

## A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA HISTÓRIA DO DIREITO E AS TENDÊNCIAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

*Marcus Vinícius Ribeiro*<sup>1</sup>

### 1. Direito

Direito é difícil de ser definido, até porque não é uma expressão unívoca, possuindo várias acepções. Com efeito, em suas diversas significações, ora a expressão é usada com sentido de norma, ora como faculdade, por vezes como sinônimo de justo, como fato social ou, ainda, como ciência.<sup>2</sup>

Neste passo, enquanto lei ou norma, direito é o conjunto de preceitos e regras, cuja observância pode se obrigar alguém mediante uma coerção exterior ou física.<sup>3</sup>

Por sua vez, direito sob o aspecto de fato social é definido por Gurvitch como "uma tentativa de realizar, num dado meio social, a ideia de justiça, através de um sistema de normas imperativo-atributivas".<sup>4</sup>

No sentido de justo, direito é empregado como aquilo que é devido ou que está em conformidade com a justiça e, no sentido de faculdade, como o poder moral de fazer, exigir ou possuir algo.

Para Miguel Reale, direito é o "conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um" dos membros da comunidade.<sup>5</sup>

Conforme adverte Louis Assieer-Andieu<sup>6</sup>, "O direito é uma realidade social. É um comportamento das atividades humanas marcado, como todas as atividades humanas, pela cultura e pelas formas de organização de cada sociedade. Mas é realidade singular. Ele é a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela,

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Defensor Público do Estado de São Paulo, professor do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta) e das Faculdades Drummond.

<sup>2</sup> Cf. André Franco MONTORO, *Introdução à ciência do direito*, p. 33-34.

<sup>3</sup> Cf. V. AUBY e C. RAU, "*Cours de Droit Civil Français*" *apud* André Franco Montoro, *Introdução à Ciência do Direito*, 1995, p. 34.

<sup>4</sup> *Apud* André Franco MONTORO, *ob. cit.* p. 40.

<sup>5</sup> Miguel REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 1988, p. 1.

<sup>6</sup> Louis ANSIEER-ANDIEU, *O Direito nas sociedades humanas*, p. XI.

um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos".

É bem verdade, frise-se, que o direito de cada Estado não foi criado de um dia para o outro, pois é a consequência de uma evolução secular. "Costuma-se distinguir, por um lado, os direitos romanistas e os que lhe são aparentados, o *common law* e os direitos socialistas dos países de tendência comunista; e por outro os numerosos sistemas jurídicos que existem noutros lugares do mundo, sobretudo direito muçulmano, hindu, chinês e africano".<sup>7</sup>

Os direitos romanistas são os que sofreram forte influência do direito romano. Quase a totalidade dos países europeus, salvo os países britânicos e os da Europa Oriental de influência comunista, pertencem à família romanista. Os países da América Latina e os demais colonizados pela Espanha, Portugal ou França também possuem tal influência. Por seu turno o sistema da *commow law* surgiu na Inglaterra cuja fonte principal é a jurisprudência e o precedente judiciário (e não a lei escrita, como é o caso do primeiro grupo mencionado).

De outra parte, no direito muçulmano e direito hindu a distinção entre direito e religião é quase nula. O que muda em ambos é, principalmente, o texto sagrado em que cada um se fundamenta. Por fim, o direito chinês tradicional tinha apenas um papel secundário na sociedade, pois o essencial eram as regras morais de convivência, decência e harmonia, apesar de atualmente possuir certa influência do direito soviético e europeu.<sup>8</sup>

## 2. História do Direito

O Direito é mutável e provisório, pois depende da realidade social de cada época e de cada lugar. Devido a isto ele está em constante alteração. Estudar sua história, assim, faz com que se possa entender sua fase atual e projetar futuras mudanças. As normas criadas em cada sociedade para regular as relações interpessoais nascem de um

---

<sup>7</sup> John GILISSEN. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 19.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 19-24.

conjunto complexo de fatos sociais e, portanto, a ordem jurídica deve ser ponderada conforme a realidade social e o histórico que deu origem a ela.

Ademais, conforme afirma Eloy Chinoy<sup>9</sup>, “o confronto sistemático de diferentes sociedades passadas e presentes, proporciona não só a base de hipóteses sugestivas senão também os elementos para comprová-las”.

Quando é aprofundado o exame de determinado instituto jurídico ou de certa área do direito, algumas vezes, percebe-se que a história, mais do que a lógica ou a teoria, é a única capaz de trazer a explicação buscada.

Neste caminho, a sociedade, de uma maneira ou de outra, sempre possuiu alguma forma de organização: por meio de normas costumeiras ou por leis escritas, sejam impostas pela força ou aceitas voluntariamente. O direito, então, pode ser entendido como o meio de organização da sociedade.

Antes do aparecimento da escrita e, conseqüentemente, dos registros históricos sabe-se muito pouco. No entanto, acredita-se que muitas instituições civis já existiam, especialmente o casamento, o poder familiar, a propriedade (mobiliária), a sucessão e diversos contratos (a doação, o empréstimo e a troca).<sup>10</sup>

### **3. Tendências do Direito contemporâneo**

Na atualidade podem ser percebidas algumas tendências. Com efeito, houve uma aproximação do Direito com outras áreas do saber, em especial com a filosofia, sociologia, ética e ciência política. Além, disto, ocorreu uma constitucionalização do Direito, em que a Constituição passou a incorporar valores, conceitos e princípios de todo o ordenamento jurídico, que antes eram deixados para outros ramos do direito.

Além disto, há menor apego ao formalismo e a dignidade humana passou a ser o cerne do Direito contemporâneo.

<sup>9</sup> Ensaio de Sociologia, p. 172, *apud* Aloísio Gavazzoni, “*História do Direito*”, p. 24.

<sup>10</sup> Cf. John GILISSEN. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 31.

Neste caminho, em uma visão pós-positivista, metodologicamente, o direito deve ser visto como um sistema normativo aberto que contém princípios e regras. Tais normas se completam no momento da respectiva interpretação e aplicação.<sup>11</sup>

Com efeito, o termo "princípio" tem mais de um significado: pode ser o início de algo ou os valores em alguma coisa se funda. No Direito, os princípios tanto são os valores superiores que o ordenamento jurídico se baseia, quanto o ponto de partida do mesmo, ou seja, as regras devem ser fundadas nos princípios e eles, paradoxalmente, são extraídos da repetição das ideias contidas nas próprias regras de todo o ordenamento jurídico.

Princípios, então, "são ordenações que irradiam e emanam os sistemas de normas".<sup>12</sup> Por isto, os princípios constituem-se critérios objetivos no processo de interpretação e aplicação do direito, além de sua utilidade no processo de suprimento das lacunas legais.

Eles repercutem em todo ordenamento positivo. São identificados pela doutrina quando esta se propõe a estudar e organizar e o ordenamento jurídico. Neste passo, ao identificar os valores principais que o Direito busca proteger, são formulados conceitos e identificados princípios, ou seja, os valores superiores que se repetem e que as regras de proteção partem e se fundamentam.

O legislador, ao editar novas leis, baseia-se nos conceitos formulados pela doutrina e os princípios retornam à legislação, às vezes de forma expressa, em outras de maneira implícita. A lei, assim, incorpora os princípios enquanto que a jurisprudência e o costume fazem deles seus argumentos principais. Assim sendo, forma-se uma verdadeira microfísica em que os valores fundamentais, expressados nos princípios, são ao mesmo tempo, a fonte e o ideal a ser atingido pelo sistema jurídico.

Os princípios formam-se quando a doutrina, ao estudar o sistema jurídico, identifica certos valores cuja proteção se repetem com certa frequência. Pode-se afirmar que, remotamente, todos os princípios decorrem de um valor fundamental: a dignidade da pessoa humana. Isto porque, o direito só existe em função do homem e para que o ser humano possa viver em paz na sociedade. Em decorrência deste valor fundamental

<sup>11</sup> *Teoria da Norma Jurídica*, p. 72-73.

<sup>12</sup> José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 85.

surtem outros princípios básicos como os da liberdade, igualdade e justiça. Os demais podem ser considerados decorrência destes.

Na complexa subdivisão de princípios identificados ou identificáveis percebem-se casos em que eles somente possuem ligação de forma remota e alguns chegam a ser contraditórios. Somente com cessões mútuas é que se chega ao verdadeiro objetivo do ordenamento jurídico, que é o da proteção da dignidade da pessoa humana. Desse modo, remotamente, todos os princípios têm a mesma origem e meta a ser atingida.

Conforme expõe Walter Claudius Rotenburg, "os princípios são dotados de alto grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação".<sup>13</sup>

Os princípios são dotados de ampla carga valorativa e, por serem mais abstratos, se aplicam a um número indeterminado de situações. Ao contrário, nas regras, em que pese também possuírem certa carga de valores, ela não é tão intensa. Isto porque as regras são mais específicas e as hipóteses de aplicação são mais facilmente identificáveis.

Existem princípios expressos na legislação (especialmente na Constituição) e outros implícitos, que são extraídos de todo contexto do ordenamento. Quanto à eficácia, é irrelevante se eles são expressos ou implícitos.

Nas regras ocorre a lógica do "tudo ou nada", ou seja: ou a regra é aplicável ou não. Não podem existir regras contraditórias. Neste caso, ocorrerá uma antinomia e uma delas será considerada inválida.

Ao contrário, a convivência dos princípios é necessariamente conflituosa, eles coexistem e, no conflito aparente entre eles, deve ser examinada a importância de cada bem jurídico posto em jogo para ser determinado até onde cada um irá ceder, sem descaracterizar totalmente o outro.

Destarte, a proporcionalidade aparece como um método para solucionar aparentes conflitos entre princípios. Em princípios não ocorrem antinomias. Não se discute a validade deles, mas seu peso no caso concreto. Alguns autores identificam a proporcionalidade como um princípio implícito no sistema jurídico. Porém, a entendê-la como princípio implicaria aceitar também sua relativização, pois não existem princípios

---

<sup>13</sup> *Princípios Constitucionais*, p. 17.

absolutos. Destarte, melhor considerá-la como método de aplicação do direito. Assim, ela não sofrerá restrições.

Alguns autores pretendem diferenciar valores fundamentais e princípios gerais do direito. Sem embargo, Florez-Valdez, identifica ambas as expressões como sinônimas e as utiliza indistintamente.<sup>14</sup>

Isto porque, princípios são os valores superiores (meta, fim) e ponto de partida de onde se origina o ordenamento jurídico. Princípios gerais do direito são as ideias fundamentais em que este se baseia. No passado, com posicionamentos extremamente positivistas, defendia-se que os princípios gerais do direito eram fonte subsidiária do ordenamento jurídico e, por isto, havia razão em uma diferenciação. Porém, com uma visão intermediária entre o *jusnaturalismo* e positivismo, os princípios, mesmo nem sempre apresentando estrutura de normas jurídicas, ao mesmo tempo que identificam os valores fundamentais que a legislação deve se fundar e obedecer, também servem como instrumento e diretriz na interpretação e orientação dos casos duvidosos.

O que se busca, ao determinar os princípios gerais do direito, é localizar aquelas ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica. A respeito, tais valores, são: a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade da pessoa humana. Dentre estes, a dignidade da pessoa humana ocupa posição principal e os demais são decorrência desta concepção. Mas, a dignidade da pessoa humana não é mero reflexo do ordenamento jurídico, tem uma existência prévia a ele.<sup>15</sup>

Frise-se: Todos os princípios e valores protegidos pelo direito, ao menos remotamente, derivam da dignidade da pessoa humana, que é a ideia principal e informadora de toda organização jurídica. Isto porque o direito só existe para o homem e em função dele, sendo que este o criou para possibilitar o convívio harmônico dos indivíduos em sociedade.

No Direito não existem valores absolutos e mesmo os mais importantes, às vezes, devem ceder para não atingir outros igualmente protegidos. Neste passo, em determinadas situações liberdade de uns deve ser restringida para que não afete 'a dos demais. Por sua vez, em certos casos, pessoas desiguais devem ser tratadas

---

<sup>14</sup> Joaquim Arce FLOREZ-VALDEZ. "*Los Principios generales del Derecho y su formulacion constitucional*", p. 93 e ss.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

desigualmente para garantir maior equilíbrio. Assim sendo, a justiça pode ser considerada o meio termo, o ponto de equilíbrio entre a igualdade e a liberdade.

#### **4. A dignidade da pessoa humana como fundamento do direito**

Kant já considerava o homem como um fim e si mesmo. Isto porque, o ser humano é dotado de racionalidade e "os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque sua natureza os distingue já como fins em si mesmo, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)".<sup>16</sup>

Assim, dignidade é uma "qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim deveriam) em meta permanente da humanidade e do Estado de Direito".<sup>17</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana é difícil de ser definido, pois o conteúdo de sua noção é vago, aberto e reclama constante concretização. Embora todos tenham uma ideia implícita do que é considerado dignidade para uma pessoa, ainda assim, persiste a dificuldade de explicitar tal noção.<sup>18</sup>

Ana Paula de Barcelos desenvolve uma teoria que compreende o estabelecimento do "consenso mínimo" do conteúdo de tal princípio. Com efeito, o "mínimo existencial" de tal princípio "compreende quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça".<sup>19</sup>

A dignidade da pessoa humana deve ser considerada atingida sempre que o

<sup>16</sup> Apud Ingo Wolfgang SARLET, "A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais", p.33.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 40

<sup>19</sup> "A eficácia Jurídica dos princípios fundamentais - O princípio da dignidade da pessoa humana", p. 258 e ss.

homem for rebaixado a condição de objeto, tratado como uma coisa, sendo desconsiderado como sujeito de direitos.

## 5. Conclusão

Diante do exposto, impõe-se observar que o estudo da história do direito é importante para conhecer a organização da sociedade e entender como se chegou à situação atual. Aliás, a história do direito, é a própria história da sociedade.

Além disto, é possível projetar futuras possibilidades de mudanças e entender que a situação atual não será eterna, nem o fim da história. A sociedade está em constante modificação. Os acontecimentos sociais vão influenciar a forma de organização da sociedade, vale dizer: o Direito. Assim sendo, para ele ser entendido deve ser feito um estudo dos valores existentes em cada época e contextualizar a legislação existente com um estudo histórico.

Na atualidade, não basta um estudo puro da lei e do ordenamento jurídico. O Direito se aproximou da filosofia, da sociologia, da ética, da ciência política e da história.

Na sociedade pós-globalização, o Estado ocupa o papel de regular as atividades privadas, seja proibindo certas atividades danosas à sociedade, seja estabelecendo limites à atuação particular.

Com a Constituição incorporando valores do direito privado e o direito privado sendo influenciado pelo direito público, houve diminuição na importância da divisão estanque entre os ramos jurídicos. O estudo do Direito na pós-modernidade deve se desapegar do formalismo, considerar outras áreas do saber para formular suas conclusões e, acima de tudo, ter na dignidade da pessoa humana a verdadeira razão do direito existir.

## Referências:

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.



ANSIER-ANDIEU, Louis, *O Direito nas sociedades humanas*. Tradução Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6<sup>a</sup> e., Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

\_\_\_\_\_. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6<sup>a</sup> e, Coimbra: Almedina, 1993.

CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DUWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 2002.

FACHIN, Luis Edson. *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução para o espanhol de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Reviste de Derecho Privado. 1969.

FLOREZ-VALDEZ, Joaquim Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulacion constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Microfísica do poder*. 16<sup>a</sup>. e., Rio de Janeiro: Graal, 2001.

\_\_\_\_\_. *A Verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro:

GAVAZZONI, Aluisio. *História do Direito, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005*.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

JEANNEAU, Benoit, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Paris: Dalloz, 1978.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENTZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução José Lamego. 3<sup>a</sup> e., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução para o espanhol Alfredo G. Anabitarte, 2<sup>a</sup> e., Barcelona: Ariel, 1983.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História, São Paulo: Atlas, 2008*.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1993.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 23<sup>a</sup>. e., São Paulo: RT, 1995.

MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e os tratados internacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4<sup>a</sup> e., São Paulo: Saraiva, 1988.

- \_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e fundamentais*. 2. ed. Campinas: Russell, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos*, São Paulo: Montecristo, 2011.
- \_\_\_\_\_. *História do Direito*, Charlesrton-EUA:CreateSpace, 2011.
- ROUSSEAU, Dominique. *Les libertes individuelles et la dignité de la persone humaine*. Paris: Montchrestien, 1998.
- ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*, 2ª. Edição, São Paulo: Cortez, 2008.
- SARLET, Ingo Wofgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª e., São Paulo: Malheiros, 1992.
- TELLES JÚNIOR. Goffredo. *Iniciação na ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- WEBER, Max. *Conceitos sociológicos fundamentais*. Lisboa: Edições 79, 1997.