

DOS FUNDAMENTOS E DAS ORIGENS DO DIREITO

Rodrigo Duarte GIGANTE¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: Este artigo científico tem como objetivo principal o questionamento acerca das origens e dos fundamentos do direito. Para tanto, empreendeu-se uma análise histórica do direito, relativamente ao período que vai do início da civilização greco-romana até o início da contagem da nossa era, com destaque para a estreita ligação existente, no direito primitivo, e ainda além, entre o direito e a religião. O que se constatou é que, à medida que o direito se vai emancipando da religião, começa a despontar o conceito de direito natural, em contraposição ao de direito positivo, que também se vai firmando; sendo que o primeiro continua ainda estreitamente ligado a uma concepção acerca dos deuses, como uma espécie de sobrevivência daquela antiga, primordial e total confusão entre direito e religião. Todo esse processo, contudo, acontece de maneira lenta e progressiva, sendo que esse caminhar pode ser constatado através de uma observação da sociedade da época, seus costumes, sua legislação, em especial a Lei das XII Tábuas e o Código de Sólon, bem como de sua filosofia, em especial a dos gregos. Por isso é que não houve como deixar de lado os aspectos sociológicos, os filosóficos e os propriamente jurídicos, já que se fala aqui em fundamentos do direito. Não obstante, o método-base utilizado foi o histórico, já que a opção principal foi pela busca das origens mesmas do direito, instrumentalizado por uma pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Direito Primitivo. Civilização Greco-Romana. História do Direito. Filosofia do Direito. Sociologia do Direito.

1 INTRODUÇÃO

A discussão acerca das origens e dos fundamentos do Direito é ainda bastante incipiente. Fala-se muito do direito em si, mas muito pouco sobre como ele se originou e sobre aquilo que o fundamenta ou lhe dá legitimidade. E foi justamente pensando nisso que se empreendeu aqui essa busca histórica acerca dos fundamentos e das origens do direito. O que, na origem da civilização, justificava o direito? De onde se originou e por quais motivos? Trata-se de um tema inesgotável,

¹ Discente do 7º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: rodrigante@gmail.com.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito das Relações Públicas pela UNIMAR. Mestre e doutorando em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru. E-mail: sergio@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

mas que nem por isso deve padecer pela falta de enfrentamento. Isso porque a discussão é essencial ao Direito mesmo e de nada adianta discutir *sobre* o Direito em si, se não se discute sobre *o que* é propriamente o Direito e o que o fundamenta, legítima. Nesse sentido, pronuncia-se Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p.55):

Um exame da dogmática jurídica, nos quadros de um panorama histórico, tem a finalidade de identificar tanto o papel por ela desempenhado na vida social, quanto o modo pelo qual o pensamento dogmático gradativamente desenvolveu-se em nossa cultura. Tal panorama, à medida que revela como a dogmática jurídica conseguiu afirmar-se e justificar-se, em termos teóricos, delimita o objeto dessa investigação: os próprios argumentos que estão por trás dos esforços de justificação, por parte da doutrina.

Assim, buscando incentivar a discussão sobre o tema, de tamanha importância, é que se enveredou por meio dessa trilha de processo histórico originário do Direito. Para tanto, utilizou-se do método histórico, principalmente, não se furtando, contudo, ao enfrentamento das indagações de cunho filosófico, sociológico e jurídico que se ofertaram à análise. A pesquisa é bibliográfica e privilegia as obras que versam sobre a antiguidade greco-romana e também aquelas obras que lá foram produzidas, pelos pensadores e viventes de então.

2 DESENVOLVIMENTO

Na origem da civilização ocidental, antes mesmo do apogeu da civilização greco-romana, o direito era extremamente fundido à religião (COULANGES, 2005, p. 206-213). Trata-se de característica que vigorou durante toda a antiguidade greco-romana, muito embora se fosse abrandando com o passar do tempo. De fato, os rituais de adoração aos deuses *manes* (antepassados mortos, tidos como deuses e dessa forma adorados, também chamados *lares*, *demônios* ou *heróis*), eram extremamente formalistas e exigiam o perfazimento de determinadas condutas, que eram rigidamente descritas. Assim, as primeiras leis que existiram buscavam justamente garantir a perfeita exatidão na execução destes rituais. “Eis o motivo por que os mesmos homens eram, ao mesmo tempo, pontífices e jurisconsultos: o direito e a religião se confundiam em uma coisa só” (COULANGES,

2005, p. 207). Isso explica o motivo do extremo formalismo que vigorou durante muito tempo no direito romano. Segundo esse formalismo, se um contrato fosse corretamente celebrado, em sua essência, mas erroneamente quanto a sua entoação ritualística do preceito legal, o negócio não se havia de fato realizado. Por isso também que se supunha que tais leis eram desígnios dos deuses e não propriamente dos legisladores. Assim, o seu descumprimento era antes de tudo uma afronta aos deuses e não aos homens demais. Esse teor sacro das leis continuou vigorando por muito tempo ainda. Mesmo quando o direito já se havia separado da religião e quando já se começava a se formar a ideia de que a lei era uma construção humana, ainda aí os pontífices eram consultados quando da aprovação das leis, para que lhes dessem ou negassem consentimento (COULANGES, 2009, p. 209). Ademais, essa divinização das leis as tornava imutáveis e imprescritíveis para os homens, chegando-se com frequência ao ponto de conviverem regras contraditórias entre si, o que chegou a acontecer ainda, inclusive, com a Lei das XII Tábuas. Tampouco se pode dizer que o código de Sólon revogou o de Drácon, mas, sim, que a vigência deste sobreviveu à daquele. Quanto à forma, as leis eram transmitidas, de início, oralmente, em versos (*carmina* para os romanos) ou cânticos (*nómoi* para os gregos). Quando passaram a ser escritas, as foram primeiramente nos textos sagrados, que, como se percebe, foi o seu nascedouro. Nesse sentido, elucidativa a preleção de Fustel de Coulanges (2005, p. 206):

Entre gregos e romanos, assim como entre os hindus, desde o princípio a lei surgiu naturalmente como parte da religião. Os antigos códigos das cidades reuniam um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, de orações e, ao mesmo tempo, de disposições legislativas. As normas sobre direito de propriedade e de sucessão estavam dispersas entre as regras relativas aos sacrifícios, à sepultura e ao culto dos antepassados.

Contudo, o que se percebe, numa análise histórica sobre esse período, é que, aos poucos, o direito se vai emancipando de religião. Alguns resquícios permanecem, mas a separação é cada vez maior, provendo o direito, gradualmente, de uma dose bastante razoável de autonomia. Assim que, já nas chamadas *legis regiae*, que vigoraram em Roma, juntamente com os costumes (*mores*), em seu Período Régio (que vai de sua fundação, em 754 a.C. até a expulsão dos reis, em 510 a.C.), muito embora seja possível dizer, num sentido, que “o direito sagrado (*fas*) está estreitamente ligado ao direito humano (*ius*)” (VENOSA, 2007, p. 31), em

outro, já se prenuncia essa mesma bifurcação categórica do direito. Direito este, portanto, que já não mais se encontra totalmente fusionado com a religião. Trata-se de um tímido primeiro passo, é verdade, já que a estreita ligação entre eles ainda permanece. É que, ainda aqui, a jurisprudência “era monopolizada pelo colégio sacerdotal dos pontífices, que tinha o monopólio do *ius* e do *fas*” (VENOSA, 2007, p. 31). A evolução continua, não obstante, de tal forma que, a partir de determinado momento, é possível dizer que, “o direito saiu dos rituais e dos livros dos sacerdotes, perdeu o seu mistério religioso; é língua que todos podem ler e falar” (COULANGES, 2005, p. 333). Muito embora a interpretação desse mesmo direito continuasse ainda vinculada ao colégio sacerdotal, e ainda a acontecer de maneira secreta (VENOSA, 2007, p. 44), os homens, por outro lado, já podem conhecer diretamente das leis. A lei não está mais num livro sagrado. É lei, não religião. Trata-se de um passo decisivo nesse processo de autonomização do direito. E esse passo foi dado, principalmente, pelo advento de duas leis em especial: A Lei das XII Tábuas (por volta de 450 a. C.), em Roma, durante o seu Período Republicano (da expulsão dos reis, em 510 a.C., até 27 a.C., quando se dá a fundação, por parte de Augusto, de seu principado), e a Lei de Sólon (594 a.C.), em Atenas. Por fim, será interessante constatar como essas Leis ainda apresentam, em seus próprios textos, os supracitados resquícios daquele primeiro período de total fusão entre direito e religião (COULANGES, 2005, p. 206 e 332-342).

2.1 A Lei das XII Tábuas e o Código de Sólon

A Lei das XII Tábuas tinha uma de suas tábuas totalmente direcionada às previsões relativas ao culto dos antepassados. Nela, a Tábua Décima – Do Direito Sacro, podia-se ler, *verbi gratia*, dentre outros mandamentos, este, que ditava: “Que o cadáver seja vestido com três roupas e o enterro se faça acompanhar de dez tocadores de instrumentos”, ou ainda este: “Que as mulheres não arranhem as faces nem soltem gritos imoderados” (VENOSA, 2007, p. 32-40). Por outro lado, a emancipação do direito já se prenunciava. É que também ali se via esse outro mandamento, da Tábua Décima Primeira, que pregava simplesmente: “Que a última vontade do povo tenha força de lei” (VENOSA, 2007, p. 40). Esse dispositivo já

denota uma consciência bastante maior acerca da participação do homem e do povo nas questões políticas da cidade. A religião e os deuses ainda imperam, é verdade, mas é aqui que o homem começa a se reconhecer como sujeito criador de direito de uma maneira mais firme. Vale observar que um sincretismo muito próximo a este da Lei romana é o que ocorre também em Atenas, onde, em resposta à legislação de Drácon, “leis ditadas por uma religião implacável, vendo em toda a falta uma ofensa à divindade, e em toda a ofensa à divindade um crime irremissível” (COULANGES, 2005, p. 338), e que buscava nada mais que uma espécie de consolidação das leis antigas, surgiu o Código de Sólon, que “como as doze tábuas, [...] afasta-se do direito antigo em muitos pontos, embora em outros lhe permaneça fiel” (COULANGES, 2005, p. 339). Trata-se também de outro texto legal de transição, que propiciava maior publicidade ao direito, consequência, dentre outras coisas, da maior estruturação das cidades e ascensão da plebe, bem como da perda de poder da família, como estrutura política, representadas pelos e submetidas aos seus respectivos *pater familiaes*, associados esses fatores ao declínio da religião do culto doméstico. Isso tudo, todavia, ainda de uma maneira incipiente.

Trata-se, em ambos os casos, da materialização de uma nova maneira de se ver o direito e as leis. Aos poucos, de maneira lenta e gradual, vai-se desenhando uma nova concepção acerca do direito: a de que são os homens que fazem as leis. É por isso que, a partir de então, origina-se a concepção de que ele pode, inclusive, alterá-las, já que as cria. Isso não se pratica ainda, pois tal noção é ainda nascente, mas é onde ela irá desembocar. Trata-se de um ponto essencial no repisado combate entre os adeptos do direito natural e os do direito positivo e é por isso matéria essencial a esse debate. É que, no direito primitivo, o direito natural e o direito positivo eram uma e a mesma coisa, pois se entendia que a prescrição legal era algo que existia por si só, e não por criação humana. Em consequência, o desrespeito a tal prescrição era uma desonra aos deuses. Agora, direito natural e direito positivo começam a se diversificar, tendo cada qual o seu significado.

2. 2 O Direito e a Filosofia Grega

Acontece que, se, por um lado, o direito consegue se desvincular da religião, por outro, permanece ainda muito viva na cabeça do antigo a concepção de um direito divino, imutável e universal, embora não mais dos deuses domésticos, pois agora os deuses são outros, como adiante se verá, mas ainda divino, e que se coaduna com o ideal maior de justiça. Assim, pode-se dizer que é essa a origem do assim chamado direito natural. O direito, que era anteriormente mera prescrição religiosa, separa-se agora em direito natural, ligado à ideia de divindade, e direito positivo, ligado às contingências da humanidade. Assim, em Platão (427 a.C a 347 a.C.), já se vê, embrionária e conceitualmente, esta separação. Isso é o que se vê no seguinte trecho, retirado de sua obra: “A República”, (2007, p. 319):

Se acreditarem em mim, crendo que a alma é imortal e capaz de suportar todos os males e todos os bens, seguiremos sempre o caminho para o alto, e praticaremos por todas as formas a justiça com sabedoria, a fim de sermos caros a nós mesmos e aos deuses, enquanto permanecermos aqui.

Observa-se que Platão estabelece uma ligação estreita entre a justiça e os deuses. Não obstante, destaca que a prática sábia da justiça tem como finalidade, além de sermos caros aos deuses, sermos caros também a nós mesmos. É que com o florescimento da cultura grega, e o seu apogeu filosófico, que lhe rendeu o dístico de berço da civilização ocidental, a ideia de um direito divino por si só não mais se sustenta. Pensa-se agora com novas idéias, relativas à natureza das coisas (muito explorada pelos pré-socráticos) e de razão humana. Embora pouco reconhecidos, foram de extrema importância nesse contexto os filósofos sofistas. Estes os primeiros a questionar a ligação entre o justo por natureza e o justo por lei (DEL VECCHIO, 2004, p. 16), ligação esta na qual não criam. Ademais, donos de uma retórica impecável e céticos ao extremo, eles foram os principais adversários de Sócrates (PLATÃO, 2007), contribuindo, dessa forma, decisivamente para o crescimento da filosofia como um todo (DEL VECCHIO, 2004, p. 16). Foi numa prática de superação desse pensamento negativista acerca das leis, que Sócrates pode encarar com dignidade a sua pena de morte, já que pregava que o bom cidadão devia prestar total obediência às leis, tanto às boas, quanto às más (DEL VECCHIO, 2004, p. 18). Um pouco mais adiante no curso da história, já em Aristóteles (384 a.C. a 322 a.C), aparece com extrema nitidez a distinção conceitual (BOBBIO, 2006, p. 16) entre “direito (ou justiça) natural”, ligado à ideia de *physis*,

“aquilo que é por natureza” (BOBBIO, 2006, p. 15), em contraposição ao termo “direito (ou justiça) legal”, atrelado à ideia de *thésis*, “aquilo que é por convenção ou posto pelos homens” (BOBBIO, 2006, p. 15). É nesse sentido, acerca das diferenças já percebidas pelo filósofo antigo entre o direito natural e o direito positivo, que Bobbio (2006, p. 17) destaca da “Ética a Nicômaco” (ARISTÓTELES, 2007, p. 117), o seguinte excerto, reproduzido na tradução de Pietro Nasseti por ela se preferir:

A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido.

Assim, Aristóteles diferencia um direito natural, que não pode ser alcançado pela vontade humana, existente por si só, e um direito positivo, que, a princípio é indiferente, mas que, nele, uma vez tendo sido escolhida uma regra, esta deve ser seguida. Segundo o próprio, a regra que diz “que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas” (2007, p. 117) é regra acolhida por mera convenção, e não por natureza. Mas, uma vez escolhida, deve ser seguida. Já as coisas relativas à natureza, dentre as quais o direito (ou justiça) natural, também segundo o exemplo do filósofo, é aquele que “em toda parte tem a mesma força (como o fogo que arde aqui e na Pérsia)” (2007, p. 117). Não obstante, reconhece uma característica de mutabilidade no próprio direito natural. Ainda fala em imutabilidade, quando leva em conta a ótica dos deuses, mas, de maneira contrária, em mutabilidade, quando se fala em ótica humana. Por isso, conclama que “para os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum, mas para nós existe algo que é justo mesmo por natureza, embora seja mutável” (2007, p. 117-118). Ainda assim, fala-se em justiça por natureza (direito natural), mesmo que mutante na realidade humana. Observa-se também que ainda se fala aqui em direito natural originário dos deuses. Aliás, a própria ideia de natureza é uma espécie de herança dos deuses. Admite-se, contudo, certa antropomorfização da imutabilidade, característica exclusiva dos deuses, da justiça, através de sua mutabilidade quando expressa no plano humano. Soa como introdução à ideia de equidade, da qual Aristóteles tratará um pouco mais adiante. Aristóteles finaliza ainda, mais uma vez, com a ideia de separação entre direito natural e direito positivo: “De qualquer modo, existe uma justiça por natureza e outra por convenção” (2007, p. 118). Resumindo: direito que é, e direito que se

escolhe. Natureza e convenção. Direito natural e direito positivo, já devidamente delineados, em plena Idade Antiga.

2. 3 A Antígona de Sófocles

Endossando essa separação conceitual de direitos, existente, portanto, já na Antiguidade, embora como visto somente num segundo momento, aparece também a peça “Antígona” de Sófocles, tragédia escrita em época ainda anterior aos exemplos supracitados e que já possui claramente toda a temática acerca do confronto entre direito natural e direito positivo (BOBBIO, 2006, p. 25; LYRA, 2006, p. 39). É que Antígona, inconformada com a decisão do rei de Tebas Creonte de negar sepultamento ao seu irmão, Polinices, presta homenagens fúnebres a este, em contradição àquela, por crer estar na posse de um seu direito natural de fazê-lo (SÓFOCLES, 2008). A pena impingida pelos deuses para o descumprimento dessa lei divina, a saber, a obrigatoriedade de sepultamento e seus ritos, no momento e depois, seria a de que a alma ficaria a vagar eternamente, já que a ausência de terra sobre o corpo não a prenderia à sua morada da segunda vida, tornando-se, com o tempo, uma alma perversa, que passaria a viver com o único intuito de atormentar os viventes (COULANGES, 2006, p. 16). Assim, não se deve olvidar da demasiada coincidência: ela sustenta um direito natural, justamente naquele ponto onde nasceu o direito, atrelado à liturgia fúnebre. Assim ela se pronuncia, ao afirmar que, sim, ousa a desafiar o decreto de Creonte, ao mesmo tempo em que lhe explica os motivos (SÓFOCLES, 2008, p. 96):

Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim!

Segundo Bobbio, o direito positivo era o prevalecente (2006, p. 25). Isso porque Creonte, além de optar pelo não sepultamento, condena Antígona, que foi inclusive a única a desobedecer a sua ordem, à pena de morte. E estas ordens foram obedecidas por todos. E isso é bastante razoável, pois, conforme o já visto, o

direito caminhou por essa época num freqüente processo de dissociação da religião. Porém, é de se observar que Antígona recusa-se à obediência, pois não crê que tal decreto seja justo, mesmo sendo a única a afirmá-lo e mesmo sendo penalizada de morte pelo seu ato, uma afronta ao decreto real. Isso significa que a separação não se deu por completo e que na cabeça do antigo ainda permanece bastante presente a ideia de ligação entre direito e religião, somente que agora transmutada na ideia de direito natural. Ademais, posteriormente, embora não a tempo de salvar Antígona da morte, acaba o próprio Creonte prestando homenagens fúnebres a Polinices, por temor às advertências de Tirésias, acerca da ira dos deuses. O que o convence, portanto, é o próprio temor perante a ira dos deuses, seres que Tirésias, espécie de sacerdote-adivinho, sabe interpretar. Ademais, este tipo de argumento foi também utilizado por Hêmon, por Antígona e pelo Coro dos Anciãos de Tebas. Ao final, porém, Creonte não escapa, à maldição dos deuses, na trágica e deificada história de Sófocles, e ao final acabam por morrer não só Antígona, mas também seu filho, Hêmon, e sua mulher, Eurípedes, que se matam ambos, aquele pela morte da ex-futura esposa, e esta outra pela morte mesma do seu próprio filho com Creonte.

Não obstante, alerta a Creonte, e também a seu respeito, o Coro de Anciãos de Tebas: “Quando no governo, frequentemente se torna indigno, abjura as leis da natureza e as leis divinas a que jurou obedecer, e pratica o mal, audaciosamente” (SÓFOCLES, 2008, p. 93). O coro refere-se a leis naturais e divinas. Isso porque além da necessidade do rito fúnebre, eixo principal de onde decorre toda a trama, outras questões existem que movem Antígona em seu intuito de desobediência. Assim, por exemplo, é a questão da igualdade. Se Creonte presta homenagens a Etéocles, porque não a Polinices, já que são irmãos? Existe também ali a questão da democracia. Se todo o povo pensa diferentemente de Creonte, porque não ouvi-lo? Há que se destacar ainda as advertências de Hêmon, seu filho e então futuro esposo de Antígona, sobre a concordância do povo com o ato de Antígona, não vendo nele quaisquer resquícios de um crime, sendo que “[...] a cidade inteira lamenta o sacrifício desta jovem [...] ‘Por acaso não merece ela uma coroa de louros? eis o que todos dizem reservadamente’” (SÓFOCLES, 2008, p. 104). Esse foi o primeiro argumento, na tentativa de dissuadir Creonte de sua decisão, ou seja, a ilegitimidade do não sepultamento porque em discordância com o pensamento e a vontade dos cidadãos gregos, que, por sua vez, gostariam de ver aplicado o direito divino. Este mesmo tipo de argumento já também havia sido

utilizado por Antígona: “O povo fala. Por mais que os tiranos sejam afeitos a um povo mudo, o povo sempre fala” (SÓFOCLES, 2008, p. 98). Embora se referisse ao povo “inimigo”, o povo de Argos, sustenta ainda mais a igualdade dizendo que “em todo o caso, não importando o lado em que estavam, Hades exige que ambos os irmãos recebam os mesmos ritos!” Contudo, ressalta-se que se o povo concordasse com Creonte e se ele, ainda por cima, negasse o sepultamento também a Eteócles, por acaso também não se lhe oporia Antígona? Afinal, essa situação imaginária aplacaria tanto o ideal de igualdade quanto o de democracia. Imagina-se, contudo, pelo contrário, que nessa situação somente maiores motivos teria Antígona para se rebelar; donde se conclui que o principal motor do direito natural proclamado pela protagonista é mesmo o direito divino, extremamente ligado aos ritos fúnebres da religião dos manes, e que define esse primeiro direito natural evocado.

2. 3 Os Deuses e o Direito

Por isso é que se entende que, em todas as situações acima elencadas, do direito primitivo à tragédia de Sófocles, passando pelas Leis da XII Tábuas e de Sólon, por Platão e Aristóteles, existe um traço que lhes é comum, a saber: a presença dos deuses, ora mais e ora menos, ligados à própria religião. Mesmo no discurso aristotélico, embora se esteja a falar em direito natural, embora seja bastante mais forte a desvinculação entre direito e religião a esta altura, embora se privilegie o discurso pela razão humana e pela natureza das coisas, ainda assim, há aqui muito do direito divino. Os deuses ficam como que a pairar no fundo de tudo, como fundamento e acima de todas as coisas. É, portanto, espécie de elo entre as concepções até aqui analisadas. Contudo, não é demais observar que os deuses privilegiados nesse período áureo da civilização greco-romana são aqueles ligados à própria natureza (deuses do tempo, dos mares, dos ventos) e não mais aqueles deuses *manes*, deuses familiares, que eram os antepassados que haviam morrido e eram somente por isso adorados. São os deuses da natureza física, deuses do Olimpo, na Grécia, ou deuses do Capitólio, em Roma. De fato, embora não se possa precisar, é bem possível que essa religião tenha sido tão antiga quanto à dos Lares domésticos. Somente que, por suas características, demorou mais para se

estabelecer. Fato é que, a essa altura, esta religião era predominante e suplantava aquela (COULANGES, 2006, p. 132-133). Basta observar que Antígona, nos trechos supracitados, refere-se a Zeus e a Hades. Este último, aliás, uma espécie de elo entre as duas religiões já que deus da morte, o que o liga aos *lares*, e pertencente ao Olimpo. Mas, de qualquer forma, desde o início, sempre deuses.

2. 4 Os Deuses, o Estado, o Direito Positivo e o Direito Natural

Já num momento mais recente, continuando esse processo de dissociação entre o direito e a religião, e sedimentando ainda mais a distinção entre direito natural e direito positivo, vê-se no pensamento dos estóicos o desprezo pelas leis e costumes, já que propõem uma autonomização do indivíduo em relação ao Estado, “retornando à simplicidade primitiva do estado de natureza” (DEL VECCHIO, 2004, p. 30). Isso em contraposição à ideia tradicional na filosofia grega (Sócrates, Platão e Aristóteles) de que o Estado é superior ao indivíduo, que é tomado como uma parte sua somente. Entendiam estes que “como não é possível conceber, por exemplo, uma mão viva separada do corpo, assim não pode o indivíduo, propriamente, pensar sem o Estado” (DEL VECCHIO, 2004, p. 25). Observa-se, nesse sentido, que os estóicos, que tiveram em Diógenes o seu maior expoente, colocam as leis em separado, e até mesmo em oposição, ao estado de natureza. Para eles, o estado de natureza não é o Estado. A natureza possui as suas próprias leis e “o homem é partícipe, por sua natureza, de uma lei que vale universalmente” (DEL VECCHIO, 2004, p. 25). Assim, alarga-se o fosso agora entre o direito natural e o direito positivo. Nesse mesmo sentido de dissociação entre Estado e indivíduo, coloca-se também a escola epicuréia. De fato, “para Epicuro, o direito é apenas um pacto utilitário, e o Estado é efeito de um acordo que os homens poderiam romper toda vez que em tal união não encontrassem a utilidade pela qual a concluíram” (DEL VECCHIO, 2004, p. 33), opondo-se por completo à ideia de natureza social do ser humano pregada por Aristóteles. Estado, para a escola epicuréia, é convenção, artifício. Assim, cada vez mais, Estado e direito se vão dissociando da ideia de natureza e de Deus. Apesar disto, aquela velha religião dos *manes* continuava na cabeça dos antigos, tal a sua força, e continuava a aparecer nos textos jurídicos.

Assim é que Cícero (106 a.C a 43 a.C), num período já e ainda mais recente, embora ainda na República Romana, em seu Tratado de Leis (apud COULANGES, 2005, p. 206), prescrevia, dentre outras coisas, “Que se cuide dos templos dos pais e da morada dos Lares domésticos; — que os sacerdotes só empreguem nos banquetes fúnebres as iguarias prescritas; — que se preste aos deuses Manes o culto devido”. Não cria ela, contudo, em tais prescrições. A presença destes preceitos em sua obra, portanto, deve-se ao fato de que ele pretendia ser fiel às codificações anteriores, período onde a fusão era ainda uma realidade incontestável, sendo, portanto, meros resquícios das leis daquela época (COULANGES, 2005, p. 206). Ressalva-se mais uma vez que reinavam agora os deuses da natureza. Ademais, Cícero, romanista difusor da filosofia grega, a qual estudou, era um adepto da *naturalis ratio*. Assim, cria que “o direito funda-se em opinião arbitrária, mas existe um justo natural, imutável e necessário, pelo testemunho inferido da própria consciência do homem” (DEL VECCHIO, 2004, p. 35). Nas suas próprias palavras, citadas elas por Del Vecchio (2004, p. 33):

Na verdade, a reta razão é uma lei conforme à natureza, difusa em todos, constante, eterna... não exige quem a explique, ou um outro intérprete. Nem existe outra lei em Roma, outra em Atenas, outra agora, outra depois, mas uma só lei existirá para todas as pessoas e em todo tempo, eterna, imutável... quem não lhe obedecer foge de si mesmo, e tendo desprezado a natureza do homem, sofrerá por isso mesmo as maiores penas, embora fuja de outros sofrimentos, que imagine.

Como se vê, a própria obra de Cícero alberga em si mesma esses dois distantes pólos do direito romano, vivificando ambos e acabando por registrar a transformação de um no outro. Ao mesmo tempo em que se vê aquela primeira e total confusão entre direito e religião, o conceito acima destacado já se coloca de maneira bastante diferente sobre o que vem a ser o direito. Como se trata, contudo, de conceito de direito natural, traz consigo muito daquelas características primeiras, colocando-se mesmo como uma sua última trincheira. E talvez, até os dias de hoje.

2. 5 O Advento do Cristianismo

E o processo continua. Sempre continua. À medida que os homens se vão mudando, e também os seus deuses, assim também se vai o direito. É por isso que o direito, em consequência a toda uma mudança social, não poderia ficar incólume ao advento do cristianismo, início de contagem dos anos na nossa civilização e também marco decisivo na história do direito. É que “a vitória do cristianismo é o marco terminal da sociedade antiga. Com a nova religião se completa a transformação social que vimos começar seis ou sete séculos antes de seu advento” (COULANGES, 2005, p. 412). Acontece que, se, por um lado, houve um renascimento do espírito religioso, por outro, no caso do cristianismo, isso não se deu em confusão com as instituições políticas, dentre elas, o direito. A nova religião, bastante influenciada pela metafísica dos filósofos gregos, em especial Platão e o seu mundo das idéias, despregava-se por completo da terra, colocando-se à parte das questões do Estado. “O divino foi situado fora e acima da natureza visível” (COULANGES, 2005, p. 413). A pregação de Jesus Cristo não se buscava imiscuir nas coisas de Estado. Destaca-se uma sua seguinte frase, corroborando esse pensamento: “Daí a César o que é de César, e a Deus, o que é de Deus” (Bíblia, Matheus, 12,15-21 apud COULANGES, 2005, p. 416; DEL VECCHIO, 2004, p. 41). Ademais, as questões políticas já andavam deveras amadurecidas para sofrerem maiores influências. Assim é que se pode concluir que somente aqui é que se dá por completo a separação entre direito e religião. E é esse o pensamento expresso por Fustel de Coulanges (2005, p. 417) no excerto que se segue:

O cristianismo é a primeira religião que não pretendeu regular o direito; ocupou-se dos deveres dos homens, não de suas relações de interesses. Não vemos o cristianismo controlar nem o direito de propriedade, nem a ordem de sucessão, nem as obrigações, nem o processo. O cristianismo coloca-se fora do direito, como acima de tudo o que fosse puramente terreno. O direito tornou-se, pois, independente.

Aqui, então, pode-se dizer que nasce o direito. É como se o vivenciado até agora fosse uma sua gestão, onde, incapaz de sobrevivência por si só, habitava o aconchegante útero da religião. Afinal, uma sua cria ele foi. A partir de agora,

contudo, já consegue respirar por si só. Ainda é muito frágil, e demora muito a amadurecer, mas já está no mundo e atua por si só, independentemente da religião.

3 CONCLUSÃO

De todo o pesquisado, conclui-se que, num primeiro momento, direito e religião eram uma e a mesma coisa. Com o tempo, passou a ser percebido como uma das duas faces de um mesmo fenômeno. A partir de determinado momento, o direito começa a se desprender da religião, em busca de sua autonomia. Mais especificamente, isso se dá em virtude das mudanças sociais, como o crescimento das cidades e diminuição do poder das famílias, jurídicas mesmas, como o advento das leis escritas, e também filosóficas, como o advento do conceito de direito natural, pois que, por meio dele, os deuses ainda puderam continuar de alguma forma a habitar o direito, facilitando sobremaneira a sua difusão e aceitação. Finalmente, é por conta do advento do cristianismo que essa separação se dá por completo, já que o deus agora é aquele dos céus, e não mais aqueles de debaixo da terra. A Terra, assim, fica para os homens e as suas criações, dentre elas o próprio direito. Isso, é claro, pelo menos em parte e pelo menos por enquanto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007. 240 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 53) ISBN 85-7232-430-5

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995-2006. 239 p. (Coleção elementos de direito) ISBN 85-274-0328-5

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2004. 283 p. (Clássicos do direito) ISBN 85-88466-33-3

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. 111 p. ISBN 8522416923

Fustel de Coulanges. **A cidade antiga**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2005. 421 p. (Coleção a obra-prima de cada autor, nº 2) ISBN 85-7232-423-2

Platão. **A república**: texto integral . São Paulo: Martin Claret, 2007. 320 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 36) ISBN 8572323988

Sófocles. **Édipo rei**; Antígona. São Paulo: Martin Claret, 2005-2008. 143 p. (Coleção a obra-prima de cada autor ; 99) ISBN 85-7232-488-7

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 590 p. (Coleção direito civil ; 1) ISBN 978-85-224-4577-6