

O DIREITO COMO FORMAÇÃO MODERNA: UM CORTE EPISTEMOLOGICO DAS ORDENS NORMATIVAS.

*Aloizio Gonzaga de Andrade ARAÚJO**

Sumário: 1 – Introdução. 2 – A dúvida resultante da generalização do Direito como formação permanente. 3 – A generalização no campo das ciências culturais. 4 – Leis da Natureza e Ordens Normativas. 5 – As Ordens Normativas e seu conceito. 6 – A formação resultante do Direito. 7 – O nomem juris da lei. 8 – O que é imputação. 9 - Diferenças entre as Ordens Normativas. 10 – Conclusão.

RESUMO

A partir da crítica, que formula, às posições teóricas dominantes de que o direito é ordem normativa única e permanente, que teria surgido com o próprio homem e, desde então, se faz presente na vida humano-social, o artigo questiona se o direito é gênero, ou não, para firmar-se naquele como última espécie normativa, precedida pelo costume e pela religião, reconhecidos pelo autor como ordens normativas também.

Partindo da teoria tridimensional do direito – norma, fato e valor – que se presta à justificativa das referidas teorias dominantes, mas acrescentando-lhe o autor dois novos fatores – o centro de imputação e o centro de julgamento das ordens normativas – faz destes a diferença entre as Ordens Normativas Costumeira, Religiosa e Jurídica.

E, em decorrência, fixa o direito como formação normativa moderna, que se estrutura a partir da Lei das XII Tábuas e se consolida no curso e ao cabo da Revolução Anglo-Franco-Norte-Americana.

ABSTRACT

This paper criticizes the dominant views that consider Law as the unique and permanent normative order, which appeared simultaneously with human race and is still present in social-human life. We consider whether Law is a genre to assume that it is the last normative order, preceded by custom and religion – both also recognized as different normative orders.

Taking the “Three-dimensional Theory of Law”– norm, fact and value – as premise to justify the dominant views, this paper adds new aspects – “imputation center”

* Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG
Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG

and “normative orders judgment center” – to differentiate the customs, religious and juridical normative orders.

We conclude that Law is a modern normative formation, which has been structured in “The Law of the Twelve Tables” and consolidated in the course of the Anglo-French-North American Revolution.

1 – Há conhecida vocação vulgar, como também filosófica e científica para a generalização dos objetos de conhecimento, tanto físicos como culturais, no tempo e no espaço.

Ficando apenas presos aos objetos culturais, do ponto de vista vulgar, a permanência deles ao longo das gerações tende a fazer crer que eles sempre existiram, tal qual se apresentam aos nossos olhos, ainda que neles reconhecendo pequenas variações no tempo e no espaço e, dentre esses objetos, pode ser apresentado o direito.

Do ponto de vista filosófico, na esteira das teorias do conhecimento ancestrais, pretendeu-se para o campo da natureza, como da convivência humana o modelo matemático da generalização.

Pitágoras (560/496 a.C.) e sua Escola Itálica tinham no número, tomado como entidade corpórea, a causa de todas as coisas, uma vez que para eles a matéria só adquire suas qualidades por meios de relações numéricas. Por tal razão, sendo a intuição de Pitágoras que a essência de todas as coisas é o número, generalizou ele também para a convivência social sua visão numérica, e a Justiça foi apresentada, em decorrência, como relação aritmética, uma equação ou igualdade. À luz dessa concepção, deduziram os pitagóricos o conceito de retribuição, de troca, de correspondência entre o fato e o tratamento adequado dele. Na mesma linha pitagórica, Platão (427-347 a.C.), ao tratar da Justiça, usou de linguagem matemática, descrevendo-a como “igualdade geométrica”. A clássica distinção das três formas de Justiça de Aristóteles (384-322 a.C.), cujo germe é de ser buscado também no Pitagorismo, é a igualdade aritmética: a Justiça Comutativa impõe a equivalência matemática dos objetos trocados: a Justiça

Distributiva impõe a distribuição desigual de bens e serviços entre desiguais, em proporção aritmética; e a Justiça Repressiva impõe a repressão dos Tribunais aos delinqüentes também com a preocupação de proporção matemática.

Do ponto de vista científico, a generalização do objeto ganhou prestígio a partir de Galileu, Bacon e Descartes. Galileu, pelo seu método de observação, experimentação e matematização em torno de hipóteses; Bacon, pela sua proposta da experiência escrituada, que leva o pesquisador a observações metódicas e a experimentos; e Descartes, pelo seu

método de ordem e medida, que traduz verbalmente a lógica matemática, definida pela álgebra, em aliança com a lógica física determinada pelo mecanismo dos choques da matéria pela ação do movimento, deram origem à Ciência Física e impulso crescente à pesquisa das leis da natureza, e o enorme êxito causado pelas novas conquistas e a maneira de construir conceitos mediante igualmente generalizações matemáticas, forjaram o modelo ideal para as ciências, por assegurar-lhes por este meio o conhecimento dos objetos físicos.

É neste caldo de longa cultura vulgar, filosófica e científica das generalizações dos objetos de conhecimento, que vamos encontrar a tese dominante entre nós de que o direito é formação normativa permanente entre os homens em todos os tempos.

Com efeito, é esta a posição teórica de prestigiosa corrente de filósofos e juspublicistas, que deduzem metodologicamente a permanente existência temporal do direito das doutrinas do Direito Natural e do Contrato Social; e os antropólogos e sociólogos que, metodologicamente, induzem o direito de fato de que todas as sociedades, sendo dotadas de governo - que confundem com o Estado – em qualquer tempo tornam este capaz de impor regras de direito aos seus súditos.

Não nos parece diferente a análise conseqüente do monismo de Kelsen¹ que, considerando o Estado apenas como ordenamento jurídico e, portanto, ambos sendo apenas direito, os deduz metodologicamente da norma fundamental, seja como norma hipotética de seus trabalhos publicados em vida, seja como norma pressuposta “como se” de seu trabalho póstumo, porque em sua pirâmide a norma fundamental, logicamente desde sempre presente e, portanto, válida por si própria, é a responsável pela imputação hierárquica decrescente das normas jurídicas nos diversos escalões a partir da Constituição, a que, no entanto, precede.

Mata Machado², resumindo o pensamento da poderosa corrente de filósofos e juspublicistas, fundada no Direito Natural, mas que também engloba, segundo o nosso entendimento, o positivismo jurídico e o positivismo sociológico, não importando que seus métodos sejam outros, repete o velho aforismo latino para a ele acrescentar o homem, generalizando assim o Direito no tempo e no espaço.

Ao “ubi societas, ibi jus” romano, Mata Machado acrescenta: “A referência ao homem, que vivendo em sociedade, não se modela inteiramente pela sociedade, mas pode, pela força do espírito, colocá-la a seu serviço, pois não pertence à sociedade

¹ KELSEN Hans, Teoria Pura do Direito, 6ª ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003 pg. 39.

² MATA – MACHADO, Edgar, Elementos de Teoria Geral do Direito, Vega, 1981 pag. 14.

segundo todo o seu ser” e então formula o aforismo de uma maneira para ele mais completa e exata: ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus!

2 - No entanto é preciso que se questione se o direito é conceito que pode ser estendido a todas as formações normativas de todos os tempos pela generalização.

Se a generalização é, sem duvida, um dos princípios científicos que faz dissolver os individuais na espécie e a espécie no gênero, ela tem que ser examinada sob o enfoque do termo formação, que pode ser entendida na acepção heraclitiana do devir: a formação como processo de construção do direito e a formação, tomada como construção resultante, i. é o direito construído, mas que também evolui em novo processo de formação.

3 - E, então, mostrada as vocações vulgar filosófica e científica para a generalização do objeto de conhecimento, pode-se tomar partindo dela quanto a sua incidência no campo das ciências culturais – e o direito é ciência cultural – admitindo-se a generalização ampla apenas quando estivermos diante de um gênero quantitativo no campo histórico-temporal e a generalização restrita, quando estivermos diante de espécies qualitativas de um gênero.

É que o gênero é o atributo mais amplo a que o objeto de conhecimento pertence, enquanto a espécie, por ser múltipla e variável, é o atributo pertencente a vários objetos ao mesmo tempo, mas que só se tornam singulares pela diferença, que é o atributo que os situa uns relativamente aos outros em patamares dessemelhantes dentro do gênero. Por exemplo, ao gênero animal pertencem o homem, como o macaco e a gaivota, que são espécies, mas a diferença é que o homem é animal racional, etc...dado que o distingue das demais espécies dentro do gênero animal.³

Aplicando estes atributos aristotélicos ao direito, parece que ninguém duvida de que ele é espécie de gênero ordenamento social ou ordem normativa. Mas se ao lado do direito também podemos considerar pelo menos o Costume e a Religião, porque juntamente com aquele são espécies do mesmo gênero, podemos apontar, então, como espécies do gênero ordenamento social, formação normativa ou ordem normativa o Costume, a Religião e o Direito.

Para contrariar a posição dominante e ir adentrando ao tema de nosso encontro, permito-me insistir que o Direito é apenas uma espécie normativa e cronologicamente a última delas, que tem nas ordens normativas costumeira e religiosa as suas principais

³ ARISTÓTELES, *Tópicos*, S. Paulo, Nova Cultura, 1987 (Os Pensadores)

fontes, ao lado da Natureza, que é o substrato físico da vida social, em que desenvolvem as ordens normativas.

4 - Em a Natureza física, como a ciência hoje nos demonstra, tudo esta organizado segundo leis, isto é, segundo regularidades espaço-temporais que, não obstante as transformações correntes e possíveis, mantêm-se em linhas de estabilidade previsíveis entre frações de segundos e milhões de anos.

É que na Natureza física, os objetos estão organizados, segundo leis mecanicamente mais ou menos precisas; mas na Natureza Zoobotânica, as leis de organização são mais complexas, porque não apenas mecânicas, uma vez que os organismos, que a integram, se compõem, além dos elementos inertes da Natureza Física, também de elementos biológicos, que os tornam seres vivos, porque capazes de se reproduzirem, o que se faz possível graças a uma auto-regulação, que se coloca entre o meio e a resposta a ser dada pelo organismo para nesse se adaptar, sobreviver e reproduzir. Mas esta realidade físico – biológica e as leis que a presidem, são de conhecimento recente do homem e ainda em pleno desenvolvimento.

O que nos interessa aqui, não é mais o mecânico das leis de regulação física dos objetos inanimados, nem o orgânico das leis de auto-regulação zoobotânica dos seres vivos, mas, de conhecimento recente também, é a lei de organização gregária dos animais, que vivem em grupos, em cujo ápice se encontram os homens, a matéria ser abordada em seguida.

Do mundo animal tomemos como exemplo as colméias de abelha a que, em geral, estamos mais acostumados a observar e que nos impressionam pela sua organização e trabalho, assuntos de que não trataremos com preocupação científica do biólogo, que não somos.⁴

Atendo-nos apenas à forma de organização gregária das abelhas européias e africanas, que são as mais disseminadas entre nós, lembramos que é do conhecimento geral, ainda que vulgar, que as suas colméias têm uma rígida organização hierárquica, com clara distribuição de funções entre os seus membros, a partir de uma única rainha, que é senhora absoluta de seu agregado. Abelha fêmea comum é diferenciada das outras pela alimentação especial de que se nutre – a geléia real -, que a torna fértil, e é ela que, fecundada por um zangão, cria a colméia e dá origem à comunidade.

⁴ ENCICLOPEDIA ILUSTRADA da Ciência e da Técnica, S. Paulo. Melhoramento. 1971

O ninho da colméia, tecnicamente construído, é formado por alvéolos hexagonais, que tanto servem para a postura dos ovos e criação das larvas, como para o armazenamento do mel, o alimento das abelhas.

As abelhas operarias são estéreis e a elas cabe alimentar as larvas, renovar o ar com a vibração das asas, defender a colméia, limpar os ninhos, e fabricar o mel, além de outros trabalhos indispensáveis à subsistência e segurança da colméia.

Num determinado momento do ciclo biológico a rainha abandona a colméia, seguida por um cortejo de abelhas operarias, cria outra colméia, deixando para traz uma princesa como a nova rainha do ninho abandonado, que, para assumir tal posição, elimina as concorrentes e se cruza com outro zangão para dar continuidade à colméia que ficou sob o seu comando. E assim, sucessivamente, vai se perpetuando a espécie.

Esta contínua e estacionária forma de organização gregária das abelhas, como de resto de outras espécies animais, que vivem também em coletividades, está sujeita a leis meramente instintivas, como de vida individual instintiva são seus membros. Os animais têm uma conduta instintiva porque, presos a uma programação hereditária do conteúdo de suas condutas, estas respondem apenas à uma coordenação geral de ordem, encadeamento, encaixamento de esquemas e suas correspondências para promoverem os seus ajustamentos individuais às circunstâncias múltiplas, orientando-se tão só no sentido de sua acomodação ao meio e à experiência. Por isso mesmo não pode deixar de ser instintiva a sua organização gregária também.

As leis da natureza são, como correntes na linguagem filosófica e científica, leis de realidade, regularidades experimentais colocadas no plano do ser dos objetos inanimados e animados e que, por isso mesmo, persistem indefinidamente sem qualquer modificação perceptível, a não ser por acidentes e tempos maiores ou por eras geológicas e genealógicas.

Quando se trata, contudo, de examinar as leis que regem os homens e os seus agrupamentos, a questão se complica, ainda mais, porque eles se acham subordinados, concomitantemente, a duas espécies de ordem: à ordem de natureza, em comum com os demais animais, de importância indiscutível, mas, principalmente, a outra espécie de ordem, já então exclusivamente humana, que é a Ordem Normativa Jurídica, entendida esta como variados feixes de normas objetivas, conceptualizadoras e valorativas da conduta humana e que, em linguagem filosófica e científica, se colocam no plano das leis do dever ser.⁵

⁵ REALE, Miguel, Fundamentos do Direito, 2ª ed. ver. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972 pg. 42.

A tensão dialética, que se produz entre as leis do ser e as normas do dever-ser, somente é entendida à luz da inteligência racional do homem, numa variação que, partindo da consciência psicológica, atinge a consciência social, permeadas pela consciência moral, para se consagrar na vida social e política, resultando desta orientação variáveis Ordens Normativas sucessivas e/ ou concomitantes, que, sobre a base física e biopsíquica, asseguram a coexistência humana no grupo primitivo e a solidariedade na sociedade e no Estado.

Por não ser aqui o lugar de exame das leis da Natureza que, não obstante, acarretam importância não desdenhável na organização humana, fiquemos apenas nas leis, ou melhor dizendo, nas normas que têm orientado a sua organização desde o grupo primitivo à sociedade e ao Estado.

5 - Como já referido, as Ordens Normativas são três: costumeira, religiosa e jurídica.

Esclareçamos inicialmente o conceito de ordem normativa, para referi-la à unidade de seu continente e de seu conteúdo em estrutura própria, para o que deve ficar explícito, em primeiro lugar, que é o continente dela o determinante para a sua caracterização como Ordem Normativa Costumeira, Ordem Normativa Religiosa ou Ordem Normativa Jurídica; em segundo lugar, que o conteúdo dela pode pertencer a uma ou, ao mesmo tempo, a mais de uma ou a todas as ordens normativas; e em terceiro lugar, que estas ordens normativas embora se entrelacem há séculos, surgiram na seqüência dada, costumeira, religiosa e jurídica, ainda que perpassadas na era histórica pela consciência social e pela consciência moral.

Para caracterizar a variabilidade de conteúdo das Ordens Normativas, apresentemos alguns exemplos pertinentes ao estágio cultural em que nos encontramos: o “dever de respeito” aos mais idosos é preceito referente a um conteúdo de ordem normativa costumeira desde tempos imemoriais; já o primeiro mandamento mosaico – “amar a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a ti mesmo” – é a conceptualização de uma conduta, cujo conteúdo é de norma, em geral, inserida tão só na Ordem Normativa Religiosa; por fim, a proibição mosaica do quarto mandamento – “não matarás” – é, concomitantemente, preceito hoje referente a um conteúdo presente praticamente nas três Ordens Normativas.

Em face da clareza dos exemplos dados, não há necessidade de outras explicações sobre a identidade e a variabilidade dos conteúdos das Ordens Normativas e, em

decorrência, podemos apontar o continente que, agasalhando-as, fará deles preceitos de Ordem Normativa Costumeira, Religiosa ou Jurídica.

Cambiantes assim as expressões dos conteúdos normativos ao longo da vida da humanidade, comecemos por afirmar que o continente, que conformará a Ordem Normativa, é o espaço ideal, não no sentido territorial, mas no sentido de uma rede de relações intersubjetivas, em que se insere a matéria admitida como dever ser da conduta normatizada: é o Costume, em torno do qual gira o indivíduo que pela sua efetividade no grupo, desde a era primitiva, é o espaço que estabelece em qualquer tempo a Ordem Normativa Costumeira; é a religião, com sua tributária consciência religiosa individual em torno da divindade, o espaço que agasalha a Ordem Normativa Religiosa; é, finalmente, o Estado, com a consciência jurídica da efetividade social, moral e política em torno da pessoa, o espaço em que se insere a Ordem Normativa Jurídica.

Sendo claro para todos que o homem e o grupo formam uma unidade indissolúvel desde a mais remota Antiguidade – para caracterizar que onde se acha um se encontra obrigatoriamente o outro -, as práticas iniciais de vida coletiva, por não serem instintivas, tornam-se costumes, porque são práticas humanas inteligentes, que geram modos de condutas e formas de representação que a eles são singulares, ainda que inconscientes.

Os costumes, desde então, ordenam a vida, da primitiva à social, num plano eminentemente grupal, de relações inter-individuais e inter-grupais sem o reconhecimento do indivíduo, e formam uma maneira de ser que independe de qualquer consciência, mas que, diante de sua transgressão, impõe o seu reforço em norma de conduta: em tais casos, deve-se sempre agir de tal maneira. Estes preceitos normativos costumeiros valem tanto para os indivíduos, que a eles devem se submeter, como para o grupo que os deve manter.

Em geral aceitas, normas de conduta costumeiras de outros tempos, já ultrapassadas, que são enxergadas hoje como bizarras e irracionais por nossos olhos, foram normas racionais em sua quadra, tais como, v.g., o rapto de mulheres e a escravidão, porque não só aceitas, mas também recomendadas pela Ordem Normativa Costumeira de então, que fez parte de Ordens Normativas Religiosas e até Jurídicas, ainda que condenadas crescentemente por homens dotados de consciência moral, religiosa e jurídica *in fieri* nos últimos séculos, até o seu desaparecimento no mundo civilizado.

Os costumes, que se mantêm, conscientes ou não, e a respectiva Ordem Normativa, que lhes corresponde, limitam-se a satisfazer os interesses dominantes ao grupo primitivo ou na sociedade, impondo apenas obrigações aos seus membros.

Já toda ordem normativa religiosa é a conceptualização de um dever-ser que o seu adepto deve exercitar na vida terrena para a conquista da vida pos-mortem; caracteriza-se por ser estatuída em normas impostas do alto por revelação divina e cuja pratica resulta de atos conscientes de vontade, porque destinados ao fim religioso último: de uma lado ela impõe costumes, de outro, pelo dever da fé, acena com a conquista benévola de outra vida.

Com este enunciado, fica excluída a lembrança de religiões primitivas, porque, sendo cultos mais emotivos do que crenças religiosas propriamente ditas, elas devem ser integradas tão-só à Ordem Normativa Costumeira, e ainda que lhes reconheça influência originária nas religiões da era histórica, faltava aos seus seguidores a consciência intelectual e moral dos fins a colimar.

Das grandes religiões, que surgiram na era histórica, interessa-nos aqui apenas a lembrança de que são portadoras de normas sociais de conduta como reforço do comportamento intimo e das intenções de seus seguidores. Estas religiões somente aparecem em estágio avançado da cultura, a partir do surgimento da linguagem fonética, que, descortina, dentre outras, a consciência individual.

Desde então, adoradores de muitas divindades (politeístas) ou de um só Deus (monoteístas) pedem às religiões respostas à interrogação que os deixa perplexos: para além da transitòriedade da vida no espaço-tempo, o que será o infinito, sem espaço=tempo, para onde todos se encaminham? As religiões, então, são buscas de respostas divinas às angústias humanas e atendem tanto a razão prática, desde sempre presente, com a razão teórica nascente.

À razão prática respondem, de nova forma, os costumes religiosos, ritos, orações, práticas ascetas, contemplação, cultos, etc., que são formas de expiação de faltas e de encontro com a divindade; e à razão teórica responde a necessidade de justificação da divindade como potentado do Universo, a quem se suplica a superação das agruras da vida humana.

Em contrapartida, normas severas de condutas são impostas aos crentes pelas religiões, quase sempre em choque com a Ordem Normativa Costumeira vigente, ainda que, com o tempo, venham a se compartilharem entre si, ou por sua identificação uma com a outra como valor de efetividade social ou por se respeitarem reciprocamente como válidas cada uma em seus campos ideais. E a Ordem Normativa Religiosa impõe também aos crentes apenas obrigações.

Visto que a normatividade é variável de continente e não obrigatoriamente de conteúdo e que acompanha o homem desde a era primitiva até os nossos dias, graças à inteligência racional que lhe permite, além de entender crescentemente a ordem da natureza, criar Ordens Normativas variadas para julgar as condutas, dos costumes à Ordem Normativa Costumeira, das crenças primitivas às religiões históricas com as respectivas Ordens Normativas Religiosas, o que se viu é que os mesmos conteúdos podem se fazer presentes no dever-ser de quaisquer delas para assegurar a coexistência do grupo e a ação ou gratificação futura de seus membros por meio da solidariedade.

Assim, v. g., a proibição do incesto, as relações de família, a apropriação de bens, a troca, a igualdade, a proibição de matar, o processo de escolha de governantes, a cobrança de tributos, etc., que integram hoje a Ordem Normativa Jurídica como institutos de Direito Privado e de Direito Público, devem ser buscados nos costumes, práticas religiosas e suas respectivas normas ancestrais.

Se assim é, estes conteúdos só adquirem esta nova condição porque integram o continente do Direito, nova expressão normativa que passa a existir a partir da idéia do socialmente justo em torno do reconhecimento da pessoa como sujeito de direitos e obrigações e sua crescente institucionalização, objetos que se constroem paulatinamente com o objeto Estado, ele mesmo produto do direito porque pessoa jurídica institucionalizada.

A transição do conteúdo normativo costumeiro ou religioso, de validade social, para conteúdo de direito, é produto histórico que, lentamente, se desenvolve em torno da personalidade jurídica, em favor da qual – institucional ou individual – a criação de instâncias judiciais, legislativas e executivas promove a Ordem Jurídica numa formação que terá como centro unitário de ação e decisão o Estado. Este passa a ser a fonte formal desta nova normatividade, que não só a estabelece e a assegura para o futuro, como indica as condições para a validade dos costumes socialmente tidos como justos, mas, noutra patamar, de pessoas sujeitas a obrigações e direitos.

Sem este entendimento, o direito, de espécies de ordenação social, se transformaria em seu gênero e teríamos de aceitar, em contrapartida, como jurídicas, todas as normatividades costumeiras e religiosas de todas as épocas e ainda as normatividades marginais, como as que regulam as organizações criminosas, que infestam a vida social em todos os tempos e em todos os Estados e, admitida tal abrangência, o Direito e o Estado perderiam, cada um, a sua própria identidade e razão de ser.

6 - Excluída, assim, a existência de direitos com anterioridade à formação da pessoa de direito e sua efetivação com o surgimento do Estado de Direito, vejamos agora a formação do Direito como formação resultante.

Como vimos a formação do Direito se elabora crescentemente enquanto processo por meio das normatividades antecedentes, mas a sua formação resultante é tão-só, originalmente, romana e isto tem que ser afirmado.

Tomemos o ano de 452 a.C., data em que foi editada a Lei das XII Tábuas, em Roma, marco que apontamos como ponto de partida da formação resultante do Direito.

Se os decênviros, a quem foram entregues a elaboração da lei, visitaram a Grécia, ou não, em busca de subsídios para o seu trabalho, pouco importa o desencontro, a propósito, dos romanistas⁶, porque a influência grega comprovada sobre Roma data pelo menos de Pitágoras, a quem numa Pompilius teria feito erigir uma estátua no foro, portanto, bem antes de que Roma desse ao Mundo esse primeiro monumento jurídico.⁷

De outra parte, que os gregos tinham conhecimento das instituições romanas, atesta-o Aristóteles que, em "A Política", que a elas se refere, ao lado de outras, quando afirma:

*A base de todos os governos antigos era a divisão dos cidadãos em tribos, cantões, curias, etc., A ordem reinante nessas diversas seções contribuía, tanto como as próprias leis, para a manutenção do governo. As leis de Moisés, de Licurgo, de Numa e de Servius Tullius, disso são a prova.*⁸

Por isso mesmo, não se pode pôr em dúvida que o pensamento de Pitágoras tenha influenciado os decênviros na elaboração da Lei das XII Tábuas com a sua teoria da Justiça como proporção e igualdade, independentemente de que tenham visitado ou não a Grécia, e nem se pode duvidar da influência sobre os romanos de seus seguidores Sócrates, Platão e Aristóteles, porque, conforme aponta Giuseppe Carli, "também nomes como Demócrito, Sócrates, Platão e Aristóteles foram conhecidos pelos Romanos desde uma época relativamente antiga."

Mas esta influência não se transformou em cópia. Desde os pré-socráticos, se o nomos é convenção, o que buscam os gregos é, contudo, o logos, ambos os termos podendo se traduzir como lei; e neste último sentido a lei está no plano ideal da síntese dialética do pensamento, que se deve manifestar no organismo político e moral, que é a Polis, para

⁶ NÓBREGA, Vandick, Historia e Sistema do Direito Privado Romano, pg. 61 et seq.

⁷ CARLI, Giuseppe, La vida del de recho, Madrid, 1889, El progreso editorial, pg. 217.

⁸ ARISTOTELES, A política, 3ª ed. Biblioteca Clássica, pg. 237.

levá-la e aos cidadãos à felicidade. Como o afirma Giuseppe Carli, os gregos compreendem a lei como idéia, e buscam os seus princípios de razão, dissertando sobre a virtude, a justiça, a sabedoria e sobre o melhor governo.

Tal postura é de aríete moral contra a Ordem Normativa Costumeiro religiosa então vigente.

Para os romanos o ponto de partida é outro. Práticos e agnósticos, embora supersticiosos, os romanos dão a lei um caráter eminentemente civil, que os levará a entendê-la como instrumento de afirmação das vontades individuais concretas, significando um acordo e união de vontades em uma determinada situação. É aí que aparece a igualdade geométrica pitagórica de proporção e medida, mas que terá de ser apurada em processo objetivo, que desde a Lei XII Tábuas pode ser chamada já de processo judicial.

Em Roma, não é um aríete moral contra a Ordem Normativa Costumeira vigente, mas é o início de sua implosão, como anteparo de indivíduos, na afirmação de um novo ordenamento exclusivamente civil, estabelecido sobre a vontade.

A partir da lei das XII Tábuas, se forma o que chamamos hoje de relação jurídica, que, conforme leciona Moreira Alves⁹, é a bipolaridade que se estabelece entre aquele que tem a faculdade de exigir o cumprimento de norma jurídica e, portanto, é o detentor do direito subjetivo, e o que está sujeito a observá-lo e que é o responsável pelo dever jurídico em última análise, porque nascente aí o contraditório, sob o crivo da jurisdição pública.

Obviamente, a Lei da XII Tábuas não é uma criação *ex-nihil*, mas, partindo dos antigos costumes para acomodá-los às novas exigências dos fatos, os decênviros, com a aprovação dos patrícios e plebeus, a elaboraram, traduzindo em normas escritas velhas tradições costumeiras para estender aos últimos prerrogativas que até então pertenciam exclusivamente aos primeiros, tornando-as direito para ambas as categorias.

Como primeiro monumento jurídico dado a conhecer, a Lei das XII Tábuas tem que ser entendida conforme o momento em que foi editada, com os barbarismos próprios e o ódio aos estrangeiros da época, mas, se longe estavam ainda os eflúvios do *jus gentium* e do *jus naturale* que vieram, com o tempo, fazer com que o Direito se espraiasse em espiral crescente de humanismo, tornou-se ela, pelos fragmentos que chegaram aos nossos dias, a base da construção do Direito Privado e do Direito Processual futuros, principalmente.

⁹ MOREIRA ALVES, J. Carlos, *Direito Romano*, Vol. I, Forense 1983, 5ª ed. revista e aumentada, pg. 100

È ainda a lição de Moreira Alves¹⁰ que afirma: “Quanto ao Direito Privado ele é tratado com mais largueza, embora, ainda aí, lacunas sejam consideráveis. Apenas com referencia ao processo, é que se encontram dispositivos mais numerosos e que obedecem a uma certa sistemática.”

Por isso mesmo, conforme ressalta Cunha Lobo¹¹:

Profunda e duradoura foi a influência da Lei das XII Tábuas na evolução do Direito Romano. Fonte imediata de toda a legislação, por conter em cada palavra o embrião de todas as instituições jurídicas que, mais tarde, o gênio dos Pretores, Prudentes e Edis soube desenvolver e aperfeiçoar, a Lei das XII Tábuas conseguiu atravessar centena de anos, sem que qualquer de suas disposições fosse objeto de revogação expressa.

7 - O nomem juris da lei, que tomamos hoje como lei jurídica, foi originariamente entre os romanos Jus, tal que o Jus civile, o Jus gentium e o Jus naturale.

Do latim Jus, que equivale ao grego ison, ambos significando igual, o termo é na Grécia Antiga, desde Pitágoras, o ideal filosófico do homem, a ser atingido num contexto de igualdade de todos numa unidade harmônica de proporção e medida que deve ser a Polis; mas em Roma, consolidando-se crescentemente a partir da Lei das XII Tábuas, o jus é o ideal empírico da igualdade entre os homens, ainda em justa proporção e medida, que se persegue, por meio de um conteúdo objetivo expresso na lei escrita.

No entanto, este ideal empírico romano do Jus passou a ser chamado de direito somente a partir do final da Idade Média para, como última espécie de ordenação social, despreendida dos costumes, das religiões e da moral desde a Roma Antiga, tê-los como fontes, além da lei escrita; e etimologicamente, também vem do latim, do verbo dirigere, cujo sufixo directu tem como raiz rectu, e tomando em português este nome nas demais línguas neolatinas toma os nomes de Diritto, Droit, Derecho, no alemão o nome de Recht e no inglês Right.

Mas o direito não se confunde com a lei, que só se torna jurídica se tem o próprio direito como seu conteúdo, segundo a estrutura, que difere da estrutura das leis costumeiras e religiosas, dentro de um contexto de igualdade, que tem como centro de imputação a pessoa.

¹⁰ MOREIRA ALVES, J. Carlos, idem pg. 29.

¹¹ CUNHA LOBO, Abelardo Saraiva. Curso de Direito Romano, Vol. I, pág. 168, Tipografia de Álvaro Pinto, Rio, 1931.

8 - O que é imputação?

Falemos agora, ainda que ligeiramente, sobre a acepção do termo imputação.

Do grego *aitia*, que significa também causa, imputação, é também significado, acusação e culpabilidade e pode-se considerar como diferentes causa que, em latim, significa, ainda, causa no sentido daquilo que produz um efeito, como também no sentido de processo judicial.

Aqui nos interessa, as diferenças entre causa neste primeiro sentido e imputação – nesta incluídas as acepções de significado, acusação e culpabilidade - que Kelsen¹¹ reconhece com clareza: a primeira é que, enquanto a imputação é a relação entre uma conduta determinada e a sanção como conseqüência, produzida por um ato de vontade, cujo sentido é uma norma, a causalidade é a relação no mundo da natureza entre causa e efeito; a segunda diferença está que a imputação, ao contrario de causalidade, que se desenvolve em número ilimitado de elos, possui apenas dois membros.

Arremata Kelsen: “Se dizemos que uma determinada conseqüência é implicação de uma determinada condição, como por exemplo a recompensa por um mérito ou a punição por um crime, então a condição, quer dizer, a conduta humana que representa o mérito ou o crime é o ponto final da imputação. Na serie de causalidades, não há, porém, nada neste gênero como ponto final.”

9 - Dados os significados das três Ordens Normativas, então, qual diferença entre essas espécies, entendendo-se que a diferença, como vimos, é o atributo que situa cada uma delas em patamares inconfundíveis, ainda que pertencentes ao mesmo gênero?

A nosso ver essa diferença é dupla.

Em primeiro lugar é o centro de onde emana a imputação do ordenamento. Assim enquanto o direito é espécie normativa que, valorando fatos em torno de pessoa¹², transforma esta em sujeito de obrigações e direitos (subjetivos), o Costume é a espécie normativa que, igualmente, valorando fatos, mas em torno de grupos, transforma os indivíduos em sujeitos – ou melhor, seria em objetos? – tão-só de obrigações em troca do aplauso ou reprovação social; e, finalmente, a Religião é espécie normativa que, valorando também fatos, em torno da consciência individual a serviço da divindade, impõe aos indivíduos (crentes) apenas obrigações também, já em troca de graça divina. Se

¹¹ KELSEN, Hans, *Teoria Geral das Normas*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabis, 1986 pg. 80; e *Teoria General Del Estado*, Buenos Aires, 1934, pg. 63

¹² Kelsen pontua que o objeto da Ciência Jurídica não é o homem, mas a pessoa. Ver *Teoria General del Estado*, pg. 82 e segs.

as três espécies concedem sanções premiais aos destinatários de suas normas, impõem também sanções punitivas aos que as descumprem.

Então, o centro de onde emana a imputação do ordenamento jurídico é a pessoa, enquanto que do ordenamento religioso é a divindade, e do ordenamento costumeiro é o grupo.

Em segundo lugar, a outra diferença é o centro de onde emana o julgamento do ordenamento.

Sem necessidade de discorrer acerca das diversas teorias sobre o Juízo, o senso comum nos indica que ele é atributo da racionalidade humana, que expressa uma preferência entre duas ou mais proposições para afirmar com ela um julgamento: o julgamento é, pois, a conclusão de um juízo. Assim se juízo é expressão intrínseca da racionalidade humana, ela extrinsecamente se expressa pela linguagem de uma proposição que profere um julgamento: entre considerar Pedro bom ou mau, faço o meu juízo e julgo que Pedro é mau.

Então, tem-se que juízos e julgamentos sempre ocorreram entre os homens desde, pelo menos, o surgimento da linguagem fonética falada, mas no que diz respeito às Ordens Normativas, para diferenciá-las umas das outras, é também o centro do qual emana os juízos e julgamentos o que interessa.

Deixando de lado a solução dos conflitos por árbitro e mediador¹³, existente de longa data, na Ordem Normativa Costumeira imperam como centros emanadores dos julgamentos, de um lado os indivíduos, que praticam a justiça privada (o duelo, a vingança de sangue, etc.) ou o chefe, que, para se tornar tal ou, como vencedor, é o dono da vida e dos bens dos vencidos (não é célebre o *Vae Victis*); de outro lado, é o próprio grupo que se torna centro emanador do julgamento, como, v. g., a punição de delitos contra o tabu, aos quais se impunha a condenação de todo o clã e não apenas daquele membro que praticara o ato, ou o suicídio ritual imposto a indivíduos e grupos para aplacar a divindade.

Estamos nos referindo aqui apenas à Ordem Normativa Costumeira antiga, porque modernamente ela, em grande parte, passou a integrar como fonte a ordem normativa jurídica, embora continue autônoma e resquícios seus não aceitos pelo direito de quando em vez aparecem, tal como o linchamento e a vingança.

Da mesma forma acontece com a Ordem Normativa Religiosa, cujos centros julgamento ou é a consciência do crente, que diante das próprias faltas se auto-julga, pede perdão ao seu Deus e cumpre severos rituais de expiação, ou é um “tribunal” que

¹³ Sobre a solução dos conflitos ver FIÚZA, César. *Teoria Geral da arbitragem*, Belo Horizonte Del Rey, 1995.

transforma o julgamento em ato divino, porque os membros que o compõe clamam pela justiça celeste e cumprem um ritual religioso que termina sempre em condenação severa e implacável do transgressor.

Aqui também estamos nos referindo apenas à Ordem Normativa Religiosa antiga, que também é fonte da Ordem Normativa Jurídica, porque, modernamente, pelo menos, a Ordem Normativa Religiosa Católica tem o seu Direito Canônico independente do Estado, no que é diferente hoje dos Estados Islâmicos, submetidos a Ordem Normativa Religiosa Islâmica.

E na História, sempre que se confundem as duas Ordens Normativas, a costumeira e a religiosa, os centros de julgamentos se misturam, num maior grau de intolerância e rigor: é o juízo de Deus que se manifesta pelas provas do fogo, da água e do duelo; pela condenação e execução abrupta, a ordem de tiranos, de indivíduos e grupos, tidos por inimigos reais ou imaginários; é a condenação de Sócrates pelo Tribunal dos 400; é a condenação ao ostracismo em Atenas daqueles que tivessem virtudes maiores que a média dos cidadãos; é a condenação de Cristo pelos hebreus, uma vez que Pilatos não viu em seus atos quaisquer crimes segundo as leis de Roma; é ainda uma infundável série de julgamentos que vão se expandindo para guerras, tidas como santas, ainda hoje; para os vencidos, como gente abandonada pelos céus; para a Inquisição, a fim de restabelecer e garantir a fé na Idade Média, etc., etc.

Já na Ordem Normativa Jurídica, o centro de emanção subjetiva do julgamento, se é ainda a consciência individual, mas jurídica, que, sendo comum à maioria dos homens, dá efetividade ao ordenamento, ele se toma objetivo com base em leis substantivas que definem direitos e obrigações de validade para todos, e leis adjetivas, ou processuais, que estabelecem as regras rígidas do processo, findo o qual sejam apurados os direitos e obrigações das partes envolvidas no dissídio: é o processo judicial que abarca tanto as questões em geral colocadas no campo privado, como também no penal e no público, a cargo de juízos e Tribunais oficiais, como garantias da pessoa, tornada sujeito de direitos e obrigações.

Esta perspectiva, que surge paulatina e paralelamente ao desenvolvimento das Ordens Normativas costumeira e religiosa - mas ainda em transformação permanente – só aparece em Roma como vimos a partir do século V a. C., quando a transformação da justiça privada existente na realeza alçou-se em verdadeira justiça publica pela Lei das XII Tábuas.

Ressalte-se mais uma vez, que as leis substantivas jurídicas, como já exposto, se destinam a oferecer a pessoas direitos e a impor-lhes obrigações que, se violados, sujeitam-nas ao crivo do processo judicial, que procura descentrar o subjetivismo do juiz em troca de objetividade da prova, fatos não ocorrentes nas normas substantivas costumeiras e religiosas – que só impõem obrigações, - e numa e noutra Ordem Normativa o processo não depende de provas objetivas e nem de ritos objetivos, mas tão só de convicções subjetivas dos membros da sociedade e de juizes e testemunhas, com a marginalização dos que tiveram contrariado o Costume e a Religião, com a prodigalização da morte aos acusados e com o arbítrio subjetivo das soluções de conflitos menores por partes dos mediadores.

Porque os mesmos fatos são valorados por normas desde a mais remota Antiguidade pelos grupos e se tornam “leis” de regulação dos comportamentos e atividades individuais e coletivas, bem como de organização dos mais diferentes agrupamentos, tem-se, em geral, entendido estar sempre diante de leis jurídicas em todas as épocas, erro que traz consigo ainda outro erro fundamental, que é o de confundir lei com direito.

Ora, já visto que lei é um substantivo nominal, que abarca um gênero de relações substanciais, desde as relações causais no mundo físico – biológico às relações de significação no mundo cultural, tem-se também que, em ambos os campos há espécies as mais variadas. E o direito é uma espécie, como vimos, de regulação do mundo cultural, que está na ápice das Ordens Normativas.

Não é outra a concepção da estrutura do direito, que se avulta nesta hora, graças à consciência jurídica crescente, e aos Tratados Internacionais¹⁴, que têm imposto revisão de atos, considerados “jurídicos” em tempos recentes, para considerá-los injurídicos, porque, se autorizados por “leis”, estas não expressavam o direito, como é o caso, v. g., dos processos movidos recentemente contra Pinochet no Chile, e contra Milosevic e outros no Tribunal Penal Internacional em Haia, bem como a revisão da lei de obediência devida na Argentina para processar ditadores e seus asseclas.

10 - Conhecem-se normações costumeiras e religiosas escritas desde há cerca de 4 mil anos aproximadamente, que se influenciam reciprocamente e, desde então, ainda que grande parte delas tenha passado a integrar a Ordem Normativa Jurídica – forma

¹⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, A proteção internacional dos direitos humanos, S. Paulo, Saraiva, 1991

última das ordenações sociais – não podem elas, no seu tempo, serem designadas como o direito, fenômeno, então, sequer conhecido.

Herman Heller¹⁵ lembra que a distinção entre as vinculações normativas não podem ser consideradas como algo absoluto, mas deve ser compreendida na sua relatividade histórica e sistemática, para advertir em relação à Antiguidade, que nesta época nenhuma diferenciação existia entre elas, eis que a ordem total da vida abrangia num só conceito a Religião, a moral, os costumes, os convencionalismos e ainda o que viria a ser Direito, indistintamente, como era para os gregos a Diké:

Dikaios é o homem tal qual deve ser, o homem que se contém e se modera, e adikós a sua contrafigura do mesmo modo o que menospreza a lei, como o ateu, o mau, o cínico, o desavergonhado. O mesmo cabe dizer do mischpat dos hebreus, do dharma dos indus e do tabu de muitos povos primitivos.

Decantadas dos costumes e das religiões, as normas costumeiras e religiosas, são determinantes, em qualquer época, apenas de obrigações, ditadas por governantes, profetas e sacerdotes e, no contexto, não reconhecida a subjetividade e nem os homens participando da sua criação, por atos de vontade, vivem eles e os grupos envolvidos, igualmente, como na época da ordem normativa pré-histórica, numa armadura, senão ainda totalitária, pelo menos autoritária, eis que, então, imersos em sociedades cada vez mais populosas, podem fugir de certa forma, às exigências que, supostamente, são impostas a todos.

Finalmente, reitere-se que o Direito só pode ser considerado como processo de construção a partir do século V a.C. em Roma e o Estado, como processo de construção também, com fincas a partir do mesmo século aí e em Atenas. No entanto, estas formações concomitantes somente podem ser reconhecidas como formações resultantes como Direito e Estado, numa relação desde então de irmãs siamesas, a partir do século XIII no Reino da Inglaterra e no Reino da Sicília, mas que, submergidos na crise da Idade Média, resurgem e se consolidam ao cabo da Revolução Anglo-Franco-Norte Americana, que culminou nos fins do séc. XVIII com sua auto-regulação constitucional para, a partir de então, expandir-se crescentemente em torno da pessoa, centro de imputação dos Direitos Fundamentais: o Direito e o Estado são assim formações resultantes que se fundem sob nova temperatura social política e normativa e se mantêm em correlação

¹⁵ HELER, Herman, Teoria Geral do Estado, S. Paulo, ed. Mestre Jou, 1968 pg. 223.

recíproca numa nova unidade, que só pode ser concebida como Estado de Direito.¹⁶

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTOTELES, A política, 3ª ed. Biblioteca Clássica.
- ARISTÓTELES, Tópicos, S. Paulo, Nova Cultura, 1987 (Os Pensadores).
- CARLI, Giuseppe, La vida del de recho, Madrid, 1889, El progreso editorial.
- CUNHA LOBO, Abelardo Saraiva. Curso de Direito Romano, Vol. I, Tipografia de Álvaro Pinto, Rio, 1931.
- ENCICLOPEDIA ILUSTRADA da Ciência e da Técnica, S. Paulo. Melhoramento. 1971.
- FIÚZA, César. Teoria Geral da arbitragem, Belo Horizonte Del Rey, 1995.
- HELER, Herman, Teoria Geral do Estado, S. Paulo, ed. Mestre Jou, 1968.
- KELSEN Hans, Teoria Pura do Direito, 6ª ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- KELSEN, Hans, Teoria Geral das Normas, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabis, 1986; e Teoria General Del Estado, Buenos Aires, 1934.
- MATA – MACHADO, Edgar, Elementos de Teoria Geral do Direito, Vega, 1981.
- MOREIRA ALVES, J. Carlos, Direito Romano, Vol. I, Forense 1983, 5ª ed. revista e aumentada.
- NÓBREGA, Vandick, Historia e Sistema do Direito Privado Romano.
- REALE, Miguel, Fundamentos do Direito, 2ª ed. ver. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, A proteção internacional dos direitos humanos, S. Paulo, Saraiva, 1991.

¹⁶ ANDRADE ARAUJO, Aloizio Gonzaga, O Direito e o Estado como Estruturas e Sistemas, Movimento Editorial da FDUFG, 2005