

A ordem jurídica: um conceito historicamente situado

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « A ordem jurídica : um conceito historicamente situado », trad. par Rafaël Tubone Magdaleno, *Bindi*, 2023, p. 84-100.
DOI de la version publiée : 10.5281/zenodo.8356374.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/article-journal/2023-l-ordre-juridique-un-concept-historiquement-situe>

*Benoit Frydman***Resumo**

O presente artigo é uma tradução do artigo « L'ordre juridique: un concept historiquement situé »¹, de Benoît Frydman, professor da Université Libre de Bruxelles. Nele, o autor pretende, em primeiro lugar, mapear o momento histórico do surgimento da noção de « ordem jurídica », vinculada ao direito natural moderno e ao raciocínio more geometrico, argumentando que não é necessário que se conceba o direito como um sistema ordenado de normas. Em segundo lugar, o autor dá indicações de como e do porquê pode ser benéfico « pensar o direito na desordem », em especial num contexto de globalização jurídica.

Palavras-chave: Ordem jurídica; teoria do direito; direito natural moderno; monismo jurídico.

Abstract

This paper is a translation of the article « L'ordre juridique: un concept historiquement situé » by Benoît Frydman, professor at the Université Libre de Bruxelles. In it, the author aims, firstly, to map the historical moment of the emergence of the notion of « legal order, » linked to modern natural law and the more geometric method of reasoning, arguing that it is not necessary to conceive of law as an orderly system of norms. Secondly, the author provides indications of how and why it can be beneficial to « think of law in disorder, » especially in a context of legal globalization.

Keywords: Legal order; legal theory; modern natural law; legal monism.

Objetivo

No presente artigo, o autor pretende mapear historicamente a origem e as consequências da representação do direito como uma ordenação ou uma ordem jurídica. O autor expõe como a ordem jurídica é um conceito historicamente situado cujo nascimento coincide com a revolução científica moderna e a emergência da razão geométrica durante a Idade Clássica, a partir de um modelo axiomático euclidiano.

1. A versão francesa deste artigo apareceu na obra: Prévost, X; Laurent-Bonne, N. (Cords.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, Paris: L.G.D.F, 2016. O autor agradece profundamente ao Sr. Rafael Tubone Magdaleno por ter tomado a iniciativa e realizado essa tradução.

*A ordem jurídica: um conceito historicamente situado***Método**

O autor valeu-se de um método de pesquisa bibliográfica, assumindo os textos como documentos históricos de primeira ordem para a descoberta da gênese da consideração da ordem jurídica como forma indeclinável de se conceber o direito.

Conclusões

Apesar do paradigma da ordem ser uma pressuposição na formação dos juristas, particularmente nos países de Civil Law, esse paradigma possui uma história rastreada até os albores da ciência moderna. Isto é, não é uma necessidade interna do objeto «direito» ser concebido como uma ordem, e. g., como um sistema ou um conjunto estruturado de regras, na maioria das vezes gerais e abstratas, dependentes umas das outras, idealmente formando um todo unido, coerente e completo. Essa é uma visão da mente cultivada por juristas. O autor também conclui que para os que continuam a subscrever o paradigma da ordem é dificultoso lidar com «o direito mundial, por falta de uma ordem jurídica global, pelo que se deve limitar ou ao estudo clássico da ordem jurídica internacional, ou seja, interestatal, ou às relações entre as diferentes ordens jurídicas dos mesmos ou diferentes níveis que coexistem no planeta, ou esperar pelo triunfo do Estado mundial, que imporá a sua própria ordem jurídica».

Ninguém ignora qual é o uso da ordem em todas as coisas, e que, se nas próprias coisas que não são senão objeto dos sentidos, a correta montagem das peças que formam um todo é necessária para lhes mostrar bem postas, a ordem é ainda mais necessária para fazer ingressar no espírito o detalhe infinito das verdades que compõe uma ciência

— Domat, 2014, prefácio

ESSA palavra de ordem que Jean Domat, como bom leitor de Descartes e de Pascal, insere no frontispício e no título de sua obra-mestra, «As leis civis em sua ordem² natural», não é simplesmente um ornamento, mas sim o princípio e a finalidade de sua empreitada de construção da ordem jurídica francesa como «o edifício construído em simetria» partindo da «pilha confusa de materiais», na qual as

2. A palavra francesa «ordre» à primeira vista parece ser de simples tradução. Porém, para além do sentido de «ordem», ela pode remeter a ordenamento, ordenação e sequência. No que segue, optamos por traduzi-la conforme o contexto (nota do tradutor).

Benoit Frydman

regras se dispõem bastante desordenadamente em todos os quatro tipos de livros onde elas devem ser apreendidas³.

Como ilustra, entre muitos outros testemunhos, a empreitada de Domat, a ordem jurídica não é um conceito ou um meta-conceito entre outros. Ela constitui um verdadeiro paradigma do pensamento jurídico, ainda que o termo seja frequentemente utilizado [em outros contextos], pois determina uma certa representação do direito (e o direito enquanto conjunto simbólico é diretamente tributário das representações coletivas que dele fazemos); mas também porque determina uma certa visão do direito, orientando a direção do olhar que colocamos sobre o direito, e sobretudo fixando o ponto de vista a partir do qual esse olhar é feito. A ordem demanda uma perspectiva de sobrevoos na qual a contemplação do conjunto precede à dos seus elementos, isto é, das regras jurídicas particulares, que são apreendidas em função de sua posição neste conjunto.

Esse ponto de vista, que qualificamos em outro espaço como « macrojurídico »⁴, nada tem de anódino, visto que assinala um programa preciso de trabalho que visa à construção dessa ordem jurídica, como vemos em Domat, mas também em Leibniz, nos sistemas de direito natural e das gentes, e no grande projeto da codificação. Este projeto de ordenação jurídica transforma a representação do direito de uma coleção de textos em um sistema de regras, o que exige um gigantesco trabalho de organização e de reescrita.

O paradigma igualmente preside as operações de manutenção da ordem, sempre recomeçadas, pelas quais a doutrina descarrega as novas fontes [do direito] e as integra em regras postas dentro do sistema. Esta ordem, em relação à qual é necessário preservar a integridade e coerência, enquadra estritamente as modalidades do raciocínio jurídico. Ela impõe o locupletamento das lacunas e sobretudo a caça às antinomias, isto é, às contradições que ameaçam contaminar o sistema. Ela é protegida e cuidada pela aplicação de meta-regras de conflito: *lex posterior*, *lex specialis* e, acima de tudo, a *lex superior*, que supõe o princípio da hierarquia das normas jurídicas, dotada de uma importância fundamental.

Além disso, o modelo de ordem impõe uma abstração da regra, que deve ser extraída, como já observamos em Domat, da linguagem do texto, do caso ou da situação na qual ela é expressa ou está a ser aplicada, para que essa regra assim purificada das outras possa ser organizada no conjunto que elas devem formar. Essa ordem, que transforma assim os materiais jurídicos compostos em regras gerais e abstratas, determina daí a direção obrigatória do raciocínio jurídico e

3. A saber, nos livros de direito romano e naqueles de direito canônico, nos ordenamentos e nos costumes (Domat, 1828).

4. Frydman (2012).

A ordem jurídica: um conceito historicamente situado

judiciário, que desde então deverá partir do geral em direção ao particular, da regra em direção à resolução do caso concreto, bem como impõe a forma normalizadora do moderno silogismo judicial⁵.

O paradigma da ordem é tão significativo que ele molda a formação dos juristas e o programa de bacharelado e de mestrado⁶, particularmente nos países de Civil Law⁷. Esse percurso consiste idealmente em uma visita completa do ordenamento jurídico, em que cada uma das disciplinas representa um ramo do direito e as subdivisões recobrem as diferentes partes da matéria.

Ao final, o alcance da ordem é tão significativa sobre a representação do direito e sobre o método jurídico que certas correntes dominantes da filosofia analítica e da teoria do direito contemporânea, em particular o normativismo, como ocorre em Kelsen, consideram que o sistema é a condição de possibilidade da ciência do direito ou ainda, como em Hart, a condição de existência do próprio direito e sua diferença específica em relação a outros tipos de normas⁸.

Essa tese é entretanto inexata, como podemos demonstrar pelo exame da história das ideias em geral e das ideias jurídicas em particular. A ordem jurídica é um conceito historicamente situado cujo nascimento coincide com a revolução científica moderna e a emergência da razão geométrica durante a Idade Clássica⁹. Nas páginas que seguem, examinarei como o modelo euclidiano informa o projeto de um sistema axiomático do direito natural moderno, que será transposto quando da construção dos direitos positivos nacionais por meio do método histórico. Na sequência, retornarei sobre a afirmação e a contestação da primazia exclusiva do paradigma da ordem jurídica na ciência do direito no século XX a fim de alimentar a reflexão sobre a oportunidade de seu uso trans-histórico.

5. Dela, C. Beccaria oferece uma formulação precisa em *Dos delitos e das penas* (1764), especialmente no capítulo 4, que vale para o direito penal, mas será ampliado pela Revolução [francesa] a todas as matérias jurídicas, e por Condorcet à missão do Executivo. Para uma análise detalhada, Frydman (2011, §§ 134-135).

6. No texto, o autor remete à «license» e à «maîtrise» francesas. Ainda que a formação jurídica no Brasil não corresponda perfeitamente ao modo como os juristas se formam na França, é possível realizar uma aproximação entre nosso «bacharelado» e «mestrado» em Direito (n.t.).

7. O autor utiliza o termo «droit continental», bastante usual na França, mas cujo campo semântico cobre aquele direito que usualmente denominamos civil law (n.t.).

8. Kelsen (1999) e Hart (1961). Hart define o direito como um sistema articulando regras primárias e regras secundárias, estas últimas presidindo o reconhecimento, a aplicação e a modificação dessas últimas. Em seu livro sobre *As normas*, Pierre Livet (2006, pp. 3-74) vai ainda mais longe. Ele sustenta, de forma geral, que uma norma, qualquer norma que seja, jurídica ou não-jurídica, não poderia existir isoladamente, mas sim que ela possui sentido e efeito apenas em um conjunto ou um sistema de normas, de um ordenamento normativo preexistente no qual a norma necessariamente se apóia.

9. Na língua francesa, a expressão «Âge Classique» recobre o período do final do século XVI ao começo do século XVIII (n.t.).

1. O Nascimento da Ordem Jurídica

Em sua magnífica obra, *As palavras e as coisas*, Michel Foucault ilustrou magistralmente a importância fundamental da noção de ordem no princípio do pensamento e da recomposição dos saberes na Idade Clássica¹⁰. Se Foucault não estuda especificamente o direito, ao menos não nesse livro, os filósofos do direito contemporâneos e historiadores do pensamento jurídico, à mesma época ou desde então, fizeram o vínculo entre o nascimento da ciência moderna e o nascimento da ordem jurídica. A tese, já evocada de maneira polêmica por François Gény no começo do século XX¹¹, foi notavelmente sustentada, sobre a base de diferentes mas concordantes materiais, por Michel Villey¹², Chaïm Perelman¹³ e nos notáveis trabalhos de Alfred Dufour¹⁴.

Mesmo eu consagrei recentemente um estudo aprofundado [sobre o tema] como parte de uma obra dedicada à história da interpretação e da razão jurídica. Não é possível, nos limites de uma simples contribuição, nem realmente necessário, reabrir aqui todo esse grosso dossiê abundantemente instruído. Eu me limitarei a produzir alguns argumentos adequados para alimentar nossas discussões.

Precisemos ainda que não consideramos aqui a concepção lógica de uma ordem jurídica. Essa concepção representa a lei como um sistema ou um conjunto estruturado de regras, na maioria das vezes gerais e abstratas, dependentes umas das outras, idealmente formando um todo unido, coerente e completo. No entanto, é artificial distinguir essa concepção lógica de uma concepção política da ordem jurídica, que se concentra no sistema organizado de poder e nas instituições que produzem, garantem e sancionam esse conjunto de regras. Essa concepção política tem estado historicamente ligada ao modelo lógico de ordem, na medida em que tem sido utilizada pelos Estados para reconstruir e controlar as suas leis nacionais. Além disso, as definições contemporâneas de uma ordem jurídica dinâmica, particularmente nas teorias normativistas de Kelsen e Hart, articulam intimamente o sistema de regras às instituições hierárquicas do aparelho do Estado que as produz e implementa, na medida em que Kelsen vê o direito

10. Foucault (1966).

11. Conferir abaixo.

12. Em seu famoso « Cours d'histoire de la philosophie du droit », M. Villey analisou o *Traité de dicalogique* (1617) de Althusius como o ponto de viragem da « revolução copernicana » do caso ao sistema em matéria jurídica.

13. « Quanto à ideia mesma de um sistema de direito positivo, ela foi precedida pela publicação de obras teóricas desenvolvendo os sistemas de direito natural ou racional, concebidos, sob a influência do racionalismo, sobre o modelo dos sistemas de geometria » (Perelman, 1984, pp. 68-74). Cf. também mais em detalhe Perelman (1979), assim como as obras que Perelman consagrou à história da filosofia moral.

14. Cf. alguns dos estudos reunidos em Dufour (1991).

A ordem jurídica: um conceito historicamente situado

e o Estado como termos sinónimos¹⁵. O amadurecimento do conceito de ordem jurídica, no sentido lógico em que acabamos de o definir, está ligado à longa e violenta querela entre os Antigos e os Modernos sobre a ciência e os seus métodos. Esta querela opôs, de forma frequentemente violenta, os adeptos do modelo escolástico da discussão contraditória dos casos e da interpretação das autoridades, no quadro académico, pedagógico e erudito da questão em disputa, aos partidários da nova filosofia, em busca das leis da natureza no princípio da observação, da experimentação e da matemática. Para estes últimos, era vital «sacudir o jugo de uma Autoridade desprovida de prova», nas palavras de Jean Barbeyrac¹⁶, a fim de proporcionar um espaço de liberdade para as descobertas da ciência moderna e para a implantação do seu método. Os próprios Modernos descreveram o novo modo de raciocínio demonstrativo, que pretendiam substituir às intermináveis discussões escolares, como de more geométrico, à maneira dos geômetras, com referência ao sistema axiomático dos Elementos de Euclides.

Teólogos e juristas, tanto civilistas como canonistas, tinham desempenhado um papel de liderança no desenvolvimento do modelo escolástico, isto é, das questões disputadas, de tal forma que alguns puderam referir-se a ele como «raciocínio more juridico»¹⁷. Na sua forma básica, este modelo consiste na solução de um caso, na maioria das vezes um «caso escolástico», por meio de uma discussão contraditória pro e contra, apoiada necessariamente sobre autoridades, complementada algumas vezes por outros tipos de argumentos¹⁸. A discussão é decidida pelo mestre, que dá a solução do caso acompanhada, se necessário, de uma motivação, que terá o propósito de reconciliar as autoridades postas em contradição por ocasião da discussão. Este modelo de inspiração jurídica foi gradualmente estendido a todas as disciplinas académicas medievais, não só para fins de ensino ou exame, mas também na literatura erudita, que adota de forma privilegiada a forma de coleções ou sumas de questões, até ter se tornado o modo normal da vida intelectual.

Se esses médicos da Igreja e da lei utilizaram todos os poderes à sua disposição para dificultar a nova ciência e para silenciar por todos os meios os seus promotores, outros juristas modernos, os de outros lugares cuja memória e obras preservamos, abraçaram imediatamente os ideais da revolução científica moderna e o modelo geométrico.

15. Essa moderna concepção lógico-política da ordem jurídica não tem nada que ver com a ideia do direito natural antigo de uma ordem dos valores inscrita na natureza e na realidade das coisas, como bem demonstrou Leo Strauss (1954), assim como Michel Villey.

16. «É a honra de nosso século que, mais que em todos os séculos passados, sacudiu o jugo de uma Autoridade desprovida de prova» (Barbeyrac, 1740, § 40).

17. Feltrin & Rossini (1992).

18. Sobre o modelo da questão disputada, Frydman (2011, §§ 88 e ss.)

Benoit Frydman

Longe de estarem a reboque de seus brilhantes amigos físicos e astrônomos, alguns deles, pelo contrário, colocaram-se na vanguarda do combate e estiveram entre os primeiros promotores do modelo geométrico da ordem e do sistema.

Michel Villey (e outros que o seguiram¹⁹) glorificou Althusius pelo seu Tratado sobre dicaeologica, publicado em 1617, por ele ter realizado, no campo jurídico, a revolução copernicana do caso para o sistema. Sem entrar numa vã querela de anterioridade, pode-se contudo notar que, já em 1604, o jovem Grotius, no seu ensaio «*De jure praedae*», já encenara teatralmente essa inversão da razão legal. Iniciada por uma antologia de citações, essa dissertação começa com o esquema tradicional da questão escolástica, pela apresentação de um caso real, o caso da detenção em 1602 do navio português Catherine por um capitão da frota das Províncias Unidas, num contexto de conflito entre os dois estados. O autor determina a questão posta, antes de prosseguir, crê-se, à discussão das autoridades. Mas, nesse preciso momento, com o argumento de que «nada escrito é válido entre inimigos», nem mesmo as Escrituras, ele afasta-se do modelo da questão para avançar em direção a nada menos do que a edificação de um sistema completo de direito natural, procedendo com referência direta ao método axiomático dos Elementos de Euclides. Leiamos o que Grotius (1950, p. 7) escreveu a esse propósito:

Assim como os matemáticos estão habituados a preceder qualquer demonstração concreta através da declaração preliminar de certos axiomas gerais, sobre os quais todos facilmente obtêm acordo, para que se possa garantir algum ponto fixo no qual se possa fornecer prova do seguinte, também indicaremos certas regras (*regulae*) e leis (*leges*), da natureza mais geral, apresentando-as como pressupostos prévios a serem recordados em vez de serem descobertos pela primeira vez, a fim de estabelecer uma base sobre a qual as nossas descobertas subseqüentes possam ser construídas em segurança.

Naturalmente, Grotius refere-se à demonstração geométrica de uma forma largamente metafórica e não hesitará em desviar-se do programa que traçou mas concordemos que ele não pode ser considerado um pobre seguidor uma vez que a sua obra foi publicada muito antes dos grandes escritos de Galileu, quase trinta anos antes da publicação do famoso Diálogo sobre os dois grandes sistemas do mundo (1632), e do Discurso do método (1637) de Descartes, e mais de sessenta anos antes de Espinosa demonstrar a Ética na ordem da geometria (1677)²⁰.

19. Cf. os trabalhos de P. Dubouchet, Y. Cartuyvels e M. Vogliotti.

20. A obra, redigida pelo filósofo durante os quinze últimos anos de sua vida, só será publicada após a sua morte, em 1677.

A ordem jurídica: um conceito historicamente situado

Consideremos sobretudo que o modelo proposto por Grotius tem uma grande anterioridade sobre os tratados de direito natural e das gentes, e sobre os sistemas de direito natural, que floresceram entre os juristas e filósofos até ao menos o fim do século XVIII, e mesmo para depois dessa data²¹.

No entanto, o modelo geométrico não limita o seu domínio às empreitadas dos jusnaturalistas, nem ao direito das gentes, senão que rapidamente conquista o direito positivo do Estado. Ele preside a sua organização e informa o seu método. Embora o direito natural e o direito positivo levem, a partir de então, vidas separadas, o direito natural serve como bússola, como Leibniz o disse, e como um projeto para a organização científica do direito positivo, mais do que como um guia moral²². Ele inspira o projeto e desenha a imagem ideal da sua realização. Mas ele não fornece nem o método nem os meios. O método euclidiano, que progride de um pequeno número de definições e axiomas por meio de demonstrações progressivas para o desenvolvimento completo do sistema, é realmente adequado apenas para ciências a priori, como a lógica ou o direito natural. Mas se o direito natural é o direito da razão, e por ela é deduzido do conceito de justiça, o mesmo não se pode dizer das leis positivas, que são arbitrárias, na medida em que dependem da vontade da autoridade, e contingentes, na medida em que variam no tempo e no espaço: «plaisante vérité qu'une rivière borne!», escarnece Pascal²³.

Entretanto, é possível – eis o gênio da razão moderna e uma de suas grandes rupturas com o aristotelismo – construir uma ciência exata com objetos contingentes. A razão moderna não reside no mundo, nem nos objetos e nos fenômenos que o compõem, mas apenas no método que os analisa e os organiza segundo uma ordem. Portanto, tudo pode ser tratado cientificamente, desde que as regras do método sejam seguidas corretamente. Os Modernos aplicam este método de análise e classificação a todos os «campos de empiricidade», para falar como Ernst Cassirer, em direção ao qual os estudiosos dirigirão

21. Entre eles, o grande Leibniz, evidentemente, que escreveu a Antoine Arnauld, o gramático de Port-Royal, que ambicionava «reunir em uma breve obra os elementos do direito natural, nos quais tudo seria demonstrada a partir de algumas poucas definições (...). E daí, eu deduzo todos os teoremas do direito e da equidade» (Leibniz, 1994, pp. 205-206)

22. Nesse sentido, a propósito de Leibniz, cf. Grua (1956, pp. 233-235), que enfatiza a primazia lógica, e não moral, do direito natural como estrutura e esquema de classificação de regras e casos.

23. «A agradável verdade que um rio carregava [ou delimitava, separava, limitava, distinguia]!». Cf. Pascal (2011, fragmento 94). [nota dos editores: A sentença costuma ser citada pareada com a célebre expressão «verdade para cá dos Pirineus, erro para lá», além de constar “justice” no lugar de “vérité”. No francês: «Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà.». Cf: Pensées de Blaise Pascal (penseesdepascal.fr). Agradecemos a Jaimie Alexander Breck Paterson pela ajuda na tradução e compreensão do trecho]

Benoit Frydman

os seus interesses durante o século XVIII²⁴. Em especial, aplicá-lo-ão aos objetos da natureza, como se mostra, por exemplo, no Sistema da natureza de Linnaeus (1735), que propõe um método de classificação de animais, vegetais e minerais que ainda hoje é parcialmente utilizado. O método consiste em recolher, por meio de uma exploração metódica e exaustiva, todos os objetos que compõem um domínio, analisando-os e classificando-os de acordo com um número finito de critérios simples (em botânica, por exemplo, a forma da folha, o número de pétalas e sépalas da flor etc.) para depois elaborar um quadro exaustivo e sinóptico de todos os elementos. E é a posição nesse ordenamento que dá sentido a cada um dos elementos representados no mesmo. Esse quadro exaustivo é o objetivo e o resultado da ciência que à época se chamava de « história natural », por referência ao método histórico, que é o nome dado a esse método sistemático. A palavra « história » não tinha de todo o significado que lhe é atribuído hoje, mas não demorará muito a adquiri-lo quando esse método for aplicado aos fatos do passado e, especialmente, ao tratamento sistemático dos documentos que contêm os seus vestígios. O método histórico aplica-se não só a objetos naturais, mas também a textos, tais como escrituras ou livros de direito. Espinosa codificou o método aplicando-o à Bíblia no seu Tratado teológico-político (1670)²⁵. Vinte anos mais tarde, Domat dará uma realização muito mais bem sucedida e sistemática [do método histórico] no domínio do direito francês. O primeiro passo é determinar um corpus completo (as quatro espécies de livros de Domat), que delimita o campo de investigação, e depois extrair os diferentes elementos, ou seja, não mais frases, mas regras, para os classificar na sua ordem natural, ou seja, na ordem da razão, e não pelo acaso de encontros ou compilações, segundo assuntos, partindo do mais geral para o mais particular. O conjunto assim reformulado deve ser representado numa única grande mesa sinóptica, como Leibniz tentará fazer em várias ocasiões, utilizando material da lei romana ou germânica²⁶. Esse quadro, ou melhor dizendo, esse belo edifício simétrico sobre o qual Domat nos fala não é mais do que a ordem jurídica como o objetivo e produto da ciência moderna do direito positivo.

2. Pensar o direito na desordem

Aqueles que subscrevem essas análises são conduzidos a concluir que o conceito de ordem jurídica está historicamente situado. Nos tempos modernos, nasceu da aplicação precoce do modelo geométrico da nova

24. Cf. Cassirer (1966).

25. Cf. Spinoza (2003), em particular o capítulo 7, onde enuncia as regras do método histórico, considerado como o ancestral da crítica histórica.

26. Cf. Leibniz (1994).

A ordem jurídica: um conceito historicamente situado

filosofia ao direito; e mais precisamente, no que diz respeito ao direito positivo, da implementação do método histórico.

Se essa tese estiver correta, falar de uma ordem jurídica medieval é um anacronismo e, portanto, uma contradição em termos da história das ideias. Isto não significa, contudo, que a ordem jurídica, uma vez que é considerada uma descoberta e um avanço na ciência do direito moderno, não possa ser utilizada transistoricamente, como Michel Troper propôs no seu debate com François Furet²⁷. A ordem é considerada nesse caso como um instrumento da panóplia à disposição do historiador jurídico, cuja utilização depende do seu caráter « operativo », para utilizar o critério proposto por Michel Troper²⁸.

Outra coisa é considerar, como fazem Kelsen e muitos dos seus seguidores, que o recurso ao meta-conceito do sistema é a condição necessária e a-histórica da ciência do direito, de modo que qualquer abordagem que não se enquadre nessa ordem deve ser considerada como não cientificamente válida.

Essa posição radical foi o tema de uma grande controvérsia na teoria jurídica do século XX, em particular entre a escola do positivismo jurídico de Viena e a escola de Bruxelas e o movimento da Nova Retórica²⁹. Numa conferência que proferiu na Faculdade de Direito de Paris em 1969, Perelman criticou as posições de Kelsen, mas também as posições de Hart, em termos bastante duros:

Quaisquer que sejam as concepções metódicas de positivismo jurídico ou teorias que prolongam a filosofia analítica, o que se pode exigir de qualquer ciência digna desse nome é que ela não distorça o seu objeto, sob o pretexto de a estudar de uma forma científica³⁰.

Perelman e os seus amigos de Bruxelas, de acordo sobre esse ponto com Villey, relativizam o alcance da ordem ou sistema jurídico, cuja primazia absoluta imposta pelos Modernos contestam, para voltar a

27. Cf. Troper (1992) e Furet (1992).

28. Troper (1992, p. 1182).

29. Georges Cornil (1935), assim que a primeira edição da Teoria pura do direito foi publicada, dela fez uma resenha muito severa que dá o tom para a dura e duradoura oposição entre as duas escolas: « com prazer, diria com o Sr. Dupréel (Morale, p. 168): “a lógica impõe-se às nossas crenças, mas não à nossa atividade”. E a lei é, no entanto, apenas um meio de regular a nossa atividade. Assim, confessarei sem hesitação que uma construção mental que, para apresentar uma disposição lógica aceitável, sacrifica a verdade da ordem histórica, parece-me ser de um positivismo singularmente frágil ». Sobre o debate entre Kelsen e Perelman, cf. o artigo diversas vezes reproduzido « Kelsen e Perlman » de Norberto Bobbio (1992). Sobre o mesmo assunto, Brunet (2012).

30. Perelman (1990, p. 490).

Benoit Frydman

estudos de caso que realçam o carácter conflituoso e argumentativo, mas também aberto e dinâmico, do direito, como é especialmente revelado na prática judicial³¹. Essa contestação à primazia da ordem e à concepção lógica do direito é, de fato, já central na viragem sociológica que afetou o direito e a razão jurídica a partir do final do século XIX. Para o sociólogo jurídico alemão Ehrlich, a ordem jurídica é, em última análise, apenas uma das dimensões da concepção «estato-cêntrica», que ele descreve como «vulgar», segundo a qual a lei emana inteiramente do Estado e flui de um nível do sistema institucional para outro, algo como uma fonte de champanhe, a fim de saciar a sede de justiça e a necessidade de ordem social³². Trata-se, para Ehrlich, tal como para os seus amigos, de mostrar, ao contrário, a imagem de um «direito vivo» que brota da sociedade por meio da cooperação e dos conflitos que a atravessam e constituem. Kelsen, por isso, atacou fortemente Ehrlich, e foi em reação à virada sociológica que concebeu a sua Teoria pura do direito purificada de toda e qualquer relação com os contextos políticos, económicos e sociais em que as normas se encontram mergulhadas. Além disso, no movimento liderado pelo seu precursor Rudolph von Jhering, os defensores da virada sociológica, seguidos pelos defensores da análise crítica do direito, não deixaram de denunciar a função ideológica da ordem jurídica. A ideia tranquilizadora de um sistema lógico e coerente de regras legitima o Estado e o seu direito [positivo], obscurecendo as suas contradições e, sobretudo, a luta permanente entre grupos de interesse opostos, como [a que se dá entre] os burgueses e os proletários, para que os seus interesses sejam reconhecidos e protegidos pela lei³³.

Esse debate não é de forma alguma específico da teoria jurídica e sociologia alemã. Ao mesmo tempo, também se estabeleceu nos Estados Unidos, na Bélgica e na França, de forma particular³⁴. Assim, a Escola da Livre Pesquisa Científica, [François] Gény em particular, é menos crítica do método de interpretação da escola de exegese, quando olhada de perto, do que do modelo lógico-racionalista do sistema jurídico coerente e completo, quando não ataca aquilo a que chama «o método tradicional»³⁵. Pretende dessa forma dar aos juizes maior latitude para arbitrar, novamente de forma «científica», os conflitos de interesses e valores que dividem e opõem os indivíduos e grupos sociais por intermédio do método de equilíbrio de interesses. Sabemos qual foi o resultado desse debate na França e onde os conceitos normativistas triunfaram de forma duradoura. A abordagem sociológica foi marginalizada ou pelo menos mantida em isolamento como uma disciplina separada, fora da ciência do direito e do seu método. Nos Estados

31. Perelman (1979).

32. Cf. Ehrlich (1913).

33. Cf. Von Jhering (2009).

34. Cf. Frydman (2011, § 205).

35. Cf. Gény (1919, §§ 62 e 96); Frydman (2011, § 223).

A ordem jurídica: um conceito historicamente situado

Unidos, contrariamente, onde a abordagem pragmática do direito nos seus contextos sociológicos, econômicos e políticos se tornou a norma, o sistema jurídico tornou-se, mesmo para John Dewey, um simples instrumento de trabalho, cuja utilização está subordinada à solução econômica e eficiente de casos individuais³⁶. Até agora, o resultado disso foram diversas maneiras completamente distintas de abordar ou não abordar certos desenvolvimentos contemporâneos, tais como as consequências da globalização sobre o direito. Para aqueles que continuam a subscrever o paradigma da ordem, não se pode lidar «cientificamente» com o direito mundial, por falta de uma ordem jurídica global, pelo que se deve limitar ou ao estudo clássico da ordem jurídica internacional, ou seja, interestatal, ou às relações entre as diferentes ordens jurídicas dos mesmos ou diferentes níveis que coexistem no planeta, ou esperar pelo triunfo do Estado mundial, que imporá a sua própria ordem jurídica. Como parte de um trabalho coletivo dedicado especificamente à «ciência do direito na globalização», desafiei essas diferentes posições e propus para o estudo das normas jurídicas a nível global o abandono puro e simples do conceito de ordem jurídica, que é totalmente inadequado para lidar com a desordem pletórica que atualmente caracteriza a luta global pelo direito³⁷. Pouco surpreendentemente, essa posição foi severamente criticada pelo meu amigo Otto Pfersmann, prolongando assim, num novo episódio, a longa disputa entre pragmáticos de «Bruxelas» e analistas «vienenses». Não há dúvida de que Otto Pfersmann vê a minha proposta como uma forma extrema do «juriglobalismo incoerente» que ele estigmatiza na sua contribuição. Nele expõe as condições pelas quais o direito mundial pode ser pensado de uma forma cientificamente correta no quadro de

36. Cf. Dewey (1924, pp. 17 e ss.).

37. Frydman (2012, pp. 23-24): «a nossa opção metodológica [...] não consiste em substituir o monismo pelo pluralismo, a ordem jurídica única pela pluralidade de ordens, mas sim em dispensar pura e simplesmente o conceito de ordem jurídica, a fim de considerar imediatamente as normas jurídicas e as interações entre os atores como tais, independentemente da ordem ou ordens em que estão ou não incluídos. Compreendo que essa escolha levantará objeções fundamentais em termos de teoria jurídica e será considerada por muitos como absurda. De fato, é geralmente ensinado que uma norma não pode existir isoladamente, que apenas adquire significado e efeito dentro de um conjunto ou sistema de normas, uma ordem normativa preexistente à qual a norma necessariamente adere. Além disso, muitas pessoas acreditam que a interação entre agentes só pode ser normativa, a fortiori jurídica, referindo-se a uma determinada ordem jurídica pré-estabelecida [...]. Por que devemos então escolher essa opção radical? Por uma razão simples e convincente aos olhos de um pragmático: porque os fenômenos e objetos que observamos na prática no-lo impõe. Na maioria das vezes, os casos, instrumentos e mecanismos que estudamos nos nossos vários projetos globais, ou atravessam as fronteiras dos sistemas jurídicos estabelecidos, ou estão fora deles, ou tomam emprestados os seus instrumentos de múltiplos sistemas jurídicos. É tão assim que uma navalha de Occam razoavelmente afiada leva a não supor ordem onde, por todos os motivos, não existe nenhuma. Por outras palavras, o conceito outrora tão necessário de ordem jurídica, tal como foi criado no século XVII, pareceu-nos mais um obstáculo, um ecrã, do que uma ajuda ou um instrumento para apreender e compreender a emergência de uma normatividade global e, por isso, pareceu-nos apropriado e urgente nos desprendermos dele».

Benoit Frydman

um sistema monista revisitado³⁸. Em conclusão, a ordem jurídica nem sempre existiu, e é provável que nem sempre exista, pelo menos com o estatuto dominante, se não exclusivo, que a razão jurídica moderna lhe conferiu. Ela é hoje um paradigma em crise, no sentido de Thomas Kuhn³⁹, na medida em que já não oferece aos profissionais do direito, ou mesmo uma parte crescente da doutrina e dos investigadores, uma representação do direito de acordo com a percepção que têm, nem uma ferramenta fiável para resolver os problemas que eles enfrentam em seus trabalhos.

Em última análise, o paradigma da ordem jurídica é, no sentido literal, apenas uma visão da mente. A perspectiva macroscópica e sistemática que oferece pode ser inestimável para apreender, aprender ou ordenar um conjunto proliferante e complicado de regras legais, ou para determinar qual regra se aplica num determinado momento e lugar a uma determinada situação. Mas toda perspectiva tem os seus pontos cegos, e a leitura seletiva da ordem jurídica obscurece outras dimensões que não são menos importantes para a compreensão e para a prática do direito, tais como os conflitos e tensões que permeiam a lei ou os fatores que influenciam a sua evolução e transformação ao longo do tempo. Estas dimensões são também de interesse primordial para o historiador do direito. A ordem jurídica é uma ferramenta entre outras na panóplia do jurista. A decisão de fazer ou não uso dela depende essencialmente do tema da investigação e do interesse do conhecimento que se persegue. Não é suficiente para todas as tarefas, e muitas vezes exigirá a utilização de outras ferramentas analíticas mais adequadas às tarefas em questão. Quanto a nós, não hesitaremos em tomar o martelo da filosofia para desfazer o ídolo da ordem jurídica sempre que se revele necessário. Para que a ciência do direito perceba o quanto a estatura imponente da ordem obstruiu o seu ponto de vista e para lhe permitir compreender-se plenamente.

Referências

Barbeyrac, J. (1740). Préface. In: Pufendorf, S. *Le droit de la nature et des gens*. Nours.

Bobbio, N. (1992). Kelsen e Perelman. In: Bobbio, N., *Diritto e Potere*, (pp. 161-174). Ed. Scientifiche italiane.

Brunet, P. (2012). Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation. In Frydman, B. & Meyer, M (Eds.), *Chaim Perelman: de la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, (pp. 189-202). Presses Universitaires de France.

38. Cf. Pfersmann (2012).

39. Cf. Kuhn (1983).

A ordem jurídica: um conceito historicamente situado

Cassirer, E. (1966). La philosophie des lumières. Fayard.

Cornil, G. (1935). Notice Bibliographique: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik. In Revue de Droit International et de Législation Comparée, 199-202.

Dewey, J. (1924). Logical Method and Law. In Cornell Law Quartely, 10, 17-27.

Domat, J. (2014) Les loix civiles dans leur ordre naturel. In: civilistica.com, v. 3, n. 2, 1-386.

Domat, J. (2002). Traité des lois. Presses Universitaires de Caen.

Dufour, A. (1991). Droits de l'homme, droit naturel et histoire. Presses universitaires de France.

Ehrlich, E. (1913). Fondation de la sociologie du droit.

Feltrin, P & Rossini, M. (1992). Verità in questione: il problema del metodo in diritto e teologia nel xii secolo. Lubriana.

Foucault, M. (1966). Les mots et les choses. Gallimard.

Furet, F. Concepts juridiques et conjuncture révolutionnaire. In Annales. Économies, Sociétés, Civilisations, n. 6, 1185-1194.

Frydman, B. (2012). Comment penser le droit global?. In J-Y. Chérot & B. Frydman (Eds.), La science du droit dans la mondialisation, (pp. 14-48). Bruylant.

Frydman, B. (2011). Le sens des lois: Histoire de l'interprétation et de la raison juridique (3^a edição). Bruylant.

Gény, F. (1919). Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (2^a edição). LGDF.

Grotius, H. (1950). De iure predae commentarius: Commentary on the law of prize and booty. Cumberlege.

Hart, H. L. A. (1961) The Concept of Law. Clarendon Press.

Kelsen, H. (1999). Théorie pure du droit. Bruylant-LGDJ.

Kuhn, T. (1983) La Structure des révolutions scientifiques (2^a edição). Flammarion.

Leibniz, G. (1994). Le droit de la raison. Vrin.

Benoit Frydman

Pascal, B. (2011). *Pensées*. Classiques Garnier.

Perelman, Ch. (1984). À propos de l'idée d'un système juridique, In *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*. (pp. 68-74). LGDF.

Perelman, Ch. (1979). *Logique juridique. La nouvelle rhétorique* (2^a edição). Dalloz.

Pfersmann, O. (2012). In J-Y. Chérot & B. Frydman (Eds.), *La science du droit dans la mondialisation*, (pp. 62-87). Bruylant.

Strauss, L. (1954). *Droit naturel et histoire*. Plon.

Spinoza, B. (1670). *Tractatus theologico-politicus*.

Troper, M. (1992). Sur l'usage des concepts juridiques en histoire. In *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n. 6, 1171-1183.

Villey, M. (1965). *Cours d'histoire de la philosophie du droit. Les Cours de Droit*.

Von Ihering, R. (1890). *La Lutte pour le droit*. Maresq Aîné.