

Da Lei de talião à Constituição

RESUMO

Pretende-se, aqui, de forma despretensiosa e panorâmica, empreender uma viagem pelos caminhos do Direito, ao longo de um vasto percurso histórico, que vai da Lei de Talião até a formação das principais correntes do pensamento jurídico moderno.

ABSTRACT

This article aims, in an unpretentious and panoramic way, to follow the path of Law, along its vast historical course from the Law of Talion to the formation of the main currents of modern juridical thought.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito romano;
Direito germânico;
Direito moderno.

KEYWORDS:

Roman law;
Germanic law;
Modern law.

PONTO INICIAL

A leitura é uma fonte inesgotável de prazeres, pois além de nos proporcionar conhecimento, experiências, possibilita-nos viajar sem sair do lugar, conhecer culturas variadas, desvendar mistérios etc. Espero que através deste artigo você, leitor, possa viajar no tempo e entender melhor o

processo de formação e evolução das normas jurídicas nas sociedades humanas.

DIREITO COMO PRODUTO DE USOS E COSTUMES

Nas comunidades primitivas, os humanos viviam em pequenos grupos e eram nômades, vivendo da caça, pesca e coleta. Nesse período, os indivíduos não possuíam normas definidas, não havia sequer a noção de família ou parentesco. A filiação feminina prevalecia, e a chefia do grupo competia à mãe, sendo tais sociedades matriarcais.

Com o advento da agricultura, o homem foi se sedentarizando, passou a produzir grande parte dos seus alimentos, surge a propriedade privada, e os agrupamentos são formados baseados na consangüinidade e na autoridade (competia ao ascendente varão mais antigo). Quanto à descendência, esta passou a ser definida pela linha masculina, surgindo, conseqüentemente, as sociedades patriarcais.

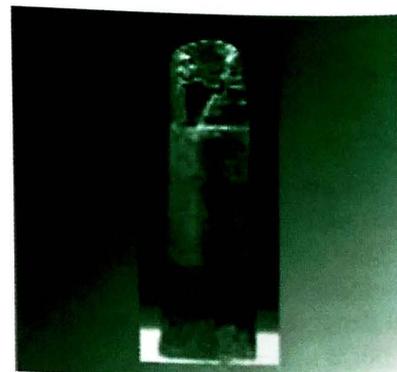
Nessa fase, o Direito era puro e simplesmente um produto de usos e costumes, influenciado pelos elementos de natureza religiosa. Era predominantemente oral e o sistema de punição que prevalecia era o da vingança privada, pela qual competia aos particulares à retribuição do mal.

Com a invenção e a difusão da técnica da escrita, por volta de 3.200 a.C., no Egito e na Mesopotâmia, somada à compilação de costumes tradicionais e o surgimento das cidades,

aparecem os primeiros códigos da Antiguidade. Nes-

as sociedades, tanto as leis quanto os códigos foram expressões da vontade divina, revelada mediante a imposição de legisladores-administradores, que dispunham de privilégios dinásticos e de uma legitimidade garantida pela casta sacerdotal. Esse caráter sagrado busca não só preencher as lacunas existentes no universo do conhecimento científico, como também dar legitimidade e autoridade às leis. Tal realidade pode ser constatada em vários códigos como: o Código de Hamurabi (Rei Hamurabi, na Mesopotâmia, em 2.000 a.C., revelado pelo deus Samas); Deuteronômio (Moisés, povo Hebreu, em 1.200 a.C., revelado pelo deus Jeová); Código de Manu (Brâmanis, Índia, 1.000 a.C., revelado por Manu).

O Código de Hamurabi foi descoberto na Pérsia em 1901 por uma missão arqueológica francesa. Encontrase hoje no Museu do Louvre. Grava-



do em pedra negra (doirita), e a escrita utilizada foi a cuneiforme. É composto por 282 artigos, dispostos em cerca de 3.600 linhas de texto, tem 2,25m de altura e 1,90m de base. As leis foram recebidas pelo rei do deus Samas (ou Shamash), representado pelo deus Sol, denominado também de deus da Justiça. Estão ilegíveis alguns artigos, na parte que trata do Direito Comercial.

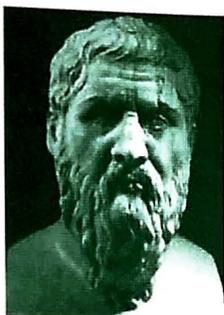
A LEI DE TALIÃO E O DIREITO ROMANO

No Código de Hamurabi encontramos os primeiros indícios da Lei de talião, mas esta lei também foi empregada na Torá, na Bíblia, Lei das XII Tábuas etc. Escreve-se com inicial minúscula, pois, ao contrário o que muitos pensam, não se trata de nome próprio. Etimologicamente designa “talis” (igual, semelhante, tal) ou “*talio, onis*” (pena igual à ofensa). Significa, portanto, uma pena que consiste em aplicar ao delinqüente um castigo rigorosamente proporcional ao dano que causou, é mundialmente conhecida pela famosa máxima “olho por olho, dente por dente”.

Analisada sob a perspectiva contemporânea, a pena de talião é cruel e desumana. Entrementes, historicamente representa o primeiro grande e decisivo passo para a almejada justiça, haja vista que estabeleceu limites, à medida que a reação não poderia ultrapassar a ação.

Influenciada pela Democracia e Filosofia, a civilização grega inicia os primeiros passos do processo de secularização do Direito, pois apesar de persistir ainda a crença generalizada de que as normas possuíam origem divina, surgem novas investigações instigadas pelas idéias difundidas pelos filósofos Sócrates, Platão e Aristóteles, no que diz respeito à valorização da razão, da ética e do senso de justiça.

No Direito Romano, observamos o apogeu do Direito antigo, sobretu-



PLATÃO
(427 a 347 a.C.)

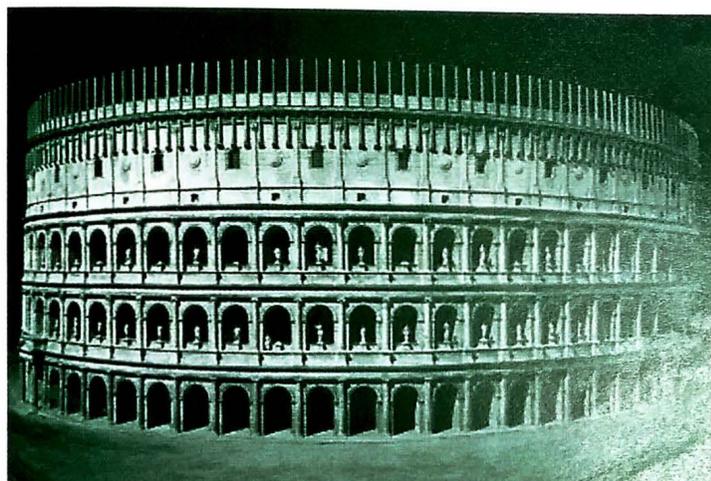
do relativamente ao Direito Privado, destacando-se a Lei das XII Tábuas e o *Corpus Juris Civiles*. Em Roma, o Direito era baseado predominantemente no costume (consuetudinário), assim, o costume tinha força de lei e, em muitos casos poderia inclusive revogar uma norma. As leis romanas também tinham cunho doutrinário e jurisprudencial, porquanto eram orientadas pelo saber dos juriconsultos (nossos doutrinadores modernos) combinado com as decisões dos pretores (magistrados). Nesse diapasão, a legitimidade das leis estava intimamente vinculada ao senso de justiça, e o legado do Direito Romano não consistiu em doutrinar o Direito, mas em praticá-lo e vivenciá-lo.

Com a queda do Império Romano do Ocidente, resultante, sobretudo das invasões bárbaras, em 476 d.C., a sociedade européia entra num período de grande instabilidade econômica, política e jurídica. Novos usos e costumes invadiram o mundo europeu com os bárbaros, povos que ainda não haviam alcançado o grau de evolução histórica atingido pelos latinos. Num primeiro momento, em razão da

inexistência de um poder judicial organizado, prepondera na Idade Média o Direito Germânico, como instrumento para a resolução dos conflitos. Esse Direito era rudimentar e baseava-se na sistemática de provas. O processo penal germânico era uma espécie de luta entre o ofendido e o acusado, não visava, portanto, aprovar a verdade e sim determinar quem seria o vencedor.

Coexistindo com o Direito Germânico, havia os Fuegos ou Forais, uma espécie de constituição do feudo. Ademais, o Direito Romano sobreviveu, em parte, à queda do Império Romano, através do uso do latim nos registros e documentos, bem como da utilização de alguns institutos como: o *beneficium* (antigo hábito romano de conceder terras a uma pessoa em troca de seus serviços); *colonato* (compromisso pelo qual os colonos tinham obrigação de entregar ao proprietário da terra uma parte de sua própria colheita e de trabalhar gratuitamente nas plantações senhoriais. Desse instituto foi que nasceu a servidão) e o *comitatus* (grupo de guerreiros organizados com base no juramento de fidelidade, deu origem aos nobres feudais).

Com o crescimento e avanço da Igreja Católica, principalmente a partir do século XI, os tribunais seculares passaram a ser pressionados para julgar seus litígios, a partir do Direito Canônico. Os cânones são regras jurídico-sagradas, são leis reveladas por um ser superior, e a desobediência mais do que infração é um pecado,



COLISEU



iniciando, assim, a sacralização do Direito na Idade Média.

Cânnon deriva do grego *Kanoon* = regra e foi empregado nos primeiros momentos da instituição católica, para nomear as decisões exaradas nos concílios papais, sendo, durante a maior parte dessa fase, o único Direito escrito. Assim, o Direito Canônico é um principal instrumento modelador e censor de formação e repressão das condutas da sociedade, perdurando até os princípios da modernidade.

PRIMEIRAS CORRENTES DE CONHECIMENTO E O DIREITO LAICO

A Idade Moderna inicia-se com a descoberta do caminho marítimo para as Índias (1498) e se estende até a Revolução Francesa (1789). É o período das grandes navegações, dos descobrimentos, do mercantilismo. É a época ainda do surgimento de movimentos transformadores na Europa, como a Reforma Protestante, que questionava dogmas e condutas dos membros da Igreja Católica, destacando-se o Luteranismo (Martinho Lutero na Alemanha – 1517), Calvinismo (João Calvino na Suíça – 1536) e o Anglicanismo (Henrique VIII na Inglaterra – 1534). Essas novas correntes espirituais abalaram o monopólio espiritual da Igreja.

Foi a época também do florescimento das atividades artísticas, intelectuais e científicas, como o Humanismo, que ocorreu no final do século XIV, caracterizando-se pelo interesse nas obras literárias, filosóficas e científicas da antiguidade, bem como davam atenção particular aos problemas relativos ao ser humano (antropocentrismo), em detrimento do teocentrismo. Do Renascimento, que surgiu na Itália no século XIV, perdurando até o século XVI, difundiu-se a

idéia de que as condutas deveriam ser determinadas pelos princípios éticos, as leis da cidade e os interesses pessoais e, não mais a religião, deveriam ser o regulador universal de comportamento da sociedade, fortalecendo, por demais, o absolutismo, através da separação do Direito da Teologia. E, por fim, o Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, pregando que o conhecimento humano se encontrava na razão e nos direitos naturais (a liberdade, o direito de posse, a tolerância e a igualdade perante a lei).

Desses importantes movimentos religiosos e culturais, aparecem as primeiras correntes de conhecimento, que vão influenciar de sobremaneira a sociedade, a economia, a política, a religião e também o Direito.



NASCIMENTO DE VÊNUS – SANDRO BOTTICELLI

Tais mutações no universo jurídico podem ser percebidas, principalmente, a partir do pensamento de Hugo Grócio (1583-1645, filósofo e jurista holandês conhecido como o “Descartes da política”), ao conceber o Jusnaturalismo como resultado da técnica racional de convivência humana, afastando a divindade do processo jurídico. Nessa fase, destaca-se a Escola Clássica do Direito Natural, fundada num racionalismo eminentemente abstrato, através de Hugo Grócio, Thomas Hobbes, John Locke, no século XVII, e Rosseau e Montesquieu, no século XVIII. Essa corrente de pensamento promoveu a laicização do Direito Natural, tendo a razão como fonte cognitiva.

Nas sociedades modernas, o Direito Costumeiro já não conseguia resolver os conflitos existentes, pois as

estruturas sociais tornaram-se mais complexas. A fim de superar essas adversidades, vários pensadores defenderam, a partir da concepção ideológica do Estado, uma ordem jurídica ideal. Nicolau Maquiavel (1469-1527), através de sua obra “O Príncipe”, indica ao governante as fórmulas para se perpetuar no trono, independentemente da observância às regras éticas, professando assim, uma teoria utilitária e absolutamente alheia aos valores morais. Outros filósofos como Hobbes (1588-1679), Locke (1632-1704) e Rosseau (1712-1778), preconizavam a necessidade da realização de um pacto entre os indivíduos e o Estado, por meio de um contrato social, que tem conotações diversas, conforme o seu idealizador. No caso de Hobbes, para conter e reprimir a tendência de o homem ser *o lobo do próprio homem*, o Estado deveria ser dotado de autoridade absoluta e necessária, suas leis seriam onipotentes e incontestáveis, e seu poder se sobrepõe a todos, inclusive à Igreja. Tais idéias fortaleceram os regimes absolutistas.

Já para Locke, o poder político não deve ser determinado pelas condições de nascimento, bem como o Estado não deve intervir, mas sim garantir e tutelar o livre exercício da propriedade, da palavra e da iniciativa econômica. A lei deve ser útil à comunidade, logo o poder político deve ser liberal e faz distinção entre o público e o privado. Relativamente a Rosseau, o contrato social legítimo deve se originar do consentimento unânime, segundo o qual todos abdicam igualmente. O contrato não faz o povo perder a soberania, pois esta se manifesta pelo legislativo, que é inalienável e não pode ser representada. A Democracia direta ou participativa é mantida por meio de assembleias frequentes de todos os cidadãos. Esse justilósofo ultrapassa o elitismo de Locke, ao propor uma visão mais democrática de poder, baseada na soberania popular e na vontade geral.



Com a difusão dessas idéias, os monarcas sentiram a necessidade de organizar e sistematizar as leis esparsas, bem como os costumes vigentes, dando origem às primeiras Ordenações. Portugal foi uma das primeiras nações a estruturar seu ordenamento jurídico, através das Ordenações Afonsinas (D. Afonso V – 1446), Manuelinas (D. Manuel – 1512-1521) e Filipinas (D. Filipe – 1603), esta última vigorou no Brasil até 1916, quando entrou em vigor o Código Civil Brasileiro.

MODERNIDADE E O NOVO DIREITO

Paulatinamente, o Direito autêntico vai se consubstanciando na *Lei*, única expressão da vontade geral, e os usos e costumes tornam-se gradativamente fontes secundárias e complementares do Direito. Em reação ao idealismo transcendental de Hegel (1770-1831) e o criticismo de Kant (1724-1804), surgem as idéias positivistas que pretendem substituir o apriorismo pela experiência e a metafísica pelas ciências particulares.

Um dos sistematizadores do positivismo foi o filósofo francês Augusto Comte (1798-1857). Para este pensador, o conhecimento é explicado de acordo com os nexos de causalidade, mediante constatação da realidade. O conhecimento deve ultrapassar três etapas: a teológica, a

metafísica e a positiva. Neste diapasão, o positivismo jurídico concentra-se na norma, no conteúdo do *codex*.

O marco inicial da codificação moderna foi o Código Civil Francês (Código de Napoleão – 1804), que evidencia a supremacia da lei sobre os costumes, através de um texto legal harmônico e articulado. Da Revolução Francesa (1789), nasce à necessidade de um Direito único para a totalidade da Nação, assentado no princípio da igualdade. Desta forma, surgem os Direitos Nacionais, que representam a existência de um único Direito para todos que habitam num mesmo território. São promulgadas ou outorgadas as Constituições Americana (1776), Brasileira (1824), Mexicana (1917), Alemã (1919) etc., que almejam através das leis garantir e proteger os direitos dos cidadãos.

No século XX, o austríaco Hans Kelsen (1881-1973) suscita, através da Teoria Pura do Direito, a exaltação da norma jurídica, ou seja, que a Cifência do Direito tem por objeto precípua o estudo das leis. Para esse autor, a norma jurídica é válida e obrigatória independentemente de seu conteúdo axiológico, pois o senso de justiça não é objeto da pesquisa jurídica, por conseguinte, o Direito colima o valor de segurança jurídica.

Envolto nessas teorias jurídicas, o Direito Brasileiro, filiado à tradição romanística-germânica, segue a trilha da supremacia do processo legislativo, ao qual o conhecimento jurídico converge suas atenções para a lei, interessando-se, sobretudo, nos seus aspectos técnicos e formais, em detrimento dos imperativos do justo. Em decorrência disto, vivenciamos constantemente uma realidade jurídica que não corresponde com os anseios e ideais da Sociedade Civil, e o resultado disto é um enorme desconhecimento e desrespeito às leis brasileiras, pois, um povo que não conhece suas leis, possui leis que não representam seu povo.

CONCLUSÕES

Em linha de arremate, podemos concluir que o processo de formação e a evolução das normas jurídicas desenvolveram-se de forma gradativa e conflituosa, privilegiando ora o caráter divino, ora a razão e, por fim, a lei como principal fonte do Direito. Nesta perspectiva, é inegável o papel das leis como instrumento de coesão, organização e controle das condutas de comportamento da sociedade humana, visando a estabilidade e a segurança jurídica. Entretanto, não podemos nos esquecer, como preleciona Paulo Nader, que o “Direito é a contínua busca do ajustamento normativo, ético e sociológico”, pois o fim do Direito é o bem comum. Assim, as normas devem sempre defender e garantir os interesses da maioria, e não ser um meio de dominação e concretização de interesses particulares. Ademais, não se pode jamais desmerecer a autenticidade e a legitimidade dos costumes como verdadeiras representações da vontade popular, pois Direito plenamente legítimo é Direito legal, moral, ético e justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GAVAZZONI, Aluisio. **História do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Diná da Rocha Loures Ferraz

- Especialista em Direito
- Mestranda em História pela UFPI
- Professora da NOVAFAPI



D. PEDRO I – Outorgando a Constituição de 1824