

DIREITO E RELIGIÃO: REFLEXÕES ACERCA DO CONTEÚDO CULTURAL DAS NORMAS JURÍDICAS

LAW AND RELIGION: REFLECTIONS ON THE
CULTURAL CONTENT OF LEGAL STANDARDS

MARCELO MACIEL RAMOS¹

RESUMO

A laicidade do direito é, sem dúvida, uma das mais importantes conquistas culturais da civilização ocidental. A dissociação entre o direito e a religião foi o passo fundamental para o desenvolvimento de uma cultura jurídica sem precedentes e de cuja tradição somos herdeiros e continuadores. A separação entre o temporal e o divino permitiu o surgimento de uma forma de ordenação da vida social fundada não mais no sagrado, no sobrenatural, mas na própria capacidade humana de estabelecer as regras do agir e de decidir os conflitos segundo os próprios critérios. Todavia, a religião nunca deixou de constituir para a tradição jurídica ocidental uma importante fonte de conteúdo. Embora a autoridade das normas jurídicas tenha passado a se fundar na própria vontade humana, os valores transmitidos por meio das crenças religiosas predominantes não deixaram de compor a substância do direito. É sobre essa relação entre o direito e a religião que nos propomos refletir neste trabalho, examinando a tensão que se estabeleceu entre o profano e o sagrado, com base a invenção grega do discurso racional. Para tanto, explicitamos as perspectivas do direito romano diante da religião antiga e os retrocessos provocados pelo cristianismo medieval à experiência jurídica, assim como suas importantes contribuições axiológicas ao direito atual. Por fim, tratamos do caráter eminentemente cultural e ético do direito e de seu papel de compatibilizar, por meio de seus instrumentos formais, os diferentes aspectos normativos da cultura.

Palavras-chave: Direito. Cultura. Religião. Cristianismo.

ABSTRACT

The secularity of the law is undoubtedly one of the most important cultural achievements of Western civilization. The dissociation between law and religion was the key step for developing an unprecedented legal culture, a tradition to which we are the heirs and successors. The separation between the temporal and the divine has allowed the emergence of a way to organize social life that is no longer founded on the sacred or the supernatural, but rather on the human capacity to establish the rules of conduct and decide on disputes according to their own criteria. Nevertheless, religion has never ceased to be an important source of content in the Western legal tradition. While the authority of legal norms is now grounded in human will itself, the values provided by the predominant religious beliefs have not stopped making up the substance of the law.

It is about the relationship between law and religion upon which we propose to reflect in this work, examining the tension that has developed between the sacred and the profane, based on the Greek invention of rational discourse. For this purpose, we show the Roman law's viewpoint on the old religion and the setbacks caused by medieval Christianity to the legal experience, as well as their important axiological contributions to modern law. Finally, the foremost cultural and ethical feature of the law and its role in reconciling the different regulatory aspects of culture through its formal instruments is addressed.

Keywords: Law. Culture. Religion. Christianity.

¹ Bacharel em Direito e Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente, é Doutorando da mesma instituição, na linha de pesquisa Direito, Razão e História, tendo realizado parte de suas pesquisas doutorais no Institut de la Pensée Contemporaine – Université Paris, VII – Paris-Diderot. E-mail: ramosmarcelo@hotmail.com

1. A LAICIDADE E O CONTEÚDO RELIGIOSO DO DIREITO

Laicidade do direito é, sem dúvida, uma das mais importantes conquistas culturais da civilização ocidental. A dissociação entre o direito e a religião foi o passo fundamental para o desenvolvimento de uma cultura jurídica sem precedentes e de cuja tradição somos herdeiros e continuadores. A separação entre o temporal e o divino permitiu o surgimento de uma forma de ordenação da vida social fundada não mais no sagrado, no sobrenatural, mas na própria capacidade humana de estabelecer as regras do agir e de decidir os conflitos segundo seus próprios critérios.

Por outro lado, a religião nunca deixou de constituir para a tradição jurídica ocidental uma importante fonte de conteúdo. Embora a autoridade das normas jurídicas tenha passado a se fundar na própria vontade humana, os valores transmitidos por meio das crenças religiosas predominantes não deixaram de compor a substância do direito.

Todavia, nos últimos séculos, a Ciência do Direito, em consonância com o racionalismo kantiano e posteriormente com o positivismo, tanto o filosófico quanto o jurídico, na tentativa de conquistar sua autonomia científica, passou a isolar artificialmente o direito do seu locus cultural, excluindo de suas reflexões as questões de cunho político, moral e religioso. Aliado a isso, os princípios iluministas, que promoveram a progressiva emancipação do Estado e do direito adiante da autoridade religiosa, fizeram com que a Ciência Jurídica evitasse as associações entre o conteúdo do direito e o da religião.²

Nesse sentido, ensina Edgar de Godoi da Mata-Machado:

Fácil é rastrear as influências do kantismo na própria elaboração da ciência jurídica positiva. Decerto será preciso dizer que a separação entre Moral e Direito, tão rigorosamente afirmado pelo idealismo ético, libertou a ciência jurídica e lhe precipitou a secularização. Na medida em que tal libertação e tal secularização significam aquisição de autonomia, não se pode deixar de reconhecer-lhes o mérito. Mas a distinção entre as duas ordens, em si mesma necessária e útil, representaria em breve desunião e, não raro, conflito, expressos, antes de tudo, pela quase universal e radical negação de qualquer fundamento superior do Direito, cujas origens materiais, fenomenais, sensíveis, viriam a ser procuradas ou no mandato do soberano, tal como o sustentaram Austin e toda Escola Analítica Inglesa, ou na alma do povo, segundo Savigny e a Escola Histórica, ou numa consciência coletiva hipostasiada, de acordo com a Sociologia de filiação durkeimeana, ou numa 'constituição hipotética primeira', engenhosamente imaginada por Kelsen, o que tudo iria redundar no mais desencantado ceticismo ou no relativismo desconexo, cuja base única de sustentação se alicerçaria, tão só, na força, atuando através do poder coercitivo do Estado.³

Hans Kelsen tenta extrair da Ciência Jurídica “tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”.⁴ Assim, pretende “libertar” o direito de todos os elementos que lhe são estranhos, a saber, a moral, a religião e a política. Segundo o autor, ao lado das normas jurídicas, há outras normas que regulam a conduta dos homens, quais sejam, as normas sociais,

2 RAMOS, Marcelo Maciel. *Ética grega e cristianismo na cultura jurídica do Ocidente*, f. 148.

3 MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. Cristianismo e direito. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 9, p. 13, grifos do autor.

4 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 1.

que podem ser abrangidas sob a designação de moral. No entanto, tais condutas não podem ser confundidas, sob pena de se comprometer a autonomia da Ciência Jurídica.

Nas palavras do autor,

a necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.⁵

Nesse contexto, as normas jurídicas passaram a ser identificadas com a força impositiva que as tornava obrigatórias, e os juristas passaram a ocupar-se apenas do exame da forma, por meio da qual essa força poderia impor-se validamente. As considerações sobre o conteúdo substancial e o fim do direito foram, pois, extirpadas da Ciência Jurídica. Isso porque, uma vez que tais informações precisariam ser buscadas com o auxílio de outras ciências, restaria comprometida a emancipação do direito como saber autônomo.

Se, por um lado, as posições juspositivistas tiveram o mérito de promover a emancipação da Ciência do Direito e de estabelecer uma vasta teoria sobre as características estruturais da norma, dos seus processos de produção e aplicação e dos seus fundamentos formais de validade, por outro lado, promoveram o isolamento artificial do fenômeno jurídico, que o afastou de suas relações inevitáveis com os fenômenos político, social, religioso, etc.

Se o direito não pode prescindir dos seus aspectos formais, isto é, do conjunto de processos normativos previamente estabelecidos que impõe aos homens uma conduta obrigatória (um dever) e, ao mesmo tempo, um poder (uma prerrogativa) de exigir dos demais a sua observância, tampouco ele pode ignorar que o conteúdo do modelo de ação que estabelece é produto de uma decisão que é expressão da tradição cultural na qual se insere e que se funda em princípios e fins construídos historicamente. Se a forma previamente estabelecida é o que garante a segurança (a certeza) sobre o seu modo de proceder, tanto no que tange à produção de leis quanto a solução de conflitos, a substância cultural que preenche e justifica o conteúdo dos seus deveres e prerrogativas e, mesmo, os fundamentos de seus princípios formais (devido processo legal, contraditório, equilíbrio das partes, etc.) é o que assegura sua autoridade (sua validade material) como instrumento de ordenação da vida social.

Por isso, o direito, como produto da cultura, precisa estar constantemente conectado aos seus fins e fundamentos, sem os quais seu sentido, sua compreensão e sua própria manifestação na vida social ficam comprometidos.

Afinal, a realidade ontológica de um bem cultural, isto é, sua essência, é necessariamente teleológica. São os fins, os quais já são em si construções humanas, que constituem o sopro de vida dos fenômenos culturais. Desse modo, o direito apenas pode encontrar sua razão de ser nos valores que se propõe a realizar, os quais só podem ser encontrados no processo histórico da cultura que o produz.

A substância da norma jurídica (o conteúdo do dever) expressa sempre a escolha e a imposição de um único modo de agir em detrimento da infinita possibilidade de ação que a criatividade e as paixões humanas são capazes de produzir. E essa escolha é sempre alimentada por valores ou perspectivas historicamente construídas.

Na civilização ocidental, fundada sobre as perspectivas racionais dos gregos, as várias filosofias, como saberes comprometidos com a ordenação coerente e lógica de suas afirmações, apresentaram-se como os elementos culturais basilares, essenciais para a compreensão de tudo o mais que se produziu. Mesmo sua experiência mitológica e religiosa acabou incorporando muito dessa perspectiva. O cristianismo, religião por excelência dessa civilização, construiu-se e adaptou-se constantemente aos ditames da razão, ainda que tivesse mantido o caráter mítico e dogmático de suas afirmações fundamentais.

Como no Ocidente a filosofia e a religião sempre ocuparam posição preeminente na sistematização dos costumes sociais e na busca de um sentido universal para a ação humana, elas apresentaram-se como o elemento cultural que subjaz às determinações normativas da tradição ocidental, orientando-lhes o conteúdo.

Antes de prosseguirmos, porém, na reflexão sobre o significativo conteúdo religioso presente nas normas jurídicas, faremos uma breve regressão à origem comum do direito e da religião, com base na qual ficará mais evidente a ruptura e a tensão que se estabeleceu entre eles.

2. ORIGEM COMUM, DESTINOS DIVERSOS

Se hoje distinguimos sem dificuldades o direito da religião e se a distinção que deles fazemos nos parece tão natural, isso não significa, todavia, que tal separação seja evidente a qualquer tradição cultural ou que, mesmo na história do Ocidente, ela tenha estado sempre presente.

Nos primórdios da civilização greco-romana, com base na qual se desenvolveu a civilização ocidental, não se fazia qualquer distinção entre as normas sociais. No âmbito privado, o homem estava submetido às regras estabelecidas pelo chefe da família ou do clã e, no âmbito público, pelas regras comuns impostas pelo soberano. Os chefes de família e o soberano estavam, por sua vez, submetidos aos princípios da tradição e do culto aos antepassados.⁶ A vida pública e a privada estavam comprometidas com a religião, de modo que as normas de ordenação social abrangiam todos os aspectos éticos que posteriormente passamos a distinguir como jurídico, religioso, social, político, moral, etc.

Além disso, havia um compromisso ético que se realizava na totalidade do interesse comum, na vida concreta da polis e que não se fragmentava em setores diversos da existência, conforme passamos mais tarde a proceder: um compromisso ético para consigo mesmo (moral), distinto daquele para com o todo (político) ou para com o conjunto das crenças (religioso) ou dos costumes (social), etc.

6 Sobre a religião primitiva, a família e as primeiras manifestações jurídicas dos romanos, cf. COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Fernando Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Esse desmembramento dos diferentes aspectos da vida ética é fruto, no Ocidente, de dois eventos culturais de robusta importância: a invenção do discurso lógico como alternativa à narrativa mítica e o destacamento gradual do indivíduo da totalidade ético-política.

O primeiro desses eventos ocorre quando o homem grego passa a buscar na própria natureza, e não mais na autoridade sagrada da tradição mitológica, a causa do mundo ou a origem das coisas e de si próprio. Tal fato, que marca a invenção de um discurso lógico, que se apresenta como alternativa à narrativa mítica, é a pedra fundamental que sustenta o aparato intelectual ocidental e que o distingue, sobretudo quando colocado em perspectiva com os demais modelos de razão produzidos por outras civilizações. É essa passagem de um conhecimento fundado sobre a autoridade sagrada da tradição para uma ciência instituída sobre o livre questionamento das causas que marca, de início, o modelo racional do Ocidente. Disso resulta um afastamento gradativo, na vida política, do religioso, pois permitiu que as normas sociais passassem a fundar-se não mais no respeito e no medo à verdade sagrada da tradição religiosa, mas na própria capacidade humana de estabelecê-las para si, mediante seus próprios critérios. Embora seja preciso ter em conta os inúmeros reveses e reaproximações entre o temporal e o espiritual ocorridos na história ocidental, tal separação, uma vez instaurada, marcou profundamente suas disputas mais importantes.

O segundo evento consistiu no destacamento gradual do indivíduo, enquanto ente autônomo, da vida coletiva.

Na antiguidade greco-romana o homem retirava toda a sua essência ética e seu valor da vida social. A oposição entre o individual e o coletivo era fortemente desestimulada. O ideal de virtude⁷ do antigo – sua ἀρετή (arete), seu propósito – era realizar-se como cidadão. A noção de realizar-se individualmente, na esfera privada, é um desenvolvimento posterior, inconcebível à época.

A liberdade (ou autonomia) do antigo era entendida como o desenvolvimento de sua essência pela e para a cidade, numa relação harmoniosa que comungava dos mesmos fins. Ele era livre porque participava das decisões da polis. E sua ação política, tomada individualmente, seria virtuosa enquanto o fim objetivado por ela fosse a coletividade, que, por sua vez, tinha como fim a realização do homem enquanto ser político e racional.⁸

Tanto Platão quanto Aristóteles afirmavam a identidade do fim do indivíduo e do Estado, que seria, pois, a ordenação das ações conforme os critérios da razão. Afinal, uma vez que somente na vida comum o homem poderia realizar-se em sua essência (que é sua capacidade racional e ética), a própria razão indica que o fim da vida comum (que é a própria realização humana) tem uma dignidade maior, visto que fora da vida comum o fim do homem não poderia efetivar-se.⁹

7 A palavra “virtude”, do latim *virtu*, aparece mais tarde no pensamento do Ocidente, nos escritos dos pensadores cristãos, e incorpora uma perspectiva subjetiva que não está presente na Antiguidade clássica. Na Grécia antiga, diz-se ἀρετή (arete) para se referir ao cumprimento do propósito ao qual cada cidadão se destina. Conforme Werner Jaeger, arete “tem o sentido de aceitação social, significando então ‘respeito’, ‘prestígio’”. Mas isto é secundário e deve-se à grande influência social de todas as avaliações do homem nos primeiros tempos. Originalmente a palavra designava um valor objetivo naquele que qualificava, uma força que lhe era própria, que constituía sua perfeição”. (JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*, p. 26)

8 Não se tratava, desse modo, de liberdade individual, tal qual a concebemos hoje. A liberdade do antigo era o pertencimento à cidade, da qual era, ao mesmo tempo, produto e produtor. A propósito da leitura hegeliana da liberdade antiga, cf. HYPPOLITE, Jean. *Introdução à filosofia da história de Hegel*, p. 31.

9 PLATÃO. *A república*, Livro VIII, § 562. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 18 (1094b; Livro I, 2, 8-10).

Todavia, essa comunhão entre a vida individual e a coletiva foi profundamente abalada com advento do Império alexandrino e, mais tarde, do Império romano, nos quais houve a transferência do poder do cidadão de decidir sobre seu destino político para as mãos do imperador. Na impossibilidade de realizar-se integralmente na vida comum, como cidadão, o antigo, após ter experimentado a liberdade de questionamento, conforme possibilidade aberta pelo discurso racional, e a liberdade de participar das decisões sobre o seu destino social, seja em assembleias democráticas, seja aristocráticas, precisou buscar fora da vida política, sequestrada pelo imperador, um caminho de realização. Há nesse momento uma ruptura entre os fins individuais e os fins políticos. A antiga totalidade ética,¹⁰ na qual os diferentes aspectos da vida normativa se confundiam, começou a desmembrar-se em vida política, religiosa, moral, jurídica, etc.

3. DO RITUALISMO RELIGIOSO AO FORMALISMO JURÍDICO

É interessante notar, ainda, como o formalismo litúrgico dos cultos religiosos foi absorvido pelo direito que se desenvolveu na antiga Roma, o qual, mais tarde, constituiu as bases da experiência jurídica que se produziu no Ocidente. Mesmo que a transformação das relações sociais e o esvaziamento das velhas crenças tenham feito desbotar o caráter sagrado dos ritos ligados ao culto, o formalismo técnico desses ritos perpetuou-se sob a forma de processos de decisão legislativa e judicial.

Se, de um lado, a autoridade dos processos normativos foi deslocada do sagrado para a manifestação da vontade popular, de outro, manteve-se o rigor ritual daqueles. Desse modo, as normas sociais, que eram expressão da vontade divina, reveladas ou confirmadas por meio de rituais religiosos extremamente formais, embora passassem a fundar-se gradativamente na vontade dos cidadãos, reproduziam os rigores dos procedimentos litúrgicos do culto.¹¹

Com isso, a norma, que tomava cada vez mais aspectos do que mais tarde se passou a denominar direito (*ius*), continuava, conforme o espírito da tradição romana, a fundar sua validade nas formalidades do processo (nos ritos) de sua produção, embora, passasse a justificar-se na vontade (na razão) dos cidadãos.

Mario Bretonne chama atenção para o fato de que é provável que a manifestação popular no estabelecimento das leis tenha sido, nos primeiros tempos, um ato puramente formal, em respeito às tradições das famílias romanas.¹² Nos primeiros tempos de Roma, submetiam-se às assembleias de pater familias as decisões de caráter religioso tomadas pelo rei, num ato simbólico que representava o respeito e o reconhecimento por parte deste último à religião privada dos romanos. Com a passar do tempo, entretanto, essas assembleias passaram a se impor pela força de sua própria tradição secular, o que lhes conferia autoridade para, efetivamente, oporem-se às decisões reais. Com o estabelecimento definitivo da República em 510

10 Trata-se da bela totalidade registrada por Hegel, a representar, conforme José Luiz Borges Horta, a permanente promessa de Estado aspirada pelo Ocidente. (HORTA, José Luiz Borges. Horizontes jusfilosóficos do estado de direito: uma investigação tridimensional do estado liberal, do estado social e do estado democrático, na perspectiva dos direitos fundamentais, p. 8)

11 BRETONNE, Mário. *História do direito romano*, p. 87-92.

12 BRETONNE, Mário. *História do direito romano*, p. 45.

a.C., as assembleias continuaram a reunir-se, mas, a partir de então, para aprovar as decisões dos magistrados, cujos teores afastavam-se gradativamente das questões religiosas para se concentrarem nos problemas laicos da organização política e das relações privadas.

Conforme Vandick da Nóbrega, os comícios romanos não chegaram a participar na elaboração do conteúdo das leis, apenas compareciam à convocação do rei e, mais tarde, dos magistrados, para dizerem sim (*uti rogas*) ou não (*antiquo*) às suas decisões.¹³ Todavia, esse fato permitiu aos romanos tomar o direito como manifestação da liberdade, mesmo que não tivessem tido a consciência disso. O direito apresentava-se como um instrumento formal por meio do qual podiam dar seu assentimento às definições de conteúdo das normas de comportamento as quais se submeteriam e, ainda, por meio do qual poderiam exigir seu cumprimento.

A separação entre o sagrado e o profano começou, então, a apresentar seus primeiros contornos e aquela totalidade ética, que habitava o espírito democrático grego foi rompida definitivamente mediante o desenvolvimento de uma ordem normativa que instrumentaliza a proteção do interesse privado. É nesse contexto que se desenvolve mecanismos de solução de conflitos por meio dos quais o cidadão poderia garantir o respeito dos seus interesses particulares fazendo uso, para tanto, da força organizada da própria coletividade. É a partir de então que a distinção entre o privado e o coletivo, bem como entre o sacro e o profano, começa a se evidenciar.

4. O RAPTO DO ÉTICO PELA RELIGIÃO

É interessante notar que, embora a dissociação do pensamento racional e do pensamento mítico tenha promovido a emancipação gradativa do político diante do religioso, tal emancipação se resumia, em princípio, à justificação da obrigatoriedade das normas sociais pela autonomia da vontade da coletividade (as leis se impõem à medida que foram admitidas pelo juízo do povo¹⁴).

Não se tratava de uma mudança no conteúdo dessas normas, mas, na verdade, na ampliação das questões por elas tuteladas, visto que passavam a tratar de matérias referentes à vida privada ou pública que não estavam mais necessariamente ligadas ao culto. Não havia incompatibilidade entre os valores da tradição religiosa e aqueles albergados pelas normas propriamente jurídicas, as quais continuavam a servir ao culto, embora não se servissem mais do culto para justificar sua imposição.

A ciência do direito era compreendida pelos próprios romanos como “o conhecimento das coisas divinas e humanas” (*Jurisprudentia est notitia divinarum et humanarum*), conforme frase inscrita nas Institutas do Imperador Justiniano.¹⁵ Em trecho do Digesto a conexão material entre o direito e a religião fica ainda mais evidente:

13 NOBREGA, Vandick L. da. *Compêndio de direito romano*, v. 1, p. 120-122.

14 JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Digesto de Justiniano*, p. 52 (D. 1.3.32.1).

15 JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*, p. 21 (T. I, § 1º).

A fim de que repilamos a violência e a injúria: pois deste direito decorre que o que cada um fizer para a proteção do seu corpo seja estimado como tendo sido feito legitimamente e, como a natureza constituiu entre nós certo parentesco, por consequência é contrário à religião que um homem aja insidiosamente contra outro homem.¹⁶

Todavia, como fim do Império romano e como estabelecimento da Igreja cristã como fundamento unificador da civilização ocidental que se formava, enquanto a distinção que começara a se esboçar, no momento precedente, entre o moral, o religioso e o “jurídico” foi desaparecendo pouco a pouco, o distanciamento entre o político e o sagrado se ampliou significativamente.

O que marcou esse novo momento foi um retrocesso significativo da vida política, jurídica e científica. A ideia, tão cara aos romanos, de que as relações sociais devem ser regidas por um direito composto de regras que representam a própria vontade de seus destinatários (do povo) e que poderiam ser por eles exigidas foi sendo apagada diante das novas relações que se formaram no contexto do feudalismo e do cristianismo medieval. O centro da vida social deslocou-se das cidades para o campo, onde os homens se refugiavam para buscar segurança e novos meios de subsistência, sob a proteção dos poderosos senhores de terra. Com isso, restabelecia-se a primitiva lei do mais forte. Além do mais, as doutrinas cristãs, que tão fortemente influenciaram o espírito medieval, viam o direito laico como um mal que deveria ser afastado. Descrente da capacidade humana de realizar justiça, o cristianismo pregava o abandono das formas jurídicas tradicionais e sua substituição pela prática espontânea do amor e da caridade ou, como último recurso, pelo pronunciamento da própria Igreja sobre o conflito.

Desse modo, houve um significativo retrocesso das formas jurídicas: a legislação tomou importância secundária; uma pluralidade de ordenamentos normativos orais e costumeiros passou a vigorar;¹⁷ os processos de solução de conflitos voltaram a basear-se no sobrenatural, por meio das provas dos ordálios, ou no poder dos mais fortes, por meio dos duelos judiciais. Além disso, não havia nenhum poder constituído que disponibilizasse universalmente a força necessária para garantir ao vencedor da demanda o cumprimento do direito por parte do vencido.¹⁸

O “direito” feudal – se é que de fato podemos chamá-lo assim – voltou a confundir-se, portanto, com a moral e a religião. Tornou-se, pois, a depender da piedade e da caridade alheia na efetivação do conteúdo das normas. O cumprimento delas ficava absolutamente sujeito à consciência moral subjetiva ou à violência dos mais fortes.¹⁹

A religião, agora unificada e organizada sob a égide de uma Igreja cristã extremamente poderosa, capaz de impor-se aos poderes locais e aos reinos que se formavam, apresentava-se como a guardiã do único ethos possível: aquele que se fundava em sua própria doutrina. A ela cabia dizer e resguardar os dogmas (as normas de conduta) que levariam à salvação humana no pós-vida, já que a realização terrena (a realização racional e ético-política do homem) tinha-lhe sido alienada. Às organizações políticas, esvaziadas, pois, de toda finalidade ética, restavam apenas a manutenção da ordem e a preocupação com a conservação do próprio poder.

16 JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Digesto de Justiniano*, p. 19 (D.1.1.3).

17 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*, p. 149-150.

18 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 30.

19 RAMOS, Marcelo Maciel. *Ética grega e cristianismo na cultura jurídica do Ocidente*, p. 94.

5. O CRISTIANISMO E O DIREITO

O cristianismo²⁰ representou durante mais de um milênio, desde a queda da porção ocidental do Império romano no século V, até o Iluminismo e as revoluções por ele despertadas, a partir do século XVIII, a referência ética exclusiva dos vários povos que se formavam sob as perspectivas culturais da civilização ocidental.

Desse modo, a despeito dos retrocessos que ele infligiu à vida jurídica e política, convencendo-nos durante séculos dos seus deméritos, é preciso reconhecer que sua doutrina forneceu e ainda fornece importantes valores e mandamentos da nossa experiência jurídica.

Aceitar a conexão entre o direito e a religião cristã não significa, todavia, abandonar o pressuposto de racionalidade como ponto de partida de uma ordenação propriamente jurídica. Afinal, essa é a vocação precípua e irrenunciável do direito ocidental, construído sobre o legado greco-romano.

Além disso, há que se observar que a despeito do sentimento religioso individual que um ocidental nutre pela fé cristã, ele é produto de uma tradição cultural da qual o cristianismo é uma parte substancial, tendo, portanto, recebido e incorporado crenças, símbolos e valores cristãos, que influenciam seu modo de perceber o mundo e seu comportamento social.

Ainda, no embate entre mito (fé) e razão que sempre permeou o pensamento ocidental, mesmo nos momentos de radical racionalismo, buscou-se muitas vezes nas crenças os elementos sobre os quais a razão se debruçou para produzir seus conhecimentos.

Com isso, mesmo com o proclamado racionalismo do Iluminismo, a suscitar uma profunda transformação na civilização ocidental, com a revalorização do homem e da razão, os valores da tradição cristã não puderam ser abandonados definitivamente, sob o argumento de que se fundavam na crença em uma verdade revelada pela divindade. Isso porque, naquele momento, eles já estavam profundamente impregnados no imaginário e no patrimônio cultural e ético do Ocidente.

É verdade que o sentido de sujeição da religião cristã, que se opõe ao sentido original de autonomia racional e moral estabelecido pelos gregos antigos (de submeter-se aos critérios de sua própria razão para produzir conhecimentos e princípios de conduta), abre caminho para a construção de uma noção negativa de justiça que afasta definitivamente do homem o critério para sua realização.

Partindo-se da noção de que Deus é o princípio transcendental e pessoal de todas as coisas, criador e senhor amoroso e misericordioso do homem, a oferecer-lhe em troca da fé a graça da salvação eterna, a realização humana é transferida completamente para um outro plano de existência, a depender da vontade divina. Com isso, a autonomia humana, fundamento de todo o ethos da Antiguidade clássica, é fortemente ofuscado. Restou ao homem, em face da sua semelhança e consequente participação na razão divina, uma racionalidade limitada (temporal, mutável e contingente), dependente, portanto, da fé na verdade revelada por Deus (esta sim, perfeita e imutável). Da dependência racional do homem decorre, por conseguinte,

20 Para um completo e profundo exame do pensamento cristão, cf. BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. História da filosofia cristã: desde as origens até Nicolau de Cusa. Tradução de Raimundo Vier. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

sua incapacidade moral, que diante do livre-arbítrio concedido por Deus e da impossibilidade de alcançar pela razão a verdade em sua integralidade, precisaria submeter-se à lei divina.

Com isso, a justiça (ou a virtude) cristã acaba por se apresentar como a conformação do homem, pela fé, à vontade divina, revelada nas Escrituras e depositada sob a guarda da Igreja. A injustiça, ou o pecado, é, ao contrário, o afastamento do homem dos preceitos de Deus.

Como a salvação, fim último do homem, só seria possível, segundo os cristãos, pela graça divina, a qual se alcança pela fé sincera em sua palavra e pela conformação do pensamento e da ação a ela, a ordem social deixa de representar o ambiente necessário para a realização do homem. Além disso, diante de sua incapacidade moral, não seria possível qualquer justiça humana, razão pela qual ao cristão não restava outra alternativa senão resignar-se perante a autoridade temporal, visto que tudo é conforme a vontade de Deus e depositar todas as suas energias e expectativas numa realização além-vida junto ao criador.

Nesse sentido, a justiça é entendida por Agostinho como o amor a Deus, a quem o homem deve se entregar inteiramente, cumprindo cabalmente a lei divina. A ordem social deveria, do mesmo modo, conformar-se à reta ordem divina, regendo-se pelo amor a Deus, o qual se desdobra no dever de amar ao próximo, de ajudar aos necessitados e de não causar mal a ninguém.²¹ Todavia, não existindo um Estado capaz de se guiar efetivamente conforme o amor a Deus, caberia à ordem política prover apenas a paz mundana e a ordem na cidade terrena, enquanto só na cidade de Deus se poderia alcançar a salvação futura e a paz eterna. Portanto, a verdadeira justiça, entendida como amor e caridade, só seria possível, segundo Agostinho, na cidade celeste, representada na terra pela Igreja. Com isso, à Igreja caberia o encargo de realizar os valores humanos superiores, restando à comunidade política a tarefa inferior de manutenção da ordem terrena.²²

Mesmo Tomás de Aquino, a despeito de sua orientação francamente racionalista, acaba por apresentar a justiça como sujeição a Deus. Embora, no esteio de Aristóteles, Aquino afirmasse que a justiça era a disposição constante do homem para conformar a ação à sua própria razão, ele acrescenta que, em vista das suas limitações, o homem precisaria recorrer sempre à revelação da Razão divina. Dessa maneira, fazia-se necessário uma lei de Deus, revelada por meio das Escrituras, pela qual o homem poderia ser guiado pela fé, reconduzindo-se, portanto, à beatitude e à justiça. Além disso, entende o filósofo que como a lei divina fora confiada a Igreja, a ela deveriam se subordinar os homens e as ordens políticas.²³

21 Carl J. Friedrich afirma que Agostinho teria substituído a noção de comunidade da lei, recorrente no pensamento antigo, pela noção de comunidade do amor e da caridade. (FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*, p. 53). Nesse mesmo sentido, cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da Antiguidade clássica à modernidade*, p. 58.

22 AGOSTINHO (Santo). *A cidade de Deus*, v. 3, p. 1.929-1.931.

23 Transcrevemos, aqui, um trecho da *Suma Teológica* de Tomas de Aquino, que resume com clareza tal posição: "Além da lei natural e da humana, é necessário, para a direção da vida humana, haver uma lei divina. E isto por quatro razões. – Primeiro, porque, pela lei, o homem dirige os seus atos, em ordem ao fim último. Ora, se ele se ordenasse só para um fim que lhe não excedesse a capacidade das faculdades naturais, não teria necessidade de nenhuma regra racional, superior à lei natural e à humana desta derivada. Mas, como o homem se ordena ao fim da beatitude eterna, excedente à capacidade natural das suas faculdades, como já estabelecemos, é necessário que, além da lei natural e da humana, seja também dirigido ao seu fim por uma lei imposta por Deus. – Segundo, da incerteza do juízo humano, sobretudo no atinente às cousas particulares, originam-se juízos diversos sobre actos humanos diversos; donde, por sua vez, procedem leis diversas e contrárias. Portanto, para poder o homem, sem nenhuma dúvida, saber o que deve fazer e o que deve evitar, é necessário dirija os seus actos próprios pela lei estabelecida por Deus, que sabe não poder errar. – Terceiro, porque o homem só pode legislar sobre o que pode julgar. Ora, não pode julgar os atos internos, que são ocultos, mas só, dos externos, que aparecem. E, contudo, a perfeição da virtude exige que ele proceda retamente, em relação uns aos outros. Portanto, a lei humana não podendo coibir e ordenar suficientemente os atos internos, é necessário que, para tal, sobrevenha a lei divina. – Quarto, porque, como diz Agostinho, a lei humana não pode minar todos os males, haveria, conseqüentemente, de impedir muitos bens, impedindo, assim, a utilidade do bem comum,

É importante anotar que o impacto da doutrina cristã sobre o direito ocidental foi, sobre vários aspectos, paradoxal. Por um lado, contribuiu fortemente para sua decadência após o fim do Império romano e, por outro, forneceu vários dos valores que passaram a constituir seus princípios fundamentais quando da sua reabilitação definitiva, levada a cabo pelas revoluções que marcaram o início da contemporaneidade.

Ao afirmar a limitação da racionalidade humana e sua inexorável dependência moral, o cristianismo negava os pressupostos basilares da vida jurídica, tal qual produzida pelo mundo grecoromano.

Afinal, o direito fundava-se justamente na capacidade humana de formular juízos sobre o bem e o mal, com base nos quais o cidadão poderia decidir sobre qual padrão de ação deveria ser adotado e imposto como lei objetivamente válida. Era sobre a perspectiva da justiça da norma imposta, segundo o melhor juízo humano, que se justificava sua obrigatoriedade.

O cristianismo, ao contrário, proclamava que todo bem emanava de Deus e só nele poderia ser encontrado. Desse modo, o homem, diante de suas limitações, necessitava, pois, crer na verdade revelada por Deus, submetendo-se e obedecendo cegamente a ela. Afirmava-se, ainda, que só a Deus caberia o julgamento sobre todas as coisas, visto que diante da incapacidade moral do homem, ele não deveria julgar os outros. Com isso, a doutrina cristã negava a possibilidade de qualquer justiça humana, rebaixando, pois, a vida jurídica (e a política) a mero recurso de manutenção da ordem, reservando à Igreja, guardiã da revelação divina, o juízo sobre o bem e o mal.

Destarte, o cristianismo introduzira um ethos da alienação e da submissão, que pregava a resignação (a passividade) diante dos mistérios da vontade divina e a sujeição pela fé, o que implicava a abdicação da vida política e jurídica, nas quais não se poderia encontrar a salvação (só possível em Deus por meio da Igreja).

Além disso, a doutrina cristã apresentava, como substituto do direito, a caridade e o perdão, os quais, a princípio, representavam sua própria antítese. Afinal, o que caracterizava o direito era justamente a atribuição de prerrogativas (correspondentes aos deveres estabelecidos), as quais conferiam aos seus destinatários o poder de exigir dos demais o seu cumprimento, não ficando, portanto, à mercê da boa vontade ou da caridade alheia. Ademais, ao impor o perdão e a resignação, desestimulavam-se as demandas judiciais.

Portanto, o cristianismo, enquanto prosperou como referência cultural e ética quase que exclusiva do Ocidente, submeteu aos seus pressupostos o direito, impedindo, mesmo com a gradual reorganização política da Europa e com o florescimento dos estudos jurídicos a partir do século XI, sua reafirmação como instrumento máximo do ethos humano, a expressar e garantir os valores mais caros eleitos pela cultura em seu processo histórico.

Todavia, se, por um lado, o banimento do cristianismo do pensamento científico e filosófico e da vida política, a partir do Iluminismo, permitiu o reflorescimento do direito, por outro, buscou-se no ethos cristão muitos dos valores sobre os quais ele se reconstituiu.

Sob a inspiração das filosofias gregas, suprimiam-se as afirmações de limitação racional e de incapacidade moral do homem, bem como seus deveres inquestionáveis de submissão

necessário ao comércio humano. Por onde, a fim de nenhum mal ficar sem ser proibido e permanecer impune, é necessário sobrevir a lei divina, que proíbe todos os pecados". (AQUINO, Tomás. Suma teológica: das leis, v. 9, p. 23-25)

e obediência cegas à ordem divina; entretanto, a própria valorização do homem e a afirmação fundamental da igualdade humana buscavam na noção de pessoa e de fraternidade universal, desenvolvidas pela doutrina cristã, seus pressupostos basilares.

Além disso, os valores supremos cristãos do amor e da caridade, a despeito dos seus fundamentos religiosos, apresentavam-se como conquistas sublimes do espírito ocidental, cujo apelo universal transcendia quaisquer limites culturais específicos.

Do dever de amar a todos os homens, incluindo-se aí os amigos e os inimigos, o igual e o diferente, desdobraram-se alguns dos valores mais importantes do Ocidente, os quais, mesmo com a intensiva negação da fé promovida pela contemporaneidade, não puderam ser afastados em vista do seu apelo racional (ou universal) inquestionável: 1) a igualdade de todos os homens; 2) a caridade como dever de participar pessoalmente nas necessidades e sofrimentos alheios (mesmo dos inimigos), tomando-os como se fossem próprios; 3) o perdão, a proclamar a proibição da vingança e o dever de misericórdia para com aquele que tenha errado ou ofendido; e 4) a tolerância para com o diferente, o marginalizado e o excluído.

Portanto, tais valores integraram o patrimônio ético do homem ocidental, orientando significativamente o conteúdo normativo do direito contemporâneo.

Lembremos que o próprio lema da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – albergava, além do valor da autonomia humana (liberdade), de inspiração clássica, os valores da igualdade e da fraternidade universal, cuja inspiração é inegavelmente cristã.

Desse modo, a fraternidade, isto é, o “reconhecimento do outro como semelhante, ainda que diferente”, acaba por ser afirmada, conforme ensina José Luiz Borges Horta, como o novo valor central do Estado de direito, inaugurando a era da cidadania mundial, o que exigia, pois, sua universalização, estendendo, por conseguinte, os seus valores a toda humanidade.²⁴

Além disso, a solidariedade tão proclamada nos dias atuais não é mais que o desdobramento do dever cristão de caridade, a impor juridicamente a corresponsabilidade do todo social para com os mais necessitados. Nesse sentido, é estabelecida e garantida pelo direito uma série de auxílios e benefícios aos mais carentes.

Ademais, os valores do perdão e da tolerância subjazem fortemente nos espíritos do Ocidente, promovendo a proliferação das penas educativas e ressocializantes em detrimento das penas perpétuas e capitais, o que se comprova facilmente mediante um rápido exame dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

6. O DIREITO E A CULTURA

É preciso superar, de uma vez por todas, a compreensão do direito como um conjunto de mecanismos meramente formais não comprometidos com o conteúdo cultural do ethos coletivo, isto é, sem qualquer conexão substancial com o teor das normas sociais, políticas, religiosas, etc.

24 HORTA, José Luiz Borges. Horizontes jusfilosóficos do estado de direito: uma investigação tridimensional do estado liberal, do estado social e do estado democrático, na perspectiva dos direitos fundamentais, p. 230-232.

Não podem mais prosperar essas teorias que afastam o direito de qualquer reflexão substancial, de qualquer tentativa de compreender o complexo conteúdo cultural dos seus preceitos, em razão do temor infundado de comprometer-lhe a autonomia científica ou seu caráter racional e laico.

Por outro lado, é preciso ter em mente que essa abordagem material do direito só é plenamente possível mediante um mergulho na cultura e, conseqüentemente, nos valores e nos diferentes aspectos normativos que a conformam.

Isso porque o direito constitui um aspecto fundamental do ethos social. Ele é para a tradição ocidental o modo mais sofisticado de normatividade da cultura, apresentando-se como o modo de ordenação por excelência da vida social.

Além de sua forma peculiar, que o distingue dos demais tipos normativos, o direito é o único que busca abranger o ideal de universalidade ética do grupo, assumindo, pois, os valores e os diferentes conteúdos normativos estabelecidos no processo de formação histórico da cultura.

Segundo Joaquim Carlos Salgado,

O direito é a forma avançada e mais elaborada de universalização dos valores éticos, pois se tais valores permanecem regionalizados como valores morais de um grupo, embora a aspirem, não têm a objetividade de valores de toda a sociedade, não são valores como tais (universais) reconhecidos. [...] O direito é, nesse sentido, o maximum ético de uma cultura, tanto no plano da extensão (universal nesse caso significa de todos e reconhecido por todos), como também no plano axiológico – enquanto valores mais altos ou de cumeada, como tais formalizados. [...] Em suma, o que se compreende como maximum ético é que ‘quando certos valores, constituindo um núcleo da constelação axiológica de uma cultura, alcançam a universalidade material reconhecida na consciência ético-jurídica de um povo e a universalidade formal pela sua posição e normatização através da vontade política desse povo, é que adquirem a natureza de direitos’.²⁵

Desse modo, o ethos, em sua forma jurídica, explicitará o processo de construção dos valores universais do grupo. O direito, ao mesmo tempo em que se impõe objetivamente, positivando o conjunto de normas que estabelece a ação exigida pela cultura, bem como os seus mecanismos de garantia coercitiva, promove a participação do sujeito moral, como parte integrante do processo de formação cultural, na sua formação, disponibilizando-lhe instrumentos com os quais pode manifestar sua vontade e reclamar sua efetivação.

O direito é, pois, expressão da cultura ética que se estabeleceu no Ocidente. Ele ordena os valores estabelecidos pelos embates e consensos culturais, impondo-se por todos e a todos como regras obrigatórias. Ele é ao, mesmo tempo, resultado e produtor da cultura, pois, numa perspectiva dialética, a tradição cultural é referência objetiva para a experiência jurídica, que, ao mesmo tempo, reflete-se nela, reconstruindo-a.²⁶

Portanto, conforme dito, se o direito não pode prescindir dos seus aspectos formais, tampouco ele pode ignorar que o conteúdo do modelo de ação que estabelece é produto de uma decisão que é expressão da tradição cultural na qual se insere e que se funda em princípios e

25 SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético, p. 9-10.

26 Nesse sentido, ensina Mariá Brochado: “Considerando dialeticamente, a tradição é ao mesmo tempo produto e referência objetiva para a experiência ética, que, historicamente, constrói e é formada por ela”. (BROCHADO, Mariá. Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico, p. 75)

fins construídos historicamente. Desse modo, não podemos nos esquecer dos valores religiosos que fornecem conteúdos a essa experiência cultural e jurídica.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO (Santo). A cidade de Deus. Tradução de J. Dias Pereira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000. v. 3.
- AQUINO, Tomás. Suma teológica: das leis. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Odeon, 1936. v. 9.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. História da filosofia cristã: desde as origens até Nicolau de Cusa. Tradução de Raimundo Vier. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.
- BRETONE, Mário. História do direito romano. Tradução de Isabel T. Santos e Hossein S. Shooja. Lisboa: Estampa, 1998.
- BROCHADO, Mariá. Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico. São Paulo: Landy, 2006.
- COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Fernando Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. Perspectiva histórica da filosofia do direito. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- HORTA, José Luiz Borges. Horizontes jusfilosóficos do estado de direito: uma investigação tridimensional do estado liberal, do estado social e do estado democrático, na perspectiva dos direitos fundamentais. 2002. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2002.
- HYPOLITE, Jean. Introdução à filosofia da história de Hegel. Tradução de José Marcos Lima. Lisboa: Edições 70, 1995.
- JAEGER, Werner. Paidéia: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. Digesto de Justiniano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. Institutas do Imperador Justiniano. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2005.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos de história do direito. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. Cristianismo e direito. Revista da Faculdade de Direito, Belo Horizonte, v. 9, p. 7-27.
- NOBREGA, Vandick L. da. Compêndio de direito romano. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. v. 1.
- PLATÃO. A república. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- RAMOS, Marcelo Maciel. Ética grega e cristianismo na cultura jurídica do Ocidente. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte. 2007.
- SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos de história do direito. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Síntese de uma história das idéias jurídicas: da Antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.