

Um rápido curso na História da Humanidade e na História do Direito



Murilo Alves de Carvalho

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Público, Penal, Processual Penal e Direito Penal Econômico, Civil e Processo Civil, Ambiental e Internacional pela Universidade Leonardo da Vinci. Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo.

RESUMO: O presente trabalho buscará apresentar a evolução do Direito ao lado da evolução do homem e das sociedades mais proeminentes em que viveu, desde a Pré-história até os acontecimentos mais recentes da Era Contemporânea. Muitos dos equipamentos jurídicos que hoje parecem usuais no manejo forense e acadêmico têm suas origens desconhecidas pela grande maioria dos profissionais do Direito. A aplicação de um instituto jurídico em uma petição, um recurso, uma oratória, uma sentença, sabendo da sua origem e finalidade, torna muito mais efetiva a ação do profissional, do acadêmico ou do simples cidadão, na hora de clamar por seus direitos.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito. Evolução do Direito. Princípios do Direito. Direito Romano. Direito Canônico. *Common Law*. *Civil Law*.

SUMÁRIO: Introdução. Os primórdios do homem. Os primeiros grupos sociais na Idade Antiga. A evolução do pensamento na Grécia Antiga. O Direito e a Civilização Romana. O surgimento do Cristianismo e a Idade Média. O fim da Idade Média e a Idade Moderna. A Idade Contemporânea. Do niilismo jurídico ao pós-positivismo. A Era dos Direitos e a (re)valorização dos princípios jurídicos. Conclusão. Referências.

Introdução

Hodiernamente, observamos a atuação e o manejo do Direito como se fosse umbilicalmente ligado a toda e qualquer relação moderna, jurídica ou humana, política ou social. Basta ligarmos a televisão, e nos deparamos com notícias de pedidos de *habeas corpus* preventivo, de pedidos de manutenção (ou subtração) do silêncio de acusados em homenagem à vedação à autoincriminação, de pedidos de tributação de igrejas e cultos diversos.

Tal ferramental jurídico, obviamente, não nasceu pronto. Em verdade, é uma construção que se iniciou a partir de uma necessidade, depois evoluiu para ideias e debates. Passou por diversas lapidações históricas, injustiças e revoluções, e hoje se consubstancia no que entendemos por Direito. E, ainda que experimentemos ao menos duas correntes jurídicas relevantes – conhecidas como *Common Law* e *Civil Law* – e, com efeito, cada uma com suas peculiaridades, não raras vezes, a origem dos institutos jurídicos é comum, embora resolvidos de maneiras diferentes.

A apreciação do confronto da História com o Direito não é tema novo e suscita diversas questões. Se a vida é finalidade ou fim, se as religiões explicam os institutos ou apenas os justificam, se o processo evolutivo não pode vir a ser, de fato, a repetição e outros processos anteriores, exitosos, mas em épocas diferentes da humanidade. Já indagava Fábio Konder Comparato:

Mas se assim é, não se pode deixar de indagar: qual o rumo do processo evolutivo? A História nos mostra um aperfeiçoamento, ou uma degradação da humanidade no tempo? Dada a ambiguidade ética do ser humano, haveria no correr dos séculos uma intensificação da vida, ou, em sentido oposto, uma decadência fatal em direção da morte?¹

Com efeito, o estudo da evolução da História ao lado da evolução do Direito é possível? É conveniente? É útil? Repetir os preceitos jurídicos do passado conduz a um retrocesso ou uma evolução? Se por um lado cogitar trazer a lume preceitos do Direito Canônico pode soar totalmente fora de propósito para os dias atuais, não devemos nos esquecer de que o Renascimento foi à revisitação de ideias do passado para justificar os interesses burgueses do fim da Idade Média que, indiscutivelmente, foram de importância crucial para o abandono de uma sociedade rural, o crescimento das cidades e o avanço rumo à Era Contemporânea. Noutro giro, a título ilustrativo, todas as sociedades antigas relegavam às mulheres um papel secundário na sociedade. Algo que hodiernamente consideramos de forma uníssona como um absurdo, mas que estava em nosso Código Civil há apenas 15 anos atrás.

Para bem entendermos e plasmarmos os vetores que nortearam as ideias que hoje balizam o Direito e a justiça, imperativo se faz um mergulho fundo no passado, bem distante, para se ver dentro dos mais simplórios problemas, nas relações mais primitivas, como o homem os resolveu. E, a partir da solução aplicada, num crescente de ideias, como elas viajaram no tempo e hoje se instalaram no nosso ordenamento jurídico contemporâneo, permitindo o manejo da lei e do poder e, ao mesmo tempo, protegendo indivíduos. Não há como entender a justiça e o Direito, sem entender a História do Direito. Consoante o clichê que se tornou a frase dita por George Agustín Nicolás Ruiz de Santayana y Borrás, “Aqueles que não podem se lembrar do passado estão condenados a repeti-lo.”² Se é que, aqui ressaltamos, repetir o passado pode se constituir numa condenação.

Letras, 2006, p. 695.

1 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das

2 BORRAS, George Agustín Nicolás Ruiz de Santayana y. *A vida da razão*, 1905, v. I, p. 93.



Os primórdios do homem

Para aquele que tem uma curiosidade de saber como se iniciou a jornada do homem na terra – e também o primórdio das relações humanas –, existe uma passagem no cinema – considerado nossa “sétima arte” –, extremamente ilustrativa. Na introdução do filme “2001 – uma odisséia no espaço” (Stanley Kubrick/ Arthur C. Clark, 1968), são apresentadas cenas do homem, ainda um símio primitivo, defendendo-se, de forma selvagem e com pouco sucesso, do ataque de animais e de outros grupos de símios, mais similares ao que hoje denominaríamos cientificamente de *Australopithecus*. Até o momento em que, manejando ossos velhos, descobre que pode usá-los para a caça, como ferramenta, e para a defesa dos ataques de outros grupos sociais rivais.

Assim, é na Pré-história que o homem constatou que o pedaço de osso ou de madeira reta era mais eficiente do que o curvo, para se defender, para executar suas obras, etc. Surge a ideia de que o “direito” é melhor do que o “torto”. O pedaço, a liga reta e rígida, era mais eficiente, mais resistente, mais fácil

de manejar e até mais intimidador e eficaz contra os animais selvagens e os rivais do que o pedaço curvo e mole.

Pode-se dizer que daí deriva a própria expressão “direito”. Pesquisando etimologicamente a palavra, verifica-se que, embora o nome, som e grafia variem, seu significado, ontológico e axiológico, é basicamente o mesmo: o direito é o correto, é o que funciona, é o contrário do errado. Podemos extrair esta conclusão da simples observância da palavra e seu significado nos mais variados idiomas: no significado da palavra *destra*, no italiano, contrário ao sentido errado, *sinistra*; *right*, no idioma inglês, que da mesma forma se espalha para o sentido de direitos quando se tratando de bens intangíveis, com a palavra *rights*; e na palavra *pravda*; que em russo/eslavo tanto significa “a direita”, assim como significa “verdade”.

Dessa maneira, por instinto, o homem age tendo por fim, precipuamente, sua própria sobrevivência. E, por isto ocorrer em seu meio, o homem passou a observar também os outros grupos sociais e até mesmo o comportamento de grupos de animais, desde a forma de caça dos predadores, até o esforço das vítimas para sobreviver, fugindo de seus algozes. Esta observação é uma informação trabalhada pela inteligência do homem, que norteou o seu comportamento e o comportamento do grupo. Aloysio Ferraz Pereira, aponta com pertinência:

Ora, na consideração da natureza, assumem ao mesmo tempo atitude contemplativa e prática, científica e moral que, inseparáveis, concorrem de modo vital a situá-los no mundo, possibilitando, portanto, o que se poderia chamar a sua atitude filosófica.³

3 PEREIRA, Aloysio Ferraz. *História da filosofia do direito: das origens a Aristóteles*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 12.

De forma congruente e complementar a este pensamento, sustenta Miguel Reale, em sua obra *“Filosofia do direito”*:

O homem passou a filosofar no momento em que se viu cercado pelo problema e pelo mistério, adquirindo consciência de sua dignidade pensante. Não é preciso, pois, sentir-se tranquilamente ancorado em algum sistema de Filosofia, nem ser capaz de dizer em que ano escreveu Kant cada um de seus estudos, para se possuir atitude filosófica: esta é própria de quem saiba captar e renovar os problemas universais sobre o cosmos e sobre a vida, procurando satisfazer as exigências atuais, significantes por novos e por velhos problemas situados em diversos ciclos históricos-culturais.⁴

Com efeito, tem-se, neste embrião da civilização humana, o âmago do *Direito Natural*. Extraído da observação contemplativa da natureza, do manejo dos elementos ao alcance do homem e da necessidade de sobrevivência do homem. Dessa necessidade de sobrevivência, o homem repetiu rotinas, repetiu rituais, imitou seus líderes e fez surgir o que hoje denominamos como *costume*. Conforme salienta Mario Losano:

As necessidades e os medos modelam as ações do homem primitivo ou arcaico. Movendo-se num mundo para ele imprevisível, o homem tende a repetir constantemente os comportamentos que conseguem satisfazer suas exigências sem provocar-lhes danos, por ele interpretados frequentemente como reações de espíritos que animam a natureza. Tomam forma, assim, os costumes. Estes apresentam um elemento objetivo, que consiste na repetição de um certo comportamento, e um elemento subjetivo, que consiste em acreditar que seja bom adotar aquele comportamento.⁵

A partir da observação do reino animal, o homem concluiu que igualdade significa segurança; e desigualdade, a insegurança, de consequências desconhecidas. Constatou também que daquele conjunto de costumes praticados num grupo limitado de indivíduos, originaram-se os rituais. Daqueles sons guturais proferidos pelos indivíduos mais proeminentes naquelas relações sociais primitivas, foram se formando idiomas. A igualdade é relevante quando os grupos começaram a se comunicar, sempre em vista de um bem comum, ocasião em que, paulatinamente, estabeleceram-se relações de poder e de comando, de uns indivíduos sobre outros. Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

Nas sociedades primitivas, a finalidade global era imposta a todos pelas exigências próprias da evolução biológica: a preservação e o crescimento reprodutivo do grupo social. Mas, à medida que as sociedades evoluíram, a essa finalidade primária, ditada pela natureza, acrescentam-se outras, sempre dependentes da vontade humana: são escolhas ou decisões de poder, tomadas em função de valores vigentes no meio social, e também de determinados interesses, que podem ser próprios dos detentores do poder político, ou comuns a todos os membros do grupo social.⁶

E complementa Norberto Bobbio:

Encontrando-se num mundo hostil, tanto em face da natureza quanto em relação aos seus semelhantes, segundo a hipótese hobbesiana do *homo homini lupus*, o homem buscou reagir a essa dupla hostilidade inventando técnicas de sobrevivência com relação à primeira, e de defesa com relação à segunda. Estas últimas são representadas pelos sistemas de regras que reduzem os impulsos agressivos mediante penas, ou

4 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 6.

5 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 319.

6 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 23.

estimulam os impulsos de colaboração e de solidariedade através de prêmios.⁷

Do simples mimetismo – quando um líder age e é imitado, inclusive em seus gestos –, foram se estabelecendo regras sociais, a partir das quais os indivíduos mais proeminentes passaram a exercer o domínio sobre aqueles menos destacados, numa relação de comando e comandado. E em relação os fenômenos naturais, que aconteciam ao arrepio de uma lógica compreensível para aqueles indivíduos naquele momento da História, atribuíam-se suas ocorrências a uma vontade divina, divindade a qual apenas aquele líder, teria acesso, e cuja mensagem era: “obedeça ao comando”. Surgiram, assim, as primeiras sociedades organizadas da História.

Os primeiros grupos sociais na Idade Antiga

Com a evolução da sociedade – em virtude do bom manejo dos instrumentos de trabalho e de defesa pelo homem (estamos falando de um hiato de tempo não inferior a *13 mil anos*) –, formaram-se as primeiras sociedades organizadas: as Mesopotâmicas – neste conceito, englobadas a civilização Sumeria, Babilônica, Acadiana e Assíria –, todas na região hoje compreendida pela Turquia e pelo Iraque e, num período mais recente, a Persa. Ao lado de invenções relevantes como a roda e a escrita, deu-se a evolução do pensamento e da sociedade. Acerca deste período da História, menciona com pertinência Fábio Konder Comparato:

Assim é que, graças à grande extensão longitudinal do continente euroasiático, em contraste com a maior extensão latitudinal do continente africano e americano, as primeiras grandes invenções, originadas a partir do séc. VII a.C. na região do chamado Crescente Fértil (o vale formado entre os rios Tigre e Eufrates de onde surgiu a sua denominação

de Mesopotâmia) – a saber, a roda, a escrita silábica, a metalurgia, a ordenha do gado, o cultivo das árvores frutíferas, a cerveja e o vinho, espalharam-se em um tempo relativamente rápido a todo o continente, da Irlanda ao Japão, numa extensão de quase 13 mil quilômetros.⁸

Naquelas sociedades inaugurais, as características físicas semelhantes, aliadas à procriação entre os próximos, originaram as várias etnias sociais. O próprio meio ambiente – em especial o clima – contribuiu para esta igualdade física. No estudo daquelas sociedades, a palavra “igual” deve ser vista em todos os seus aspectos: igualdade existia dentro e fora do grupo, mas era maior dentro, e menor fora do grupo. Dentro, porque eram todos semelhantes etnologicamente, e a igualdade colocava-se em função do papel que cada indivíduo desempenhava na comunidade. Pois, à medida que o grupo crescia, se dividia em camadas sociais. Que, por sua vez e por conta da divisão de tarefas, geravam direitos e obrigações distintas, mesmo entre os iguais (sacerdotes, guerreiros, artesãos, etc.).

Nota-se que daí despontou o preconceito, o conceito prévio e negativo em relação ao estranho no grupo, nada mais do que um comportamento temeroso diante do diferente. Consequentemente, a solução era inferiorizá-lo. No passado, a identidade do grupo gerava um sentimento de reivindicação fundamental para o Direito. Havia uma reflexão sobre sacrifícios e benefícios, e estabeleciam-se padrões de ponderação. De forma que o sentimento de igualdade fazia com que se considerasse justo e direito, os benefícios apenas para os seus iguais. A igualdade levava a uma valoração do Direito. De maneira que aquele estranho ao grupo seria merecedor de *menos direitos*. Pensamento dentro do próprio ordenamento da época e do espaço a que fazemos referência, mas que, notória e indubitavel-

7 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 55.

8 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 30.

mente, espraia efeitos até os dias atuais.

Assim, as sociedades passaram a estabelecer um poder de mando, e o respectivo dever de obediência por parte dos súditos. No início, era uma autoridade absoluta, sucedida por uma hierarquia de entes; a complexidade de conflitos fez surgir uma complexidade de normas jurídicas. Isso foi cristalizando todo um entendimento do que deve ser ou não feito, e as sanções impostas. A princípio, eram sim sanções desmesuradas, e depois foi se limitando e adequando às relações sociais.

A Lei de Talião era um exemplo de Direito limitador, um Direito que tem o desiderato de resolver os conflitos *positivamente*. A partir do momento em que o Código de Hamurabi determinava “olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”, ou “aquele que construir uma casa cujo filho do proprietário morra em desabamento, terá por pena a morte do seu filho”, por mais brutal que pareça este ordenamento, já é um embrião de um Direito limitador. No passado, se um morria por causa de outrem, matar-se-ia toda a família deste outrem.

Ademais, depreende-se destas primeiras manifestações jurídicas o que hoje denominaríamos de “Estado Democrático de Direito”, ou seja, o Estado que se rege pelas próprias leis que o compõem. É o exercício de um poder de decidir nos termos em que a própria sociedade – o povo –, concordou e deu aval. Conclusão esta extraída sem dificuldades do próprio prefalado Código de Hamurabi, conforme frisa Moses Finley, considerando que, dentro de seu extenso preâmbulo, consta a seguinte afirmação:

Anu e Ilio, para a prosperidade do povo, me chamaram pelo nome de Hamurabi, o venerável príncipe temente a Deus, a fim de fazer surgir na Terra a justiça, destruir o mal e os perversos, evitar que os fortes oprimam os fracos.⁹

Desta forma, o Direito exercia as seguintes funções sociais: instrumental, à medida que se faz instrumento utilizado na sociedade para a resolução dos conflitos e para nortear negócios realizados entre particulares e entre particulares e o Estado; e definidor, estabelecendo o que é permitido, o que é tolerado e o que é vedado. Tem-se um comportamento proibido, um comportamento desejável, e tem-se também um comportamento obrigatório. Com norma, obriga, mas tem como componente dístico das normas sociais: o elemento sanção, a violência oficial e autorizada, que delimitava de forma impositiva a atuação da sociedade.

Entretanto, tal submissão irracional e injustificada a apenas uma fonte de poder e normativa foi repelida pela sociedade, paulatinamente consolidando-se a ideia de que um poder deve ser legitimado pela maioria, assim como as regras a serem seguidas. Chegou um momento em que a liderança percebeu a necessidade de *validar* um comportamento para ser tido como cogente. Quando isso ocorreu, entendeu-se que a norma era a vontade da maioria, ou ainda, a vontade de um poder aceito pela maioria. Isto é em verdade uma *necessidade* para se resolver os conflitos. A forma de como se procede à eleição dos valores norteadores da resolução de conflitos variou pelo tempo, ora pela força, ora pela desagregação e reunião dos grupos, ora (modernamente) pelo consenso da maioria. Tal como se verificou naquele novíssimo meio de gestão de conflitos, notório sobretudo nas cidades litorâneas do Mar Egeu, denominado *Demokratia*.

A evolução do pensamento na Grécia Antiga

Damos um salto deste período da chamada *Proto História*, até meados do fim daquele período histórico conhecido como *Idade do Ferro*, quando surgiram os primeiros pensamentos filosóficos em civilizações como a egípcia e, notadamente, a grega.

9 FINLEY, Moses. *O legado da Grécia - uma nova avaliação*. Brasília: UnB, 1998, p. 32.

Pode-se dizer que, naquele período de tempo compreendido entre a invasão dórica do Peloponeso, por volta de 1100 a.C., e a dominação romana, em 146 a.C. (curto, se comparado à Pré-história, em que relegamos mais de 20 mil anos do homem moderno nas cavernas), houve uma explosão de conhecimento e de saber que só poderia ser comparada, em termos de proporção, ao advento da impressão gráfica mecânica de Gutenberg, ou da *Internet*. Nas palavras de Aloysio Ferraz Pereira:

Todavia, das origens até o meado do V século antes de Cristo, os gregos vão viver o seu intenso milagre da criação, que os trouxe de um mundo egotista e místico até uma nova ideia de natureza, só possível quando iluminada pela liberdade, se construiu sobre a objetividade.¹⁰



Pelas relações sociais desenvolvidas pelo Ocidente, indubitavelmente a civilização grega foi a que mais espalhou sua influência. E, aqui, cabem algumas retificações oportunas: em verdade, não há falar-se em um “mundo grego”, ou uma “civilização grega”. Primeiramente, porque o nome “Grécia” foi atribuído pelos romanos em momento posterior à sua era relevante, para delimitar aquela

região geográfica (da mesma forma que o fez com a Gália, na região do que hoje constitui a França, e a Dácia, atual Romênia). E, em segundo lugar, porque o pensamento filosófico “grego” originou-se não a partir de um conceito nacional, mas sim a partir de “cidades-estado” gregas, sendo a mais relevante, sem dúvida nenhuma, Atenas.

Inobstante às definições geográficas e léxicas, fato é que muito dos valores que hoje norteiam o Direito hodierno surgiram na Grécia antiga. Por meio do estudo da filosofia, da lógica, da ética, o homem daquela época pôs-se a refletir acerca de valores como a justiça e a equidade, cuja sua importância é tamanha que, efetivamente, passa a constituir uma verdadeira virtude. Nas palavras brilhantes de Newton De Lucca:

Quando Hegel definiu a época helênica como a bela totalidade ética, é porque havia uma integração entre homens e o cosmo, ou entre o indivíduo e a comunidade política. Ainda que esses filósofos da Grécia antiga (Sócrates, Platão, Aristóteles, estoicos e epicuristas) divergissem quanto ao conceito do que era a virtude, a vontade, a razão, etc., havia a concordância quanto à natureza virtuosa do comportamento do homem e de seu *ethos*. Entendo que essa totalidade ética, ao contrário do que muitos sustentam, só veio a ser efetivamente rompida com o advento da modernidade, quando valores absolutamente diversos daqueles da Antiguidade foram colocados em seu lugar.¹¹

Cabe ressaltar que, inicialmente, o homem grego se colocou a refletir acerca dos fenômenos naturais e das consequências por eles causadas, atribuindo a estas observações o caráter de mito. Daí surgiu grande parte das histórias que compõem a mitologia grega. Tal era a importância da mitologia grega para o

10 PEREIRA, Aloysio Ferraz. *História da filosofia do direito: das origens a Aristóteles*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 18.

11 LUCCA, Newton De. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 82.

homem grego, que a matéria foi ensinada nas escolas e academias até mesmo em nossa Era Contemporânea.

Sim, porque, a despeito do que muitos concluem ao colocar em grau de equivalência a mitologia grega com a fábula, *um mito não é uma fábula*. Enquanto que nas fábulas encontramos um ambiente de total ficção e irreidade, das histórias constantes da mitologia grega extraem-se reflexões, conclusões, indagações que colocam quem toma contato com aquelas narrações a meditar e contestar paradigmas, incluindo-se aí, por exemplo, o questionamento acerca da pertinência do entrelaçamento entre lei e religião. Assevera Aloysio Ferraz Pereira:

O domínio monolítico das leis, em que, na cidade aristocrática, se harmonizava com a religião e a política, vacilava diante das teses audaciosas de oradores, sofistas, pensadores. O dever de obediência às leis cedia perigosamente o passo à livre pesquisa do direito justo.¹²

Não sem razão que, em um crescente de pensamento, despontaram os primeiros grandes filósofos da Antiguidade. A iniciar-se por Sócrates, indivíduo de notável despreensão que, com o seu método de questionamento, provoca o seu interlocutor a fim de que este logre atingir o conhecimento por si só. O processo de *Maiêutica* que se desencadeia a partir dos diálogos de Sócrates, leva a congruência de ideias e de pensamentos sempre em direção a um denominador comum, dando origem ao que, mais tarde, viríamos a conhecer como a lógica.

O próprio contexto social da Grécia Antiga (que, ao fim e ao cabo, era uma sociedade escravocrata) levava aquela casta de pensadores a se dedicar apenas à elaboração de suas ideias, de forma congruente com aquela

realidade. Platão, por exemplo, preconizava a necessidade da busca de uma sociedade ideal, baseada em uma realidade utópica que denominava *mundo das ideias*. Aristóteles, por sua vez, privilegiava a razão em suas indagações, afirmando com eloquência que mesmo as conclusões relacionadas às ciências humanas careciam de uma comprovação empírica. Ambos os citados pensadores propagaram suas ideias por meio de academias e escolas próprias.

Os pontos cardeais do Direito Grego *naquele contexto intelectual de Atenas* eram notoriamente a busca da virtude, da ética e da equidade entre os homens e entre as relações sociais que compunham a sociedade. Na escassez de regras escritas, as *lides* eram frequentemente submetidas aos tribunais e magistrados, que decidiam de acordo com os costumes, os valores, as ponderações, partindo da observação da natureza, passando pela reflexão do que é virtuoso, e legando escrito apenas algo muito embrionário em termos de Direito Positivo, por considerar parte dos filósofos gregos, a força da lei posta, notem, *inferior à força da ética e da virtude*. Nas palavras de Moses Finley:

A solução contratual era particularmente frágil, por ser instável quanto a um agente superior, mas inteligente, habilitado e persuasivo do que a média. Era, acima de tudo, para esse tipo de agente que a exigência cética devia ser atendida, e demonstrado que os objetivos da moral e da justiça eram racionais.¹³

Entretanto, cabe a lembrança de que o Direito, ou ética, ou virtude, ou justiça grega, ainda admitiam em seu contexto, a escravidão na sociedade como uma condição natural para determinados seres humanos, e este pensamento tolerante era de fato congruente com a realidade em que se vivia, já que, para alguns terem tempo livre e despreocupado para pen-

12 PEREIRA, Aloysio Ferraz. *História da filosofia do direito: das origens a Aristóteles*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 22.

13 FINLEY, Moses. *O legado da Grécia - uma nova avaliação*. Brasília: UnB, 1998, p. 277.

sar, necessária a existência de outras pessoas que executassem (em regime de escravidão) os trabalhos necessários à manutenção da cidade. Ainda por Moses Finley:

Sob todos estes aspectos, o pensamento ético dos gregos era não só diferente da maior parte do pensamento moderno, particularmente do pensamento moderno influenciado pelo cristianismo, mas também tinha muito melhor aparência. Há, naturalmente, pormenores quanto aos quais esta visão não poderia hoje ser retomada, e outros em que poderíamos não querer retomá-la. Alguns de seus pensamentos exprimem determinada integridade de vida que existiu talvez por um breve período na cidade-estado, mas a qual, conforme salientou Hegel, teria de ser retomada, se fosse o caso, somente de forma totalmente modificada. Outras características de suas percepções, suas atitudes concretas quanto à escravidão, por exemplo, e ao papel das mulheres, esperamos que jamais sejam retomadas.¹⁴

E os pensadores clássicos gregos não escapavam de dotar suas obras do que hoje considerar-se-iam, ao menos, como “imperfeições éticas”. Platão, por exemplo, afirmava existir uma “desigualdade justa” entre as plúrimas classes sociais, na qual existiriam, naturalmente, homens dotados de almas de ouro, almas de prata e almas de bronze. Os primeiros seriam destinados ao exercício das tarefas mais nobres, e os últimos às tarefas menos proeminentes – inobstante a possibilidade de um indivíduo ascender ou descender de uma a outra classe social. Este pensamento se fez presente em sua obra “*A república*”, no livro X:

Todos vós que estais na cidade sois irmãos, mas ao plasmar-vos, o deus, no momento da geração, em todos os que eram capazes de comandar misturou ouro, e por isso são valiosos. Em todos os que eram auxiliares daqueles mistu-

rou prata; mas ferro e bronze nos agricultores e outros artesãos. Já que todos vós sois da mesma estirpe, no mais das vezes geraríeis filhos muito semelhantes a vós mesmos, mas, às vezes, do ouro seria gerado um filho de prata e, da prata, um de ouro, e assim com todas as combinações de um metal com outro. Aos chefes, como exigência primeira e maior, ordenou o deus que de nada mais fossem tão bons guardiões quanto de sua prole, nem nada guardassem com tanto rigor, procurando saber que mistura havia na alma deles e que, se um filho tivesse dentro de si um pouco de bronze ou de ferro, de forma alguma se compadecesse dele, mas que o relegasse, atribuindo-lhe o valor adequado à natureza, ao grupo dos artífices e agricultores. Em compensação, porém, se um deles tivesse em si um pouco de ouro ou prata, reconhecendo-lhe o valor, fizesse que uns ascendessem à função de guardião e outros à de auxiliares, porque havia um oráculo que previa que a cidade pereceria quando um guardião de ferro ou bronze estivesse em função.¹⁵

Mesmo Aristóteles, pupilo de Platão e a quem coube à evolução de seu pensamento, admitia um contexto político e social em que, pela primeira vez, mencionava-se a separação de poderes, entre os que legislam e os que governam, e de forma apartada, os que julgam os conflitos. Por outro lado, ressaltava como de fulcral importância, a necessidade de se existir uma classe de comando e outra de comandados. Conforme menciona em sua obra “*A política*”:

Não é apenas necessário, mas também vantajoso que haja mando por um lado, e obediência por outro; e todos os seres, desde o primeiro instante do nascimento, são, por assim dizer, marcados pela natureza, uns para comandar, outros para obedecer.¹⁶

14 *Ibidem*, p. 283.

15 PLATÃO, *A república*, 2006, p. 129. (415 a.C.)

16 ARISTÓTELES, *A política*, 1998, p. 12. (384-322 a.C.)

As ideias, os pensamentos e a filosofia grega evoluíram, se consolidaram, se perenizaram, paulatinamente, de um pensamento que homenageava a virtude e o saber (acompanhado das vicissitudes da escravidão), e frente ao contato com um Império cujo anseio era a expansão e a conquista, as ideias de virtude e justiça gregas vão se homogeneizando com outras ideias, codificadas e contratuais, cujas balizas eram puramente negociais.

O Direito e a Civilização Romana

Da união secreta entre Marte e a Vestal Reia Silvia, nasceram Rômulo e Remo. Aleitados por uma loba, criados por um pastor, eles voltaram à Alba longa, anos mais tarde, para fazer justiça e fundar uma grade cidade. Entretanto, apenas Rômulo, auxiliado por Jano, a divindade do começo e do fim, levaria a termo o ambicioso projeto.¹⁷

Os primeiros escritores latinos que se dedicaram ao estudo das origens de Roma – como, por exemplo, Tito Lívio, no Século II depois da Era Cristã – traçaram com precisão um quadro de como surgiu o reino de Roma, a República e o Império Romano, as guerras e as conquistas. Mas acerca das origens de Roma – dada a ausência de documentos e fontes históricas –, por vezes a imaginação foi fartamente solicitada pelos escritores e magistrados da Era Antiga, como na passagem acima mencionada, em que os irmãos Rômulo e Remo, se digladiaram mortalmente até que restou apenas o primeiro, que fundou a cidade. Ou, mais preteritamente ainda, o mito de Enéias, egresso da vencida cidade de Tróia que, acolhido pelo povo latino, fundou a cidade de Alba longa. Local onde, gerações mais tarde, nasceriam, de lá seriam banidos e para lá retornariam, os prefalados irmãos, amamentados por uma loba, para fundar a cidade de Roma.



Certo é que, até mesmo sob o aspecto mitológico, Roma refletiu exatamente o que de fato foi: um Império expansionista, belicoso e negocial. Do mito de Enéias, extraiu-se a ideia de um sobrevivente de Tróia, avesso aos valores helênicos, e que por meio de seu trabalho glorificava as origens da Civilização Romana, em detrimento da helênica, em muito a supera e, ao fim, conquistou o que mais tarde se convencionou chamar de Grécia. Do mito de Rômulo e Remo, relevante observar a presença de Marte como seu genitor, o Deus Grego da guerra e da conquista.

Em verdade, atribuiu-se o surgimento da Civilização Romana ao enfraquecimento das civilizações gregas, egípcias e as do médio oriente mesopotâmicas. A guerra do Peloponeso e os projetos de expansão helênica levados a cabo, inicialmente, por Filipe da Macedônica e, depois, por seu filho, Alexandre, custaram caro ao povo grego, seja pelos custos das empreitadas bélicas – que levavam à ruína a agricultura e a frágil estrutura das cidades-estados gregas –, seja pelo novo modo

17 MITOLOGIA. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. III, p. 690.

de vida que os soldados gregos traziam de sua vida de combates, menos preocupados com a virtude e a ética, e mais vinculados à conquista e ao conceito de propriedade como expressão de poder. Conforme considera Fábio Konder Comparato:

A partir do século III a.C., uma nova visão de mundo toma conta dos espíritos. A insegurança generalizada, consequente ao estado de guerra permanente e a decadência das formas tradicionais de organização política provoca uma mudança sensível na mentalidade geral.¹⁸

As próprias (verdadeiras) origens de Roma, em parte, explicavam seus valores. Tem-se como pacífico que os componentes do povo Etrusco – prováveis fundadores de Roma – dedicavam-se ao pastoreio, a uma agricultura rudimentar e a eventuais pilhagens. A sociedade organizava-se por meio de clãs, ou *gens*, dispersos em numerosas aldeias. E seu desenvolvimento ocorreu em uma região de planície encravada entre os Montes Albanos e Apeninos, limitados pelo rio Tibre e pelo Mar, denominada de Lácio. Esta região era tida como uma importante rota comercial fluvial e terrestre, sobretudo pela sua ligação com o Mar Mediterrâneo.

Tais características agiram de forma determinante no pensamento do homem da Roma Antiga que, devido ao conceito de clãs ou *gens*, valorizava o elemento *paterfamilias*, estabelecia relações comerciais sólidas e tinha a propriedade e o território como expressão de poder. Conforme mencionado, em 2015, por Elpidio Donizetti em sala de aula no curso gaúcho “*Verbo Jurídico*”, muito conhecido é um provérbio latino: “*Venas romanus, sanguis profluit, sed terrae*” (“Nas veias de um romano, não corre sangue, e sim terra”).

O encontro e a ebulição de tais ideias foram fundamentais para que um conjunto

de tribos etruscas situadas entre sete colinas do rio Tibre – as *Septimontium* – se transformasse na maior civilização do mundo antigo ocidental. A Civilização Romana chegou a dominar todo o sudoeste da Europa Ocidental, sudeste da Europa (Região dos Bálcãs), praticamente toda a Bacia do Mediterrâneo, norte da África até a Somália, Leste Europeu até pouco além dos Cárpatos, chegando à região da Simeria e Transilvânia, e até os extremos da Península Ibérica, Bretanha e região da Judéia, no Oriente Médio.

Com efeito, o Direito e a própria ideia de justiça foram severamente afetados por toda esta nova maneira de pensar e de proceder. Não mais se homenageava a virtude, mas sim o contrato. A intenção não era propriamente convencer o interlocutor de suas ideias, mas sim a ele impor um código de condutas preestabelecido, com a finalidade de promover o bem comum. Menos importante era conquistar um povo, e mais relevante era convidá-lo a aderir a todo um sistema jurídico apresentado ao conquistado, mantendo a ordem social já presente e ampliando a área de influência e de conquista, sem se divorciarem dos valores da virtude e da justiça, absorvidos da Grécia Antiga. Nas palavras de Mário Curtis Giordani:

[...] o espírito prático dos romanos orientou-se por uma filosofia simples e sólida que, oportunamente, os juristas souberam extrair dos pensadores gregos e aplicar à realidade romana. Um simples olhar a um manual de Direito Romano revela seu espírito: proteção do indivíduo, autonomia da família, prestígio e poder do *paterfamilias*, valorização da palavra empenhada, etc.¹⁹

A maior contribuição do Direito Romano, indiscutivelmente, foi a sua posituação. Dado o caráter universal que as relações da Civilização Romana assumiam, mister se fa-

18 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 108.

19 GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. São Paulo: Vozes, 1972, p. 256.

zia a elaboração de regras escritas e perenes acerca das obrigações contraídas e seus efeitos entre as partes. As relações comerciais com os povos do mediterrâneo, a necessidade de se estabelecer ordem dentro dos povos conquistados, a gestão interna e a organização política da sociedade, a fim de dotar de segurança as decisões, tudo passou a ser regido pelo Direito. Público, quando se tratava da organização política dentro e fora de Roma. E privado, ao tratar das relações entre os cidadãos, e entre os cidadãos e o Estado. Suplanta-se a solução de problemas por meio da magia e da superstição, que cedeu lugar a um Direito Processual e à atuação de jurisconsultos e magistrados.

E surgiram conceitos de personalidade, incapacidade, respeito ao contrato e à propriedade em suas diversas acepções. A pluralidade de relações levou a uma pluralidade de situações a serem resolvidas, antes pela observação da natureza e a atribuição de uma virtude e, mais preteritamente, pela vontade divina. Mas, agora, na República (ou Império) Romana, apenas pelo Direito Positivo e previamente codificado. Nas palavras de Mario Losano:

[...] a expansão dos negócios suscitava os problemas do elevado número de juízos e dos casos imprevistos a regulamentar. A assimilação da cultura grega colocava o concreto mundo latino em contato com as refinadas abstrações gregas da gramática, da lógica e da geometria. É neste período que Cícero observa que o *ius civile* (o direito dos *cives*, dos cidadãos romanos) é “*diffusun et dissipatum*” (De or., 2,33,142); é a partir desse momento que começam as tentativas de reduzir o sistema, tendo como modelo a geometria euclidiana, aquele amontoado de regras determinadas caso a caso, que constituem a força do direito romano.²⁰

Pode parecer uma afirmação contraditória, mas o apogeu do que entendemos por Direito Romano, sobreveio num momento em

que a Civilização Romana, tal como mais conhecida foi, já não existia mais. A compilação de todo o Direito Romano – positivado, mas de forma dispersa – só foi feita pelo Imperador Justiniano, entre os anos de 529 e 534 depois de Cristo. E não em Roma, mas na cidade de Constantinopla, capital do Império Romano do Oriente.

Para esta compreensão, imperioso lembrar que, alguns séculos antes, o Império Romano Ocidental sucumbiu em virtude de suas próprias rotinas políticas e de estabelecimento de poder: os mais diversos povos outrora bárbaros agora dominavam Roma e suas instituições. O declínio econômico, a falta de investimentos na agricultura – que restava abandonada –, e a impossibilidade de manutenção de um exército profissional para assegurar as fronteiras e o controle do Mediterrâneo levaram pouco a pouco a uma desagregação da sociedade e a uma desestruturação da ordem política romana.

Primeiro por meio da divisão efetuada pelo Imperador Diocleciano, da administração do Império Romano em duas metades: a Ocidental, ainda administrada por Roma, e a Oriental, administrada pela cidade de Bizâncio (Constantinopla). Depois, pelas sucessivas trocas de poder, passando pelas invasões bárbaras no Império Ocidental, que culminou com os saques, até que Flavio Odoacro depôs Rômulo Augusto e iniciou a longa série de reis bárbaros da Itália Antiga. Em 4 de setembro de 476, o Império Romano já não existia mais. Esta passagem da história é muito bem apresentada por Mário Curtis Giordani:

Os sucessores de Teodósio não se revelaram à altura de seu cargo. O império do Ocidente entra em agonia. A incapacidade dos imperadores, meros joguetes nas mãos dos poderosos chefes militares, une-se a desintegração e decomposição das instituições. O exército se desagrega, sobretudo pela má qualidade de seus componentes, muitos dos quais eram bárbaros, ousados e valentes, porém incapazes de se submeterem à tradicional

20 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 33-34.

técnica militar romana, que exigia um acurado preparo profissional. Finalmente, as irresistíveis ondas bárbaras vão dar o golpe de graça no Império do Ocidente. A história deste acontecimento já se situa no limiar de uma era que se convencionou chamar Idade Média.²¹

Mas, não obstante à queda do Império Romano do Ocidente, o Império Romano do Oriente ainda persistiu, na figura do Império Bizantino, que seguiu por toda a Antiguidade Tardia e Idade Média. Com efeito, fazia-se necessário reorganizar a legislação ainda em vigor e salvaguardar a herança jurídica romana, consubstanciada nos Códigos Gregorianos, Hermogeniano, Teodosiano, Constituições Particulares e as mais diversas decisões proferidas pelos pretores e magistrados romanos. Surgiu, assim, o *Corpus Iuris Civilis Romani*, denominação dada muitos anos depois pelo romanista francês Dionísio Godofredo, em 1453.

Dividido em quatro Tomos – *Digesto, Código, Instituta, Novelas* –, Justiniano legou ao seu ministro Triboniano a tarefa de compilar, modificar, amputar e adaptar os textos jurídicos clássicos, de modo a dar-lhes aplicabilidade prática ao contexto social e político à época existente. É deste texto que se extraíram princípios do Direito Romano que são estudados até hoje, como *Iustitia est Constants et perpetuas voluntas ius suum cuique tribuens* (Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o seu direito, *Institutionum D. Iustiniani, Liber Primus, Tit. I*), ou *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Os princípios do Direito são estes: viver honestamente, não lesar o próximo, e dar a cada um o que é seu, *Institutionum D. Iustiniani, Liber Primus, Tit. I, § 3º*).

A importância do denominado “Código de Justiniano” não foi esquecida pelos juristas contemporâneos. Nas palavras de Mario G. Losano:

Somente com a redescoberta desta compilação, ocorrida na Idade Média, encontrou-se um nome que abrange as quatro partes: para ressaltar seu caráter unitário em relação à jurisprudência romana clássica e ao direito dos bárbaros, Irnério falou em um *Corpus Iuris Civilis*. É com esse nome que ainda hoje se designa aquele que, quase com certeza, é o documento jurídico mais importante de todos os tempos.²²

E complementa José Cretella Júnior:

O direito de Justiniano estudado em toda a Europa, desde o século XII e aceito oficialmente, na Alemanha, em fins do século XV, teve grande influência na formação do direito atual, refletindo-se na redação dos modernos códigos e, em especial, no Código Civil Francês de 21 de março de 1804 e no Código Civil Alemão, de 1900.

Além disso, na Escócia e na África do Sul, até bem pouco tempo o direito romano encontrava sua aplicação quase integral.

Não se pode esquecer, ainda, que todo estudo de direito comparado, em nossa época, é fundamentado nos institutos que remontam ao direito romano.²³

Com efeito, o *Corpus Iuris Civilis Romani* dotou as relações comerciais do Império Romano do Ocidente de segurança, as instituições políticas e sociais de estabilidade, e muitas de suas disposições foram aplicadas muito além da época de sua lavra, alcançando a Idade Moderna e lançando as bases contratuais para o pensamento burguês. Mas, não muito longe dali, alguns séculos antes, ganhou corpo uma cadeia de ideias e de pensamentos surgida na Judéia, que passaram a reverberar de baixo para cima na sociedade romana desde antes da cisão do Império, se instalando de forma oficial e influenciando para sempre o

21 GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. São Paulo: Vozes, 1972, p. 85.

22 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 38.

23 CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno forense*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1986, p. 3.

Direito, que passa a ser menos negocial e mais humano e transcendental: o Cristianismo.

O surgimento do Cristianismo e a Idade Média

Roma é a plebe.

O coração pulsante de Roma não é o mármore frio do senado, mas sim as areias fumegantes do Coliseu.

A expressão acima, que ficou famosa no filme “*Gladiator*” (Ridley Scott, 2000), e atribuída ficticiamente ao senador romano Caio Graco, traduz bem o que Roma era quando do surgimento do Cristianismo: um império cujo pensamento aceitável pelo poder era totalmente dístico do em voga junto à população mais pobre. As ideias politeístas – muitas delas herdadas da cultura grega – eram de grande conveniência aos romanos das classes mais abastadas, na medida em que apresentavam os deuses quase como seus pares.

Mas, para as populações mais carentes, fazia-se necessária uma filosofia de amor, de perdão, de redenção, que até então existia apenas remotamente nas culturas hebraicas, notoriamente no judaísmo. Logo, *para os não judeus*, o Cristianismo caiu como uma luva. Nas palavras de Newton De Lucca:

Com efeito, o cristianismo – religião que viria a dominar todo o Ocidente após um largo período de perseguição e tragédias – é uma vertente de sólida tradição judaica, com algumas influências gregas e orientais. Já o aspecto marcadamente jurídico do monoteísmo hebraico, até então predominante, foi claramente afastado pela doutrina Cristã, conforme assinalado pelo Prof. Fábio Konder Comparato, que bem relembra o fato de Jesus, mesmo respeitando a lei mosaica, haveria de romper com a tradição existente, propondo aos homens, mercê da própria origem divina, a construção de uma sociedade humanitária, na qual

todos se irmanariam na busca de um destino comum, o Reino dos Céus.²⁴

De forma que, paralelamente ao apogeu do Império Romano, em uma das províncias mais pobres de Roma, denominada Judéia, borbulhava um caldeirão de ideias, algumas revolucionárias, outras de cunho profético e apocalíptico. Imperioso se faz lembrar que os habitantes daquela região – muitos deles os denominados *judeus* – traziam consigo toda uma carga religiosa e histórica, que refletia diretamente na forma como a sociedade se estruturava. Tanto é assim que, a despeito da tentativa de helenização forçada por volta de 64 a.C., a dominação romana foi relativamente bem recebida pelo povo judeu, já que Roma concedia autonomia quase ilimitada aos assuntos internos das províncias.

Razão pela qual o Cristianismo, a princípio, em nada interferiu nos negócios de Roma. A clássica passagem de Pôncio Pilatos em que diz “lavar as mãos”, ante os supostos crimes praticados por Jesus Cristo, demonstra bem o entendimento do Império acerca dos assuntos internos das colônias e principados. Para o Direito Negocial e Contratual Romano, Jesus Cristo era inofensivo.

Os habitantes da Judéia – sobretudo os sacerdotes judeus – não compartilhavam desta opinião. Na sociedade local da época, declarava-se “Nós somos o povo escolhido, na terra prometida”. Jesus Cristo rompeu com essa afirmação, ao indicar “não, todos são escolhidos, desde que queiram acessar o reino dos céus”, passando a ser tido como um agitador, inconveniente àquela sociedade. E, por isso, foi condenado e crucificado.

Mas as ideias permaneceram. Instalaram-se naquela sociedade pobre da Judéia e espalharam-se para a Civilização Romana ao ponto de se tornarem a religião oficial do Império, por obra do Imperador Constantino, no Século IV.

24 LUCCA, Newton de. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 103.



O Cristianismo assistiu à queda do Império Romano do Ocidente, mas suas ideias foram adotadas pelos conquistadores bárbaros, em breve senhores feudais. Surgiu a Igreja Católica. E o Cristianismo cresceu em importância ao ponto de se tornar parte do sistema político e organizacional da economia e da sociedade feudal. A interação da Igreja Católica com o poder era tanta que as coroações e titulações da nobreza eram sempre acompanhadas do aval da Igreja (clero), a fim de dar legitimidade aos atos.

E o Direito? Aqui não se falava no Direito sendo regido unicamente de acordo com os interesses da Igreja Católica. Mas uma simbiose muito grande entre as normas que eram ditas pelos nobres, e as normas de interesse do clero. As leis – a princípio um tanto confusas logo após a queda do Império Romano do Ocidente – foram se sedimentando em sistemas jurídicos próprios, ora baseados no *Código Romano* e nas *Institutas*, ora baseados nas leis das tribos germânicas, com forte vinculação aos costumes praticados. Sim, é o momento do incremento da conhecida divisão do Direito em *Common Law* e *Civil Law*.

E, para a consolidação de ambos os sistemas, o poder da Novíssima Igreja Católica se mostrou fundamental, tanto no aspecto jurídico,

como no aspecto político. Nesta época de definição de valores, despontaram pensadores como Santo Agostinho de Hipona, São Francisco de Assis, São Tomas de Aquino e Guilherme de Ockham, que num crescente evolutivo de ideias, desenvolveram o seu pensamento de justiça paralelamente ao pensamento da Igreja Católica. Surgiu a *ecolástica* – uma filosofia que procura unir a fé e a razão. Inobstante o conteúdo das ideias – marcadamente referidas aos problemas vividos por aquelas sociedades –, o sentido para o qual confluíam as conclusões era basicamente o mesmo: justo é o que esta de acordo com a vontade de Deus.

Da alta à baixa Idade Média, cresceram os reinos bárbaros, que muito aproveitaram as antigas estruturas do Império Romano para se estabelecerem sempre amparados pelo Catolicismo, que com ele também se fortaleceu e o legitimou politicamente, disseminando o Cristianismo pelo mundo ocidental. Conceberam-se os grandes mosteiros e catedrais, como demonstração de poder do clero para o povo do Ocidente. Esta realidade do passado resta bem evidenciada em uma das cartas escritas pelo Papa Inocencio III, ou Lotário de Segni:

Sobre a autoridade papal: Carta ao prefeito Acérbio e os nobres da Toscana, 1198: Assim como o Fundador do universo estabeleceu duas grandes luzes no firmamento do céu, a luz maior para governar o dia e a luz menor para governar a noite, assim também Ele estabeleceu duas grandes dignidades no firmamento da Igreja universal, a maior para governar o dia, isto é, as almas, e a menor para governar a noite, isto é, os corpos. Estas dignidades são a autoridade papal e o poder real. Agora, assim como a lua retira sua luz [quando surge] o sol; e é certamente menor em quantidade e qualidade, na posição e no poder, assim também o poder real deriva do esplendor da dignidade da autoridade pontifícia.²⁵

25 GONZÁLEZ, Justo L. *E até aos confins da Terra: uma história ilustrada do cristianismo*, São Paulo: Vida Nova, 1995, v. 4, p. 179.

Ao lado do senhorialismo e do feudalismo, este poder da Igreja Católica cresceu e chegou a se tornar um poder absurdamente desumano, totalmente divorciado dos princípios originais de amor e de tolerância no passado pregados por Jesus Cristo. As primeiras ideias contrárias ao poder incontestado da Igreja Católica foram literalmente jogadas na fogueira – não se tinha como aceitável a possibilidade de qualquer corrente filosófica que versasse em sentido contrário aos dogmas da Igreja Católica. As confissões e os compromissos firmados forçados por meio da tortura eram rotina neste período – mais para frente, tais eventos darão azo a um dos mais caros princípios do Direito: “*Nemo tenetor se detegere*”, ou a proibição de produzir-se prova contra si mesmo.

Entretanto, como se o destino de tal hegemonia já estivesse selado (como pareceu o destino do Império Romano), cresceu em tamanho e relevância um grupo de cidadãos – artífices, técnicos, comerciantes e artesãos –, cuja atividade cada vez mais reverberava na economia e na sociedade da época. Eles queriam direitos, eles queriam poder. E foram buscar lá nos ensinamentos da Antiguidade, as bases para reivindicar os seus anseios.

O fim da Idade Média e a Idade Moderna

A despeito da influência mais introspectiva que a religião exercia no Oriente – o Taoísmo e o budismo pregando a elevação espiritual, o Xintoísmo versando sobre o desprendimento da matéria e dos bens, e o Confucionismo pregando a educação e o desenvolvimento da virtude (como faziam os clássicos filósofos gregos) –, no Ocidente à religião foi, por toda a Baixa Idade Média, um instrumento de poder, de submissão e de exploração, legitimando as políticas de vassalagem e dos reinos dominantes.

Esta conclusão inclusive se extrai quando se observa alguns dogmas da Igreja que

persistem até hoje, como a valorização e o voto da pobreza – a acumulação *pessoal* de riquezas não estava em consonância com a vontade de Deus, e a vedação ao casamento de padres e clérigos, que poderia levar a uma indesejada divisão familiar do patrimônio pertencente à Igreja Católica. Assim como nas religiões orientais, o Cristianismo também pregava o desapego à matéria, mas não para fins de elevação espiritual, e sim para que o patrimônio da Igreja Católica restasse hígido. Era conveniente para o clero que a massa não tivesse poder, não tivesse conhecimento, não soubesse sequer ler, tendo acesso aos ensinamentos das escrituras apenas por meio da palavra dos padres, traduzidas do inacessível latim, ou das obras e construções que a Igreja Católica patrocinava e concordava. A Catedral de Notre-Dame em Paris, com seus afrescos bíblicos logo na entrada, demonstrando por meio de imagens os salmos e as escrituras, é um exemplo notório disto.

E, mais uma vez, tais ideias vão deixando de serem aceitas pela novíssima classe de cidadãos que, devido as suas atividades realizadas dentro dos burgos, convencionou-se chamar pela expressão francesa *bourgeoises*, ou simplesmente, burgueses. A despeito do preconceito que experimentaram por parte da nobreza (que os chamavam de “pés sujos”), cresceu, junto com o poder econômico da burguesia, toda uma plêiade de ideias, de posições filosóficas, políticas, sociais e de uma visão mais humana e materialista do mundo. Não mais baseada numa promessa holística de redenção, mas agora, na razão. Com efeito, uma era em que se buscou suplantiar os valores humanos em favor dos divinos, deu lugar a outra era, que buscou sua estrutura e seus valores naquela primeira. Bem explica esta fase de transição Fábio Konder Comparato:

O trabalho de desconstrução do mundo antigo, iniciado com o advento do período axial, e do qual foram indicadas as principais etapas na primeira Parte deste livro, dá nascimento, ao final da Idade Média europeia, a uma nova era

histórica, cujas características representam a negação do velho mundo. Abandonam-se, progressivamente, a religião e a sabedoria tradicional como princípios da vida ética. Os homens voltam às costas ao passado e enfrentam, com crescente confiança de êxito, os desafios do futuro. O indivíduo adquire, pela primeira vez, uma autonomia de vida que sempre lhe fora negada. Com a aceleração do ritmo da acumulação do conhecimento científico e do saber tecnológico, a humanidade se afirma, orgulhosamente, como senhora e possuidora da natureza.²⁶

Uma explosão de acontecimentos marcou os últimos anos da chamada Idade Média e início da Idade Moderna. Na Inglaterra de 1533, o Rei Henrique VIII, na ânsia de conceber um herdeiro do sexo masculino, se divorciou de Catarina de Aragão, rompeu com o poder da Igreja Católica Romana, foi reconhecido pelo Parlamento como chefe supremo da Igreja da Inglaterra e lançou as bases do Anglicanismo. Movimento consonante com outras reformas religiosas por toda a Europa Ocidental, como o Calvinismo e o Luteranismo, sempre questionando os dogmas da Igreja Católica. Na Alemanha, Johannes Gutenberg, com seu aparelho rudimentar, criou a prensa móvel, invenção que possibilitou a reprodução do conhecimento escrito acumulados por centenas de anos em poucas horas. Constantinopla, importantíssimo entreposto comercial com a Ásia, caiu tomada pelo Império Otomano. E deu impulso à era dos descobrimentos por meio das grandes navegações ibéricas, em busca de novas rotas comerciais livres e de novas colônias de exploração, financiadas também pela burguesia e levando aos seus patrocinadores lucros jamais imaginados.

Paralelamente a estes acontecimentos que conduziram a sociedade a novos paradigmas de conhecimento, de tecnologias, de ideias e de objetivos, surgiram pensadores

com valores profundamente dícticos dos apregoados pela nobreza, ainda presente nas esferas do poder, e pela Igreja Católica. Nas palavras de Newton De Lucca:

O racionalismo parece ser a palavra chave para entendermos o sentido e o alcance desse tão completo conceito a que chamamos modernidade. Com o poder da razão, o homem não apenas pode conhecer como também controlar e dominar a realidade que o cerca. A razão propiciaria ao homem – esse parece ter sido o credo fundamental da modernidade – a exatidão e o discernimento, a primeira pra dar-lhe domínio sobre a ciência, e o segundo para permitir-lhe penetrar no universo da moral. Pode-se dizer, nessa linha de exposição, que a modernidade representou um discurso oposto ao que predominara até então, acenando com um porvir inteiramente livre de sofrimentos para a raça humana, sendo possível a ela, sob o império da razão, atingir a tão almejada felicidade, sempre tida, desde os filósofos gregos já referidos, como meta principal da nossa vida [...].²⁷

Nem mesmo a transformação dos antigos reinos feudais em Estados foi suficiente para barrar a expansão das premissas de interesse da agora poderosa burguesia. Pelo contrário, pensadores como Nicolau Maquiavel e Thomas Hobbes noticiavam a necessidade de um soberano *administrar* seu poder frente a esta nova classe social, ainda que através de um Estado forte e impositivo. As obras “*O Príncipe*” e “*Leviatã*” foram demonstrações claras deste pensamento. E Hobbes ia além: para o pensador, a monarquia se justificava apenas pelo consenso social.

Esta sequência de fatores que enfraqueceu o poder e a influência da Igreja Católica, a conjunção de fatos que revolucionaram a vida e o cotidiano do homem da época, a profusão

26 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 153.

27 LUCCA, Newton de. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 124.

de ideias e de pensamentos de interesse e patrocinados pela burguesia e a dependência dos Estados nacionais desta nova classe social, paulatinamente, conduziram o homem a um novo patamar de civilidade, numa nova era marcada notadamente pela criação dos Estados Unidos da América e pelo processo da queda da Bastilha na França, inaugurando um novo capítulo na História que se convencionou chamar de Idade Contemporânea.

A Idade Contemporânea

Aproximamo-nos do fim de nossa jornada no tempo, na História do homem e do Direito, para voltarmos os olhos às nações que convencionamos chamar de “berços da justiça”: França e Inglaterra.

Ainda no início da baixa Idade Média, no começo do Século XIII, encontrava-se a Inglaterra depauperada pelos investimentos efetuados pelas cruzadas do Rei Ricardo “Coração de Leão”, vencido na Batalha de Bouvines, impossibilitada de obter ainda mais recursos para o sustento do Estado por meio da tributação de seus súditos, e enredada na insatisfação popular ante os fracassos do seu sucessor, John Lackland (ou João Sem Terra) que, com suas políticas desastradas e arbitrarias, levou à perda de territórios para a França e a uma controvérsia com a Igreja Católica acerca da indicação do Arcebispo da Cantuária que perdurou até 1213.

De modo que, em 15 de junho de 1215, este último monarca inglês, para a manutenção do apoio dos nobres e barões, se viu obrigado (nunca o fez *sponte propria*) a assinar e se comprometer com uma “Carta”. Basicamente, o documento reafirmava pontos da Carta de Liberdade de Henrique I, lavrada em 1100, e que versava acerca do devido tratamento a ser dispensado a membros da Igreja e do clero. Mas também inovava ao *limitar* os poderes do rei. Já não se fazia possível à instituição de tributos sem prévia justificativa, prisões arbitrarias ou condenações sem processo e

assegurava-se o direito ao acesso à justiça. Sistematizou-se o conceito de “*Due Process of Law*”, para cada litígio, há de se observar um processo específico devido”. Ressalte-se que aqui não se fala em *constituição* ou *legitimação de poder*, mas sim em uma limitação na atuação do monarca por meio de um contrato. Ferramentas como o *Habeas Corpus* e a limitação ao poder de tributar surgiram neste exato contexto histórico.

A evolução jurídica e social da França ocorreu um pouco mais atrasada. Em 1789, o abade Emmanuel Joseph Sieyès apresentou, na Assembleia Nacional Francesa, o escrito “*Qu’est-ce que le tiers état?*” – que no Brasil, recebeu uma tradução extremamente inapropriada (A Constituição Burguesa). Basicamente, a obra mencionava desnecessária a existência do primeiro e do segundo estado (clero e nobreza, respectivamente) para a constituição do poder, que deve emanar apenas do terceiro estado, o povo.

Inspiração para a lavra da obra não faltou: o pensamento contratualista de John Locke e iluminista de Jean-Jacques Rousseau grassavam a Europa, de Londres a Genebra. Na própria França, alguns anos antes, Voltaire incomodava a nobreza com o seu pensamento vanguardista sobre as liberdades civis, religiosas e comerciais. O Magistrado francês Charles-Louis de Secondat – mais conhecido como Montesquieu – anunciava tragicamente que “tudo estará perdido, se não houver a separação do poder de quem governa, quem faz as leis e quem julga as lides”.

A vizinha Inglaterra experimentava uma estabilidade política e social que a conduziu para a experiência de uma revolução industrial muito mais intensa do que a francesa (pois a França detinha indústrias modernas, mas em menor número), transformando praticamente toda a Europa e suas colônias em consumidoras de seus produtos. E, do outro lado do Oceano Atlântico, emergiu uma nação formada por treze ex-colônias britânicas, espanholas, francesas e holandesas, cujos valo-

res se divorciavam profundamente dos valores arcaicos europeus, valorizando a liberdade e a soberania popular: os Estados Unidos.

Pois, desde a baixa Idade Média, a sociedade começou a rejeitar a sua submissão a leis e ideias de cuja elaboração não participou. Surgiu uma nova classe social ávida pela garantia dos seus direitos, que almejava também participar do poder. Pouco a pouco, as instituições francesas foram ruindo, ora por uma substituição paulatina, ora pelo rompante e a força de ruptura abrupta, por meio da rebelião popular. Era a Revolução Francesa, que divorciou definitivamente o poder político do regime absolutista. Conforme esclareceu Thomas Paine:

O que antigamente chamávamos de revoluções era pouco mais do que troca de pessoas ou alteração de circunstâncias locais. Elas subiam e caíam naturalmente, e nada havia em sua existência ou em seu destino que tivesse influência além do âmbito em que ocorriam. O que vemos agora no mundo, porém, a partir das revoluções da América e da França, são uma renovação da ordem natural das coisas, um sistema de princípios tão universal como a verdade e a existência do homem, combinando moral com felicidade política e prosperidade nacional.²⁸

Montesquieu noticiava a necessidade de se administrar as relações humanas não por conta e obra de uma vontade divina – ou de seu suposto representante nesta terra –, mas pela *força da razão e da lei*. Bem asseverou em sua obra “*O espírito das leis*”:

Existe, pois uma Razão Primitiva, e as leis são as relações existentes entre elas e os diferentes seres, e as relações desses diversos seres entre si.²⁹

O rompimento com o *anciet regime* absolutista foi tamanho que o Poder Judiciário foi relegado a uma instituição de somenos importância, ante o Poder Executivo e a representação popular francesa, com a sua famosa cisão em Jacobinos – liderados por Robespierre, uma das almas da Revolução Francesa (e acomodados à esquerda nas assembleias) –, e os Girondinos, representando os interesses de uma monarquia já esfacelada (acomodados à direita nas assembleias) – explicação para a origem dos conceitos políticos de direita e esquerda. Com efeito, o Poder Judiciário seria tão somente a “boca da lei”, mero reproduzidor e aplicador das leis lavradas pelo Poder Legislativo.

Para aquele momento histórico, tal divisão foi de fundamental importância para a História da evolução do Direito e para a aplicação de um novíssimo sistema regulatório das relações comerciais e civis. Pois, inobstante os retrocessos políticos oriundos do porvindouro Imperador francês Napoleão Bonaparte, o *Code Civil de Français* (Código Civil Francês), lavrado por sua determinação sob a influência do já apresentado *Corpus Iuris Civilis Romani*, regulava e pacificava as relações entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado.

A importância deste instrumento jurídico é bem ressaltada por Mario G. Losano, que articula:

Desde a época bizantina, através da Idade Média, do Renascimento e do Iluminismo, as relações entre os indivíduos foram dirigidas pelo *corpus* Justiniano, exaltado a ponto de ver nele a própria razão colocada por escrito (*ratio scripta*). No século XIX, a compilação de Justiniano foi substituída por uma codificação baseada em princípios racionais do Iluminismo. Ela estabelece, por um lado, aqueles usos comerciais que se organizam de modo autônomo (códigos comerciais), e, por outro, aquela parte remanescente do direito privado que se

28 PAINE, Thomas. *Os direitos do homem*. São Paulo: Vozes, 1988, p. 121.

29 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 81.

ocupava das relações entre indivíduos não compreendidos na matéria comercial (códigos civis). O debate sobre as codificações caracterizará todo o século XIX, remetendo-se a um novo texto sagrado: o *Code Napoleon* de 1804.³⁰

Estamos no fim do Século XIX. Momento em que, por inspiração do Código Civil Napoleônico, diversas outras nações da Europa aderiram a um movimento de codificação de seus regramentos jurídicos, substituindo as já ultrapassadas normas de caráter religioso por leis de cunho estatal. Foi o florescimento do positivismo jurídico. *Justo é o que está previsto em lei*. A necessidade e urgência de se estabelecer uma pacificação do tecido jurídico, econômico, político e social, de forma independente à moral vigente e a rompantes ideológicos, restaram bem explicadas por Fábio Konder Comparato:

No positivismo jurídico, opera-se da mesma forma uma redução ou simplificação da vida social, não já sob a forma de estruturas superpostas, mas de compartimentos estanques: o direito, como sistema normativo, existe independentemente da moral, da realidade econômica ou das formas de organização política. A visão de mundo dos profissionais do direito, em consequência, deve-se restringir ao ordenamento normativo, entendido como um sistema bastante a si mesmo.³¹

Com este pensamento, cresceram em importância pensadores como Jeremy Bentham, John Austin, e o austríaco Hans Kelsen. E ganhou corpo a obra deste último, *“Teoria pura do direito”*, na qual, de acordo com seus textos, não se admitia a submissão da lei a nenhum outro axioma, senão à própria lei. Destacamos a respeito, as palavras de Miguel Reale:

É necessário, dizia Kelsen, conceber o direito com olhos de jurista, sem procurar a todo instante elemento que a Psicologia elabora, a Economia desenvolve ou a Sociologia nos apresenta. Quando se trata, por exemplo, de estudar o problema da vontade jurídica nos contratos, eis que aparece a explicação psicológica, como a única possível, quando, a seu ver, trata-se de uma categoria jurídica dotada de valor lógico próprio, irreduzível ao problema do conteúdo psíquico ou do processo de aferição de interesses.³²

O vetor axiológico era fabuloso: para sua perfeita aplicação, deveria o Direito divorciar-se irreconciliavelmente de quaisquer outras searas do conhecimento. *Direito é ciência*. É fim, e não meio. Uma norma inferior encontra seu fundamento de validade em uma norma superior, até atingir-se uma norma hipotética abstrata fundamental, que prescreve: “respeite a norma”.

Pois Kelsen buscou evitar ao máximo fundamentar suas ideias em elementos como Deus, Universo, ou mesmo o próprio homem. Logo no primeiro capítulo de sua obra, assim preceituava:

Quando designa a si própria como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental.³³

Inobstante o avanço que representava o pensamento de Kelsen, este não restava

30 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 58-59.

31 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 350.

32 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 401.

33 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 1.

imune a falhas e “vácuos axiológicos”, como bem lembra Newton De Lucca:

Ao que me parece possível, nestas poucas linhas, adensar o profundo e polêmico pensamento de Kelsen. Parece-me, numa análise absolutamente superficial de seu pensamento, que a sua Teoria Pura – conquanto de indiscutível genialidade – encerra o direito num sistema impermeável a todos os demais saberes, imbricando numa concepção excessivamente formalista e legalista, absolutamente afastada dos valores superiores da ética.³⁴

E foi se aproveitando do excessivo tecnicismo de tais ideias que nações, impérios, países, ditadores e seus comandados buscaram dar um lastro jurídico às suas políticas expansionistas, conquistadoras, racistas, xenófobas e aviltantes dos mais básicos direitos do ser humano.

Do niilismo jurídico ao pós-positivismo

O liberalismo do Império, [...] era favorável aos recém vindos. Favorável a quantos indivíduos de origem modesta – até filhos de escravos – se valorizassem pela instrução superior ou pelo casamento com moça [...] ilustre.³⁵

A expressão acima – claramente versando acerca das mudanças que experimentava a sociedade brasileira no início do Século XX – mencionava tudo o que se esperava de um mundo contemporâneo, no ápice da modernidade. Nos céus de Paris, foi definitivamente inaugurada a era da aviação, pelo brasileiro Santos Dumont. Pelas ruas das grandes cidades, o trotar das carruagens puxadas a cavalo paulatinamente foi substituído por buzinas

estridentes e fumaça oriundas de engenhocas de rodar. A Semana da Arte Moderna rompeu definitivamente com o estado da arte estacionário e antigo para dar lugar a novas ideias, liberdades criativas e conceitos artísticos, que se consubstanciaram no modernismo. Ideais iluministas com uma maior valorização do ser humano já se faziam ouvidos na voz de poetas e ensaístas como o francês Victor Hugo. E já desde o começo do Século XIX, o desenvolvimento de novas formas de transporte – como o navio a vapor e as ferrovias –, o telégrafo e o telefone permitiram um intercâmbio global mais rápido, gerando uma das primeiras ondas de globalização do mundo contemporâneo.

Mas, no campo político, as coisas não eram tão belas e tranquilas. Os Estados nacionais europeus – muitos ainda monarquias absolutistas – buscavam cada vez mais a conquista de territórios para garantir colônias de exportação de matérias-primas e mercados consumidores para seus produtos. Os países vigiavam-se mutuamente e sempre de formas hostis: afinal, muitos deles perderam territórios em guerras recentes, cindiram e agregaram seus cidadãos em nações sem nenhuma identidade cultural, e deram um passo para trás na valorização do homem e de culturas diversas da indo-europeia, relegando territórios da África e da Ásia a um atraso no qual até hoje permanecem, por meio do neocolonialismo, que é definido nas palavras de introdução da obra do historiador Platão Eugênio de Carvalho:

Os anos 70 do século XIX concretizaram assim a etapa final da segunda Revolução Industrial e o início da Grande Depressão do sistema capitalista. Essa depressão resultou do crescimento desordenado do industrialismo, que conduziu a uma superprodução não absorvida pelo mercado consumidor existente. Dessa crise adveio um longo período de recessão e desemprego, acompanhado da falência de empresas de pequeno e médio porte, sobrevivendo

34 LUCCA, Newton de. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 177.

35 FREIRE, Gilberto. *Crepúsculo do século*, In: *Nosso século – 1900/1910*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 65.

grupos industriais e comerciais gigantes que, superada a crise, passaram a monopolizar o mercado. Neste quadro global de transformações, elaborou-se nova fase de expansão territorial, extensão do antigo colonialismo mercantilista dos séculos XVI ao XVIII. A essa nova etapa convencionou-se denominar “imperialismo”. Esse conceito, difundido no século XIX, para o pensamento de orientação liberal, significou uma política expansionista das grandes potências industriais. Para o Economista John Atkinson Hobson (1885/1940), essa política vinculava-se à exportação de capitais e a obtenção de matérias-primas e mercados. Durante o século XIX, grandes potências industriais promovem uma expansão territorial a fim de exportar capitais e assegurar matérias-primas e mercados. Essa política interferiu profundamente na evolução histórica, econômica e social da Ásia e da África. As ex-colônias dessas regiões – mesmo depois de libertas – mantiveram laços de dependência com as antigas metrópoles ou com outras potências mundiais, uma situação denominada neocolonialismo.³⁶

Desnecessário dizer que as tensões deste delicado tabuleiro político da Europa da primeira metade do Século XX levaram à eclosão das grandes guerras mundiais. A primeira, no período de 1914 a 1919, é tida como um dos mais sangrentos conflitos bélicos territoriais. E a segunda, de 1939 a 1945, capitaneada pela Alemanha – vencida no primeiro conflito –, apresentou ao mundo, além do xenofobismo e do racismo, os maiores horrores dos quais o homem, sob o argumento de que esta a cumprir a lei, é capaz de perpetrar.

O professor Luiz Gonzaga de Oliveira já bem asseverava nas aulas em que ministrava na Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro, nos anos 90 que, em verdade, jamais existiram *duas grandes guerras mundiais*, e

sim, *apenas uma*, em que se experimentou um hiato de tempo suficiente apenas para reorganizar o poder bélico e o pensamento político dos vencidos. A afirmação pode ser corroborada pelo fato de que, após a primeira guerra mundial, não existiu de fato uma evolução do pensamento jurídico, nem para afastar a possibilidade de ocorrência do segundo conflito, nem para justificá-lo. O lastro político para as ações expansionistas do Estado era tão somente o seu ordenamento jurídico, convenientemente lavrado para este fim. E, para contar com a adesão popular, o regime ditatorial era extremamente confortável. Pois uma ditadura nada mais é um regime político em que o Estado tudo fornece aos seus súditos, desde que adiram às suas ideias. Uma fase da História que Fábio Konder Comparato denominou de “nihilismo ético”, quando demonstra:

No desfecho dessa tendência desagregadora da vida social, as experiências totalitárias eliminaram todos os sistemas éticos tradicionais, de regulação da conduta humana. Superada ficou a distinção entre sociedade civil e Estado, porque tudo passou a fazer parte da esfera estatal. Mas o próprio Estado, com isso, transmudou-se num complexo burocrático desmedido e aterrorizador, cuja configuração não encontra paralelo em nenhum lugar do passado.³⁷

O cimo desta fase – aviltante e repugnante – pode ser situado com o julgamento dos crimes de guerra após a segunda guerra mundial (ou o conflito de 1939/1945) pelos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio. A defesa dos acusados de que apenas cumpriram a lei de seus Estados, no primeiro caso, ou acataavam as decisões do imperador japonês, no segundo, não foram suficientes para afastar suas condenações, em alguns casos, à pena de morte.

36 CARVALHO, Platão Eugênio de. *Neocolonialismo: a expansão imperialista do século XIX*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 11.

37 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Pois não se aceita mais o exercício do direito e da justiça como a reprodução fática dos códigos e das leis. Jamais o valor do homem deve ser suplantado pelo valor do texto. Devem a justiça, o Direito, a lei, caminhar lado a lado com a moral, a ética, a virtude, a fraternidade. É o momento do pós-positivismo.

A Era dos Direitos e a (re)valorização dos princípios jurídicos

Inspirado em pensadores como Gandhi, Robert Alexy e Ronald Dworkin, vem o pós-positivismo noticiar que, para que a norma seja considerada válida, esta deve soar em consonância com a moral, tanto em se tratando da sua lavra quanto da sua aplicação. Aliás, a moral *deve vir antes do Direito*, pois é norma de conduta que se espera do indivíduo, independentemente de coercibilidade. Nas palavras de Miguel Reale:

A teoria do mínimo ético consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado, obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos desta doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais rigor e vigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considera indispensável à paz mundial.³⁸

Em paralelo com estes ideais, juristas como Miguel Reale – com a teoria tridimensional envolvendo fato, valor e norma – e Otto Bachof – com a tese das normas constitucionais inconstitucionais – estruturam cada vez mais o Direito em premissas principiológicas éticas morais. Isto juntamente com a própria evolu-

ção das instituições e do pensamento formal e material na elaboração e aplicação das leis alçam o Direito ao patamar de uma verdadeira ciência empírica, com resultados verificáveis e a possibilidade de correção de desvios.

Com efeito, por meio de toda uma construção histórica, ética, valorativa, muitas vezes heroica, outras vezes vergonhosa e espúria, muitas vezes ao custo de milhões de vidas humanas simultaneamente, finalmente experimentamos o que Norberto Bobbio bem elegeu denominar de “*Era dos Direitos*”. Não há nação civilizada, não há possibilidade de lide sem que se possa lograr êxito na sua pacificação por meio do Direito.

De fato, ainda existem dezenas de nações, milhares ou milhões de indivíduos sem acesso a justiça e sem sequer conhecer seus direitos. Mas, como visto ao longo deste trabalho, Direito é evolução. É congruência de um pensamento a uma época e a um espaço de que da Justiça se faz carente. Sempre buscando, muito mais do que a resolução dos conflitos e a aplicação da lei, o auxílio na evolução do homem e da sociedade em que vive. O próprio Norberto Bobbio anima-se ao vislumbrar o futuro do Direito:

Mas não posso negar que uma face clara apareceu de tempos em tempos, ainda que com breve duração. Mesmo hoje, quando o inteiro decurso histórico da humanidade parece ameaçado de morte, há zonas de luz que até o mais convicto dos pessimistas não pode ignorar: a abolição da escravidão, a supressão em muitos países do suplício que outrora acompanhavam a pena de morte e da própria pena de morte. É nessa zona de luz que coloco, em primeiro lugar, juntamente com os movimentos ecológicos e pacifistas, o interesse crescente de movimentos, partidos e governos pela afirmação, reconhecimento e proteção dos direitos do homem.³⁹

38 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 42.

39 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 54.

É nesta fase denominada pós-positivista, a partir da segunda metade do Século XX, que os princípios foram deixando de assumir aquela função secundária característica do positivismo, e passaram a significar elementos essenciais da normatividade jurídica (tal como na Antiguidade Clássica), ocupando lugar de destaque nos textos constitucionais. Esta fase, no entendimento de Comparato,⁴⁰ corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas acentuaram a hegemonia axiológica dos princípios, convertendo-os em alicerces normativos sobre os quais assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas postos. Esse reconhecimento dos princípios como normas jurídicas dotadas de imperatividade e irretroatividade (no sentido de retroceder-se em direitos e garantias fundamentais) é entendimento relativamente recente no Direito. Considera-se que os princípios passaram por todos estes diversos estágios (jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo), até alcançar proeminência na doutrina contemporânea.

Como bem defende Canotilho,⁴¹ um dos grandes desafios hodiernos da orla constitucional, notadamente dos países que passaram por situações em que o Estado era de exceção, é manter suas normas e princípios conquistados de modo intocável. A não retroação, o não retrocesso lógico-jurídico das normas positivadas (ou não) se traduz, assim, na impossibilidade da violação dos direitos e garantias essenciais já conquistados, não devendo jamais serem sobrepujados. Trata-se de uma ideia ainda em construção, sequer expressamente positivada, conquanto haja já muitos princípios pelo mundo que falam da irretroatividade das leis (que é diferente do princípio do não retrocesso de direitos), que trata da inaplicabilidade de lei mais gravosa,

de quórums especiais legislativos para reforma de determinadas normas etc.⁴²

Neste sentido, já defendi publicamente que abreviar direitos conquistados é inadmissível para o constitucionalista moderno e, mais ainda, para a população, a quem tal conjunto normativo maior é direcionado. É o *princípio do não retrocesso dos direitos e garantias fundamentais*.⁴³

Pois que, ao reconhecer a existência de direitos inalienáveis e que devem ser definitivamente respeitados – como é o caso das cláusulas pétreas no direito constitucional pátrio –, o ordenamento jurídico e a sociedade que o conquistou não podem ver os mesmos direitos terem seu poder debilitado, decaindo de sua força normativa. Seria um retrocesso se aceitássemos a involução de qualquer espécie normativa que figure entre os direitos e garantias fundamentais do homem, como a vida digna do início ao seu fim, a inserção social, a saúde, a participação política e tantos outros tão duramente conquistados no curso da História.

Conclusão

Buscamos neste artigo fazer um voo rasteiro na História da humanidade e das civilizações, de muitos séculos em poucos minutos, sempre atrelados aos fatos e acontecimentos que reverberaram na consubstanciação do Direito que vivemos nos dias de hoje, sem olvidar as instituições e regimes jurídicos que foram relevantes no passado.

40 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 260.

41 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1993.

42 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 260.

43 CARVALHO, Murilo Alves de. O princípio do não retrocesso dos direitos e garantias fundamentais. In: SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; SCOTTI, Guilherme; LOPES FILHO, Juraci Mourão (Coords.). *Direitos e garantias fundamentais III* [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 206-226. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/ro-joxn13/yj48z8wo/HPTt4fwJId129OGH.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018

A fim de não tornar o trabalho muito extenso, evitamos temas que ainda suscitam uma pacificação doutrinária – como gerações de direitos humanos ou as diversas escolas positivistas. Não foi o objetivo debatê-los, mas sim lembrar o contexto em que surgiram.

Concluimos assentando que, talvez um dia, num futuro longínquo, não precisemos mais do Direito. De leis, de códigos, de tribunais e juízes. Pode ser que, um dia, a virtude seja algo tão intrínseco na natureza humana como são os olhos, os sentidos, a fala. Ao ponto de, ao invés de sancionar um semelhante que nos agride, venhamos antes questioná-lo do motivo de sua ação. Assim como Jesus Cristo que, quando agredido, não revidou, mas ofereceu a outra face, dando mostras de estar a milhares de anos-luz à frente de nós com seu pensamento. É uma utopia, certamente. Mas, por que não?

Enquanto isso não acontecer, cabe ao menos uma reflexão: se estamos a colocar adequadamente em ação nosso patrimônio e equipamentos jurídicos que tanto declamamos como moderno. Legado por pensadores que, por vezes, pagaram suas ideias com o ostracismo, com a perseguição e o preconceito, com o reconhecimento tardio ou, por vezes, com a própria vida. Eram como lavradores do conhecimento, preparando o homem para atender ao seu semelhante de forma cada vez mais virtuosa, ante as dificuldades ainda porvir.

Lembremos, por fim, que ainda existem recantos neste planeta em que o Direito e a justiça não são conhecidos, lugares que merecem nossa especial atenção e atuação. Muitos destes, curiosamente, nos quais o homem deu os seus primeiros passos na terra, conforme retratado na introdução do filme de Stanley Kubrick, citado no princípio de nossa exposição.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992.
- BORRAS, George Agustín Nicolás Ruiz de Santayana y. *A vida da razão*, 1905, v. I.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1993.
- CARVALHO, Murilo Alves de. O princípio do não retrocesso dos direitos e garantias fundamentais. In: SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; SCOTTI, Guilherme; LOPES FILHO, Juraci Mourão (Coords.). *Direitos e garantias fundamentais III* [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 206-226.. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/rojoxn13/yj48z8wo/HPtT4fwJId129OGH.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.
- CARVALHO, Platão Eugênio de. *Neocolonialismo: a expansão imperialista do século XIX*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno forense*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1986.
- ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.
- FINLEY, Moses. *O legado da Grécia - uma nova avaliação*. Brasília: UnB, 1998.
- FÓRMICO, Marcela Regina. *A arena da ilusão: a representação do gladiador dentro da linguagem cinematográfica - Spartacus* (Stanley Kubrick, 1960) e *Gladiador* (Ridley Scott, 2000). Disponível em: <<http://www.unicamp.br/chaa/eha/atas/2008/FORMICO,%20Marcela%20Regina%20-%20IVEHA.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. São Paulo: Vozes, 1972.
- GONZÁLEZ, Justo L. *E até aos confins da Terra: uma história ilustrada do cristianismo*, São Paulo: Vida Nova, 1995. v. 4.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LUCCA, Newton De. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MITOLOGIA. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. III.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NOSSO SÉCULO – 1900/1910. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- PAINE, Thomas. *Os direitos do homem*. São Paulo: Vozes, 1988.
- PEREIRA, Aloysio Ferraz. *História da filosofia do direito: das origens a Aristóteles*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1 e 2.
- _____. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998.