito, KELSEN não vê nenhuma possibilidade sociológica de separação.⁸⁸

Como se verá a seguir, a norma jurídica deve ser, para KELSEN, a única preocupação da ciência jurídica, sendo que as questões de poder e as suas diversas formas assim como a política, alvos do trabalho de WEBER, perdem o foco numa teoria do Direito positivo que se confunde com o próprio estado.

2. 3 - A pretensão de *universalidade do Direito* e a padronização das normas jurídicas: a consolidação em HANS KELSEN.

O jurista austríaco HANS KELSEN exerceu grande influência no mundo jurídico no século XX. Sua teoria influenciou legisladores, juristas e cientistas

⁸⁵ AMORIM, op. cit., pp. 133-134.

⁸⁶ Ibid., p. 136.

⁸⁷ FREUND, op. cit., p. 200.

⁸⁸ Ibid., op. cit., p. 108.

políticos e o mundo do Direito se defronta incessantemente com o pensamento do expoente máximo do *positivismo jurídico*.

Ao afirmar que Direito e moral são coisas distintas, KELSEN faz crítica a toda forma de *jusnaturalismo*, por negar qualquer Direito inscrito na natureza do homem ou da sociedade. Nesse aspecto postula o relativismo moral. O autor afirma repetidamente que o conceito de justiça é vazio e que é impossível a determinação objetiva do que seja justo ou injusto.

Para KELSEN, o tema da justiça [conteúdo], subjacente às normas morais, é objeto da Ética e, como tal, não deve fazer parte da análise do jurista, visto que a esse se restringe a compreensão da mecânica das normas jurídicas [forma]. Assim, o Direito, mesmo que contrarie algum dispositivo do que é considerado justo, é válido, posto que é positivado.⁸⁹

O autor abstrai o Direito da Moral por considerar que a concepção daquele no domínio dessa pressuporia a existência de uma Moral Absoluta.⁹⁰ Essa exigência de separação no pensamento de KELSEN é consoante à sua compreensão de que o que é considerado "bom" e "justo" não cabe em todas as categorias sociais, nas diversas circunstâncias históricas ou nas diferentes sociedades.

A relatividade do valor moral impede a determinação de um elemento comum no conteúdo das diferentes ordens morais. Assim, mesmo exigências em princípio comuns a todos os sistemas, estão dentro de uma escala de valores em algumas sociedades ou mesmo desprovidos de importância em outras.⁹¹

Para o autor, o fator comum dos sistemas morais não é o conteúdo, mas o fato de serem normas sociais. Nesse sentido, o Direito tem essência moral, uma vez que se insere nessa moral relativa do dever-ser da conduta humana. Segundo KELSEN, o único valor que o Direito corporifica, enquanto moral relativa, é o jurídico e, como tal, a norma.

⁸⁹ BITTAR, Eduardo C. B. & ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. SP: Atlas, 2002, p. 343.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 72.

⁹¹ *Ibid.*, p. 73

KELSEN conclui argumentando que uma teoria que relativiza os valores morais não tem a pretensão de fornecer uma medida padrão para a ordem jurídica positiva, como se não houvesse valores opostos e concepções de justiça diferentes. Essa teoria apenas deve manter o seu foco no sentido de não buscar legitimar o Direito por qualquer moral e sim se restringir a conhecer e descrever a norma jurídica.⁹²

Essa proposição de KELSEN se deve, segundo Gouveia, à constatação da impossibilidade de superação científica da infinidade de sistemas morais. Assim, restaria à doutrina a renúncia da avaliação de fatores de justiça dentro da ordem jurídica.

Sua obra *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934, é o marco dessa renúncia, sendo um empreendimento que busca conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, com base no enfoque normativo. Segundo Bittar & Almeida, o positivismo jurídico de KELSEN é reflexo do positivismo científico do século XIX, sendo antagônico às teorias naturalistas, metafísicas, históricas, sociológicas ou quaisquer outras influências que fossem externas ao Direito.⁹³

Segundo os autores, a contribuição de KELSEN para a lógica sistemática do Direito impregnou-se nos meandros jurídicos de forma tal que suas concepções se tornaram estudo obrigatório no mundo acadêmico. O jurista austríaco, naturalizado americano, empreendeu, de acordo com Machado, um enorme esforço elaborativo na proposta de dar um estatuto próprio à ciência do Direito positivo.⁹⁴

Para o autor, as diferentes correntes jurídicas do século XIX desde Kant foram integradas e sintetizadas pelo autor austríaco, dando-lhes configuração definitiva. Gouveia considera a *Teoria Pura* o ápice do pensamento da modernidade

⁹² GOUVEIA, Alexandre Grassano F. *Direito Natural e Direito Positivo*. Disponível em http://www.suigeneris.pro.br/direito_id_08.htm. Acesso em 24/04/2007., p. 17.

⁹³ BITTAR & ALMEIDA, op. cit., p. 336.

⁹⁴ MACHADO, Edgar da Mata. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995, p. 147.

aplicado ao Direito, no sentido de "alicerçar na ciência o conhecimento da organização da sociedade estabelecida através de normas."⁹⁵

Conforme descreve MONTEIRO, *A Teoria Pura do Direito*, sendo reflexo do paradigma dominante da modernidade, é relevante e repercute nos modelos de interpretação jurídica dos operadores atuais do Direito por possuir, dentre outros fatores não pontuais, um pressuposto de completude, de fechamento e de coerência.⁹⁶

Para KELSEN, não há lacunas no ordenamento jurídico posto pelo Estado, o qual se confunde com ele. Para o autor, as antinomias das normas são solucionadas pelos critérios de temporalidade ou pela análise da via jurídica dinâmica, com imbricação de várias normas hierárquicas e interdependentes, cuja validade é buscada numa norma fundamental.

MONTEIRO sintetiza o paradigma de KELSEN nos seguintes aspectos: a) só existe o Direito Positivo; b) ele é um conjunto de regras que emanam de atos de vontade de autoridade; c) os comandos advêm do Direito pela força; d) o Direito forma um sistema completo, coerente e fechado; e) a atividade dos juizes é de natureza lógico-dedutiva a partir das regras do Estado, sem referência a fins sociais ou morais.⁹⁷

⁹⁵ Ibid., p. 7.

⁹⁶ MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. *A Crise da Regulação Jurídica e seu Paradigma nas Sociedades Contemporâneas*. Disponível em:

http://www2.uerj.br/~direito/publicações/geraldo_tadeu/gt1.html. Acesso em 24/04/2007

⁹⁷ Ibid., p. 7.

3. O ESVAZIAMENTO ÉTICO DO DIREITO E AS PORTAS DA JUSTIÇA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

3.1. A inadequação do modelo positivista tradicional

Os pressupostos do Positivismo Jurídico, que atravessaram hegemonicamente o século XX e se solidificaram na *práxis* dos operadores do Direito têm dificuldade de lidar com as contradições do sistema judicial na modernidade - fortemente influenciado pelo status social dos atores envolvidos. Essa situação levanta novos desafios para uma modernidade construída sobre uma base paradigmática que não mais se sustenta.

A comunidade jurídica, no entanto, ainda se apega em massa a um paradigma que, apesar de ser dominante, apresenta assimetrias insuperáveis. WEBER, em que pese ter vivido no século XX, montou sua sociologia com os pés no século XIX. Mas mesmo assim é um sociólogo que consegue fazer uma leitura precisa dos dilemas presentes na contemporaneidade que, no campo do Direito, representa o desgaste do paradigma liberal-legal.

O triunfo da razão alcançado pelo *século das luzes*, buscada pelos filósofos daquele tempo como o caminho para o progresso e para a felicidade de civilização ocidental, restituiu a liberdade do homem e permitiu a crítica como regra de todas as coisas. O legado político desse movimento é a base do Estado Moderno:

Equilíbrio entre poderes e representação política, certeza jurídica e garantia dos Direitos individuais, constitucionalidade e legalidade, hierarquia das leis e distinção entre atos de império e de gestão, autonomia da vontade e liberdade individual.⁹⁸

O alcance dessas conquistas foi possível graças ao modelo jurídico liberal, que funciona pelos mecanismos de individualização dos conflitos e como fiador da ordem econômica baseada na iniciativa individual, na propriedade privada, na liberdade contratual e na autonomia da vontade. Essa matriz teórica, entretanto, conforme argumenta Amorim, tem manifestado os sinais mais evidentes de crise, "causando um penoso desgaste às instituições jurídicas com reflexos sociais

⁹⁸ AMORIM, op. cit., p. 140.

consideráveis, face ao avassalador crescimento das novas demandas e de novos sujeitos de Direito."⁹⁹

De acordo com Amorim, o paradigma liberal legal reside no imobilismo do normativismo abstrato e dogmático, frente a uma sociedade em permanente mutação, cujas ações e relações sociais criam fatos inusitados e fazem emergir novos sujeitos de Direito que o enrijecimento dos códigos está longe de poder subsumir.

Embora seja herdeiro do iluminismo, WEBER, atenuado com esses problemas, descarta qualquer hipótese otimista para o futuro. Ele vê na burocracia a eficácia utilitarista que confinou homem moderno numa armadura de ferro¹⁰⁰. Assim, ainda que na dominação racional-legal o exercício do poder deva se dar formalmente pelo império da lei, WEBER reconhece que o ganho pela impessoalidade do quadro encarregado pela execução administrativa tem o preço do distanciamento cada vez maior dos particulares em relação às instituições do Estado.¹⁰¹

Com as demandas sociais não atendidas, o Direito se vê numa situação de mal-estar diante das classes despossuídas, que se vêem marginalizadas diante do judiciário burocratizado. Assim, essa racionalidade instrumental desloca o lugar da liberdade e da justiça do Direito para o nível da opressão.

Essa sensação incômoda de impotência diante do mundo desencantado, cheio de valores conflitantes, não fecha as portas, entretanto, para as possibilidades de um mundo ético. O caminho a ser trilhado não passa por uma nova revolução e sim pela afirmação e efetivação dos valores democráticos de uma sociedade plural.

⁹⁹ AMORIM, op. cit., p. 140.

¹⁰⁰ Ibid., p. 173.

¹⁰¹ Ibid., p. 174.

3.2. A necessidade de repensar o papel dos operadores do Direito e a busca de novos caminhos para a efetivação dos Direitos fundamentais.

O Direito que emergiu na esteira do pensamento liberal do século XVIII e que se solidificou na onda positivista dos séculos XIX e XX enfrenta o desafio hoje de se desvencilhar das amarras da racionalidade instrumental e atender às demandas de uma sociedade civil plural, que reclama maior sensibilidade social do sistema judicial.

Segundo ROBERTO A. AGUIAR, a prática jurídica contemporânea cristalizou-se no Direito positivo e no seu sustentáculo estatal, o que a torna alienada dos sujeitos de Direitos. Nesse sentido, o autor questiona a regulação jurídica estatal numa sociedade contemporânea complexa, cujas mudanças se processam em alta velocidade e vê uma inversão do caminho da construção jurídica, que tutelada pelo estado nega ao cidadão a força, a normatividade e a contestação da ordem.¹⁰²

Na busca de superação dessa realidade, o autor enfatiza a necessidade da luta como exercício da cidadania no jogo social, para conquista de Direitos positivados e abertura de novos caminhos para a liberdade.¹⁰³ AGUIAR propõe a retomada de uma construção jurídica progressista que se antecipe às práticas sociais, em contraposição a uma linha conservadora, fruto da onda positivista, que engessa o Direito no rastro da história.

Essa necessidade se faz presente para o autor "pela inadequação de suas estruturas [do Direito positivo] ao movimento do mundo atual."¹⁰⁴ Sua proposta veicula a flexibilização da postura dos operadores do Direito, com valorização da cidadania ativa e enfrentamento dos desafios de uma sociedade complexa. Eis sua reflexão sobre essa questão:

Aqui emerge outro ponto para nossa reflexão: a necessidade de se rever o humano para se atingir o sujeito de Direitos. Enquanto virarmos as costas para a complexidade dessa teia humana^ não entenderemos a importância da sustentabilidade como instrumento de preservação e continuidade do meio e do ser humano que, pela linguagem, faz a inflexão do universo sobre si mesmo, [e

¹⁰² AGUIAR, Roberto A. Ramos de. *Procurando superar o ontem: um direito para o hoje e amanhã*. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série. N° 09. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2002, p. 71.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 79.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 71.

se autodesvela]. (...) É dentro dessa chave renovada que devemos trabalhar o Direito contemporâneo.¹⁰⁵

Em sua análise das contradições e obsolências do Direito frente às demandas sociais, AGUIAR defende "um Direito dialogal, que respeita as diferenças e radicaliza a democracia."¹⁰⁶ Trata-se de uma manifestação política que encontra ressonância nas teorizações de Habermas. O pensador alemão postula a necessidade de reconstrução da democracia para a conquista dos Direitos, por meio do consenso racional, alcançado pelo diálogo, que propicia o "entendimento mútuo entre os sujeitos comunicativamente atuantes"¹⁰⁷

Nesse sentido, CATTONI apresenta o relevo dado por Habermas às questões atinentes ao sintoma de *coisificação* nas sociedades capitalistas desenvolvidas e do papel do Direito na reprodução simbólica do mundo da vida.¹⁰⁸ A integração desse mundo com os sistemas sociais, estruturados pelo Direito, dar-se-ia pelo diálogo de sujeitos capazes.

AGUIAR, por sua vez, analisa a conquista dos Direitos fundamentais como fruto das lutas da humanidade pela mudança das leis¹⁰⁹. Nessa linha, aproxima-se das proposições de Rudolf von Ihering, que concebe a luta como a essência do Direito, cujo alcance se dá por esforços penosos, mas que forja a autoconservação moral do indivíduo¹¹⁰.

O argumento defendido por AGUIAR perpassa por um olhar jurídico localizado que saia das esferas abstraias e racionais e abarque "a crua cidadania das ruas, sem terno nem elegância, mas trazendo terra em suas solas e concretude em suas mãos, [que] não tem onde se manifestar."¹¹¹ Para tanto, a crise estrutural de um Estado burocrático, piramidal e corporativo, no qual se expressa o Direito positivo garantidor de interesses privados,¹¹² deve abrir caminho para um enfrentamento da sociedade de modo complexo, de onde emirjam novos paradigmas.

¹⁰⁵ AGUIAR, op. cit., pp. 75-76.

¹⁰⁶ Ibid., p. 76.

¹⁰⁷ CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 66.

¹⁰⁸ Ibid., p. 501.

¹⁰⁹ AGUIAR, op. cit., p. 69.

¹¹⁰ IHERING, op. cit., pp. 27.

¹¹¹ AGUIAR, op. cit., p. 72.

¹¹² Ibid., p. 77.

Para AGUIAR, nesse novo contexto, as exigências do mercado devem ser contrabalançadas com a cidadania e, nessa perspectiva, a admissão de uma dimensão social para o denominado privado. "O Direito, atento à dimensão do capital humano, deve promover novas formas de conexão horizontal e de regulação democrática da sociedade."¹¹³

Nessa perspectiva, a modificação do papel dos operadores do Direito se faz urgente e será alcançada quando se concatenar às tendências emergentes da sociedade complexa: a desformalização, a deslegalização e a descentralização. Nesse momento, as leis positivas teriam que abrir caminho para a criação de novas normas, a partir das necessidades das comunidades.

Segundo o autor, a crença na validade dos princípios regulatórios do Direito, posto em prática pelos juristas, é fruto da dominação legal-racional do Estado contemporâneo em crise. Trata-se de uma legitimação de um modo de regulação jurídica "por cima", regida pelas suas próprias normas.¹¹⁴

Os sinais de superação deste modelo, em que pese o papel decisivo ainda exercido sobre o Direito, se apresentam de forma nítida, conforme argumentado por MONTEIRO:

O aprofundamento da divisão social do trabalho, a complexificação da ordem econômica, a multiplicação das estratificações sociais, a profusão de novas identidades coletivas de cunho político. (...) A autonomização dos subsistemas sociais é uma característica maior desse cenário. (...) Este quadro de grande complexidade permite a autonomização das regulações sociais autônomas, em face de uma regulação jurídico-política unívoca e eficaz.¹¹⁵

O autor relata os efeitos desse processo: as perdas do caráter autoritário no bojo do Direito positivo e do seu monopólio normativo. No entanto, a experiência tem demonstrado que os juristas e seu paradigma dominante da regulação "por cima" têm ignorado esse processo de equilíbrio entre a flexibilidade e a racionalidade dos procedimentos, que visam, em última instância, à garantia constitucional dos Direitos fundamentais.

¹¹³ AGUIAR, op. cit., p. 76.

¹¹⁴ MONTEIRO, op. cit., p. 2.

¹¹⁵ Ibid., p. 2.

Pode se abstrair da análise de MONTEIRO, que a reafirmação ideológica de um Estado de Direito positivo Kelseniano *strictu sensu*, tende a obstar as condições de expressão dos Direitos fundamentais elencados por CATTONI: Direito a iguais liberdades subjetivas, à nacionalidade, à tutela jurisdicional e a elaboração legislativa autônoma.¹¹⁶

Diagnosticando esse quadro, AGUIAR postula alguns pressupostos jurídicos que dialoguem com a normatividade positivada. Segundo o autor, o Direito deve considerar a dimensão da sustentabilidade, buscando um contrato social democrático. Nessa perspectiva, deve abandonar um comportamento dual de minimização de perdas e maximização de ganhos.

A regulação dos conflitos, para além puramente das normas, deve ser permeada pela construção intersubjetiva que valorize consensos democráticos. E esse caminho deve ser percorrido com abertura para expressão dos conflitos e de forma tal que possibilite novas experimentações.

A constatação de AGUIAR é de que a sociedade deve se mobilizar em rede para que as novas demandas sociais tenham receptividade num Direito que se apresenta um tanto quanto engessado. A "chave renovada" proposta visaria ao retorno de uma construção jurídica que fosse inauguradora e experimentadora de práticas na sociedade.¹¹⁷

A par dessas considerações, vislumbra-se mesmo hipoteticamente que com a esperança aventada de pelo diálogo, nas diferentes esferas institucionais, a modernidade possa se autocompreender e se reconstruir¹¹⁸ pela assunção de múltiplas perspectivas dos atores sociais, que espelhem seu Direito subjetivo no outro, e assim, o mundo possa reencontrar seu encantamento.

¹¹⁶ CATTONI, op. cit., p. 71.

¹¹⁷ AGUIAR, op. cit., p. 70.

¹¹⁸ CATTONI, op. cit., p. 64.

Conclusão

A análise dos *Cases Law* referidos, os quais se inserem num contexto do direito pré-moderno, demonstra um caráter político muito evidente na aplicação do Direito, em que as motivações religiosas se valem da via legal para impor o poder da autoridade. O Direito, nessa época, assume os valores religiosos da sociedade que o elabora.

Ao ser englobado pela religião, o Direito se converte em injustiça, pois passa a ser empregado para enquadrar e punir as diferenças, por meio de uma interpretação da sociedade que leva em conta os interesses de uma ordem tradicional ou emergente, cujos valores se impõem pela força.

O Direito, nesse âmbito, serve a determinados grupos historicamente privilegiados, em detrimento de outros, quem embora na mesma sociedade, se vêem em desvantagem no sistema judicial, como o *judeu Shylock*. Também é um instrumento de poder nas mãos de grupos que utilizam sua religião para oprimir outros movimentos, como o católico representado por Mary Stuart no Estado absolutista inglês do Século XVI.

Mas o espírito do homem moderno, encampado pelos princípios racionais de liberdade, lutou sem tréguas para a conquista dos seus Direitos individuais, obstados pelos valores morais de tradição religiosa e pelas regras rígidas que formavam as instituições pré-modernas.

As Revoluções burguesas derrubaram o absolutismo e, com isso, reformaram o Direito, colocando-o a serviço da liberdade e das garantias fundamentais do homem. Tal fenômeno imprimiu uma nova dinâmica às sociedades, que viram na perspectiva de progresso material, adquirido pelo desenvolvimento de uma ciência racional, o caminho para o desenvolvimento moral e para a felicidade.

Entretanto, a felicidade e a liberdade não chegaram para todos e os paradoxos da modernidade levaram, em seu bojo, ao *desencatamento do mundo*. A nova dinâmica econômica do capitalismo, consolidado e tornado hegemônico a

partir dos ideais da Revolução Francesa, gerou um sistema social excludente e isso refletiu no Direito, que se engessou na defesa desse modelo.

Os desafios da modernidade estão na busca de caminhos para a consagração dos Direitos do liberalismo, alcançados enquanto valor. Ao Direito, não apenas como aplicador de normas lógico-formais aos conflitos sociais, é demandada uma atuação política para a correlação de forças e interesses sociais vigentes.

E esse não é um desafio só de governos, mas de toda a sociedade civil organizada. Diante de uma crise generalizada que acomete a credibilidade das instituições e à sustentabilidade da própria sociedade, pela perversa distribuição social dos recursos econômicos, a criação de caminhos que efetivem as normas positivadas, principalmente aquelas emanadas dos princípios fundamentais que informam o Estado democrático de Direito, torna-se premente.

A emancipação do homem pelo Direito mobilizou os espíritos de diversas gerações do passado. Diante da emergência de novas demandas sociais, da organização de novos grupos que reclamam sua inserção social, o Direito se vê num ponto de inflexão, em que as normas jurídicas, precisam se concretizar no dia-dia dos tribunais.

Nesse sentido, as ações cidadãs cotidianas, de pressão e de cobrança junto às instituições de representação democrática, pela concreção da norma, são necessárias à plena obstrução dos caminhos que levam o homem ao encontro com o seu direito. Pois, se no passado eram os valores morais que obstavam a cidadania, hoje o que o faz são as discrepâncias socioeconômicas criadas pelo sistema produtivo encampado pelo próprio movimento que propugnou uma cidadania universal, independente de credo, cor ou raça.

Essa contradição deve ser debatida no âmbito as instituições democráticas. Um dos princípios fundamentais da nossa civilização, que propugna a condição humana em si como um bem e um valor invioláveis, só se transforma em fato quando concretizado pelo nosso sistema jurídico-positivo vigente. E isso se torna possível quando o discurso politicamente correto dos operadores do direito se transmudar em ações vigilantes pela cidadania.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, ROBERTO Armando Ramos de. Procurando superar o ontem: um Direito para o hoje e amanhã. In: *Notícia do Direito brasileiro*. Nova série. N° 09. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2002.

AMORIM, Aluizio Batista de. *Elementos de sociologia do Direito em Max Weber*. Florianópolis: Insular, 2001.

BERGER, Peter. A perspectiva sociológica: o homem na sociedade. In: _____ *Perspectivas Sociológicas: uma visão humanista*. 2.Ed. Petrópolis: Vozes, 1973

BIANCHI, Amsterdam H. O homem e seu sistema jurídico. In: GADAMER, H.G. e VOGLER, P. *Nova antropologia: o homem em sua existência biológica, social e cultural*. São Paulo: EPU, Ed. da USP, 1977.

BITTAR, Eduardo C. B. & ALMEIDA, Guilherme de Assis. O Positivismo Jurídico: O Normativismo de HANS KELSEN. In: _____ *Curso de Filosofia do Direito*. SP: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone, 1999.

CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CONSTANT, Benjamim. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: _____ *Filosofia Política*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1985.

COULANGES, Fustel de. *A cidade Antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

FLORENZANO, Modesto. *As Revoluções Burguesas*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

FREITAG, Bárbara. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade*. 3ª Ed. Campinas/SP: Papyrus, 2002.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max WEBER*. Rio de Janeiro/São Paulo: Zahar Editores, 1970.

GOUVEIA, Alexandre Grassano F. *Direito Natural e Direito Positivo*. Disponível em http://www.suigeneris.pro.br/Direito_id_08.htm. Acesso em 24/04/2007.

IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de Pedro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. Direito e Moral. In: ____ *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MACHADO, Edgar da Mata. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG.1995.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. *A Crise da Regulação Jurídica e seu Paradigma nas Sociedades Contemporâneas*. Disponível em: http://www2.uerj.br/~Direito/publicações/geraldo_tadeu/gt1.html. Acesso em 24/04/2007.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Shakespeare, *O Mercador de Veneza e a Experiência Histórica do Direito*. Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série. Nº 09. Brasília: EdUnB, 2002.

REALE, Miguel. Direito e Moral. In: ____ *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atiça, 1996.

ROBERT, Henri. O Julgamento de Mary Stuart. In: ____ *Grandes Julgamentos da História*. Tradução de Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANT'ANNA, Alayde A. Freire. *A radicalização do Direito*. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília. Brasília, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção pós-moderna do Direito. In: ____ *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4ª Edição. São Paulo: Cortez, 2002.

SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. Tradução de Bárbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999.

WEBER, Max. Burocracia. *In: _____ Ensaios de Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

-----, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. *In: FERNANDES, F. COHN, G. (org.) Max Weber. Sociologia*. São Paulo: Ed. Ática, 2003.

PLANO DE REDAÇÃO - MONOGRAFIA

I - Tema: Direito e Justiça na experiência jurídica

II - Delimitação do tema: o processo de secularização do Direito e o “lugar da justiça no mundo desencantado”

III - Problema de Pesquisa: Como se dá a relação entre o Direito e a religião nos *Cases Law* Julgamento de Mary Stuart e o caso do judeu Shylock?

Tendo como referências de *tempo* e *lugar* os contextos retratados nos *Cases Law* selecionados, trabalharemos com a hipótese de que o Direito é englobado pela religião. A partir daí, nosso objetivo é analisar como se deu o processo de secularização do Direito no ocidente e indagar “qual o lugar da justiça no mundo desencantado”.

IV - Roteiro de Redação:

Introdução

1 - O englobamento do Direito pela religião no ocidente pré-moderno

1.1. A origem religiosa do Direito

1.2. Mapeamento do conflito Direito x religião no *Case Law* judeu Shylock e no Julgamento de Mary Stuart.

1.3. A emergência da burguesia como força política a partir do século XVIII e a demanda pela separação entre Direito e religião.

2. O projeto iluminista de racionalização do ocidente e a secularização do Direito

2.1. A racionalização do ocidente segundo Max WEBER e o lugar do homem na sociedade secularizada: um diálogo com Peter Berger.

2.2. A pretensão de universalidade do Direito e a padronização das normas jurídicas: a consolidação em KELSEN.

3. O esvaziamento ético do Direito e as “portas da justiça” no mundo desencantado.

3.1. A inadequação do modelo positivista tradicional às práticas sociais contemporâneas.

3.2. A necessidade de repensar o papel dos operadores do Direito e a busca de novos caminhos para a consolidação dos Direitos fundamentais.

Conclusão

Bibliografia