

ANTONIO DA ROCHA LOURENÇO NETO

**AS RAÍZES DO DIREITO
E NÃO DIREITO**

**Rio de Janeiro
Edição do Autor
Ano 2014**

“O homem não vive somente a sua vida individual; consciente ou inconscientemente participa também da vida de sua época e dos seus contemporâneos” (Thomas Mann, A montanha mágica, p.47).

SUMÁRIO

Introdução.....09

PARTE I – RAÍZES DO DIREITO

Mitologia grega.....14

História da humanidade.....15

A eclosão dos conflitos humanos.....23

O ser humano em sociedade.....29

Regra de ouro do direito.....31

Grécia.....33

Roma.....33

Idade Média.....35

Direito do Renascimento até o século XX.....36

Direito hispano-português.....36

Direito ocidental.....36

Grupo anglo-americano.....37

Direito brasileiro.....38

O Poder Judiciário Regimento Régio.....38

Direito.....	44
Política.....	49
Família.....	52
Direito Natural.....	55
Marco histórico do Direito Natural.....	58
Humanismo.....	59
Direitos humanos.....	64
Da regência da lei.....	69
Evolução do Direito e das leis.....	72
A prestação jurisdicional e o justo.....	76
Processo.....	82
Conciliação e mediação.....	87

PARTE II – RAÍZES DO NÃO DIREITO

Homo sacer	92
Escravidão.....	92
Feudalismo.....	106
Inquisição.....	107

Teorias racistas.....	110
Miguel de Cervantes Saavedra (1547/1616).....	112
Fanatismo religioso e a injustiça.....	119
Nazismo.....	127
Tribunal de Nuremberg.....	132
Não direitos recentes.....	134
Não direitos no Brasil.....	138
Sesmarias.....	148
Grande propriedade.....	150
Lei de Terras.....	153
Territórios quilombolas.....	156
Direito ambiental.....	159
Da classe desprestigiada e desprotegida.....	168
Globalização do Poder Econômico.....	171
A falta de qualidade das leis.....	175
Aprendizagem da história.....	178
Conflito da lei com a justiça.....	182

Falta de dignidade da Pessoa Humana.....	187
Visão crítica da concepção penal dos bens jurídicos protegidos.....	191
 BIBLIOGRAFIA.....	 203

INTRODUÇÃO

São basicamente duas questões em foco neste livro: a origem do direito e a sua importância para o mundo civilizado e, em outro polo, os momentos históricos da estrada da vida do não direito. Na nossa longa história de civilização muitos homens ficaram cegos diante de um dogmatismo, fanatismo religioso, slogans e aparelhamento ideológico, de modo a conduzir a humanidade para a barbárie, em razão de comportamentos intoleráveis, atitudes desumanas, cruéis, injustas e incompatíveis com a dignidade humana.

Os valores éticos, notadamente da Política e do Direito em determinadas épocas bem delineadas no livro foram deveras esquecidos: liberdade, igualdade, solidariedade e segurança. Por isso, a importância de resgatar os pensamentos dos filósofos pré-socráticos, bem assim de Sócrates, Platão, Aristóteles, Cícero, Agostinho e Tomás de Aquino que apontam na direção de que o homem para se sentir seguro e protegido tem que ter assegurada sua existência e para isso é preponderante que atinja a felicidade, através de uma sociedade realmente virtuosa. A felicidade, por isso, pressupõe certo equilíbrio de bens, visto que o homem, ser complexo, não busca simplesmente um único bem. Precisa de ar para respirar, de comida, de bebida, de saúde para sentir-se bem, de algum dinheiro, de alguns amigos, de algum reconhecimento público e respeito por parte da sociedade e do Estado, e precisa até ter algum tempo para poder dedicar-se às reflexões filosóficas, metafísicas e teológicas para poder adquirir conhecimento e crescer como pessoa e cidadão. A grande questão é

saber que quando o direito é respeitado, mesmo assim, não podemos ter a certeza de que a justiça o foi. Diante de tanta omissão de políticas públicas sérias de proteção as vítimas da exclusão social e jurídica, da falta de ética como aplicar o Direito com justiça?

Nesse aspecto, a meu ver, o Direito deve ser entendido como um sistema de defesa das prerrogativas irrenunciáveis da pessoa (na sua justa dimensão que é “ser para os outros”), portanto, não se limita a meras estruturas legais. O objetivo primeiro do Direito, na definição lapidar do professor Vicente Ráo, é de disciplinar: **“a vida social e, por isso, não abandona o ser humano à sua própria sorte; antes, lança-o no caminho da perfeição, do desenvolvimento e do progresso, não só de sua vida física, mas também de sua vida psíquica, para construir, por esse modo, sim, uma coletividade mais bem formada por seres melhores”** (O Direito e a vida dos direitos, Introdução, citado por Saulo Ramos, no livro Código da Vida, Editora Planeta, São Paulo, p.342).

Sem vincos nem mistérios, procura-se deixar claro que a crença de uma Justiça mecânica, capaz de outorgar soluções inequívocas e irrefutáveis, tomadas à luz tão somente de um direito vigente pré-determinado, certamente desvaneceu por completo na segunda metade do século passado. E assim com a interpretação e a argumentação reconstrutiva é possível encontrarmos a objetividade e transparência na aplicação do Direito, de modo afastar as compreensíveis acusações de subjetividade e puro arbítrio quando os textos legais eram desafiados. Com elas se refundou o raciocínio jurídico, para que em todos os momentos possamos realizar o que se considera certo, diante da limitação e insuficiência

da legislação, contudo, pelo menos com bases sólidas como as propugnadas pelo positivismo legalista.

Ronald Dworkin, um diligente representante das posições hermenêuticas no Direito, inclusive aproxima a interpretação jurídica da interpretação literária apontando de dizer que deve seguir o mesmo modelo. Na mesma linha de pensamento, a argumentação é um meio/modelo que permite ultrapassar as limitações próprias da racionalidade humana e possibilita uma decisão justa para cada caso, pondo fim (?) a crítica dos positivistas e do figurino mecanicista. Sem essa interpretação podemos, na era moderna, refundar a experiência traumática de épocas de não direitos que foram tão caras à humanidade.

A vacina contra os não direitos é assumir responsabilidade diante do outro e possuir a capacidade de construir um caminho comum baseado na solidariedade e convivialidade. O Direito exige que os operadores da justiça fiquem de frente para o mundo e vejam os homens como eles na verdade são. O abolicionista H. D. Thoreau nos dá a verdadeira noção de que em épocas de cegueira coletiva da humanidade, em decorrência da falta de direitos, é preciso agir: **“minha única obrigação é fazer em todos os momentos o que considero certo”**, pois ele sempre argumentou que há algo superior à vontade da maioria, embora a maioria das pessoas em seu tempo apoiasse a escravidão. Ele estava absolutamente certo em lutar pela a abolição da escravidão quando a grande maioria apoiava tal situação extremamente desumana, a demonstrar que nem tudo que é legal é justo.

PARTE I

RAÍZES DO DIREITO

Mitologia grega.¹ Segundo a mitologia Grega estando povoado o mundo, seus primeiros tempos

¹ “O firmamento dos deuses gregos – o Panteão – consiste numa estirpe ramificada com infinitos laços de parentesco. As diversas histórias particulares são, portanto, partes de uma saga familiar. Tudo começou quando Urano cometeu incesto com sua mãe, Gaia, também conhecida como Mãe-Terra. Primeiro nasceram os Ciclopes e depois os Titãs. Quando Urano atirou os rebeldes Ciclopes no Tártaro (uma espécie de confortável mundo subterrâneo), Gaia deu a seu filho mais novo, Crono, chamado Tempo uma foice, com o qual ele cortou a genitália de seu pai. Atirou-a no mar e da espuma sangrenta surgiu Afrodite, chamada “a deusa do amor, nascida das espumas”. Mas Crono casou-se com sua irmã Réia e tomou o trono de seu pai. Contudo, foi-lhe profetizado que ele também seria destronado por um dos seus filhos – afinal, ele dera o exemplo. Para evitar isso, devorou todos eles; Héstia, Deméter, Hera, Hades e Posêidon. Sua mulher Réia, achou tudo aquilo um absurdo e escondeu seu terceiro filho, Zeus, em Creta, onde foi criado por uma ninfa com corpo de cabra e, com seu irmão de criação, Pã, foi alimentado com leite e mel (mais tarde, por gratidão, Zeus criou a cornucópia a partir do chifre de cabra). Ao se tornar adulto, Zeus introduziu-se como servo na casa de seu pai, Crono, misturou um vomitório em seu uso, que logo fez efeito. Crono regurgitou todos os filhos engolidos, que estavam intactos. Essa crise de vômitos desencadeou uma série de guerras entre Crono e seus filhos. Começou com Zeus libertando os Ciclopes do Tártaro. Esses armaram os três irmãos divinos: Zeus ficou com o trovão e o raio, Hades com um capuz mágico, e Posêidon, com o tridente. Sob a proteção do capuz mágico, Hades roubou as armas de Crono, e, enquanto Posêidon o encurralava com o tridente, Zeus matou-o com o raio. Então teve início o combate contra os Titãs. Mas, antes que ele pudesse realmente iniciar-se, os nervosos gigantes ficaram tão assustados com um súbito grito de Pã que debandaram numa fuga desenfreada e presentearam o mundo com o conceito de pânico. Como castigo por serem tão medrosos, seu líder, Atlas, foi condenado a carregar o céu. Todos os outros tiveram de sustentar as varandas das mansões construídas durante o florescimento econômico do século XIX. Mas as mulheres Titãs

constituíram a chamada **Idade do Ouro**. Neste período reinavam a verdade e a justiça, não impostas pela lei e nem tampouco havia juízes para ameaçar ou punir. Seguiu-se a **Idade de Prata**, inferior a de Ouro. Pela primeira vez o homem teve de sofrer os rigores do calor e do frio, e tornaram-se necessárias casas. As primeiras moradas foram às cavernas, os abrigos das árvores frondosas e cabanas feitas de hastes. Veio, em seguida, a **Idade de Bronze**, já mais agitada e sob ameaça das armas, mas ainda não inteiramente má. A pior foi na **Idade de Ferro**. O crime irrompeu, como uma inundação; a modéstia, a verdade e a honra fugiram, deixando seus lugares a fraude e a astúcia, a violência e a insaciável cobiça. Surgiu a guerra, utilizando-se armas. Nessa linha, conforme a mitologia Grega a terra ficou úmida de sangue, e os deuses a abandonaram, um a um, até que ficou somente ASTREIA (Deusa da inocência e da pobreza. Depois de sair da terra, foi colocada entre as estrelas, onde se transformou na constelação Virgo. Era filha de THEMIS (Justiça), representada por uma balança, em que pesa as alegações das partes adversárias) (O Livro de Ouro da Mitologia -- Thomas Bulfinch, ed. Ediouro, 13º edição, ano 2001).

História da humanidade. Após o breve esboço mitológico, passamos para a era primitiva da humanidade, onde há dois milhões de anos os “homens” (hominídeos) viviam na África e eram poucos. Eram seres quase humanos, embora tendessem a ser menores que seus descendentes que hoje povoam o planeta. Andavam eretos e subiam montanhas com enorme habilidade.

foram poupadas. Os três irmãos divinos dividiram o mundo entre si: Hades ficou com o mundo subterrâneo, Posêidon, com o mar, e Zeus com a terra”(Cultura Geral, de Dietrich Schwanitz, Ed. Martins Fontes, ao 2007, págs.05/06).

Alimentavam-se principalmente de frutas, nozes, sementes e outras plantas comestíveis, mas começavam a consumir carne. Esses seres humanos são conhecidos como hominídeos e viviam principalmente nas regiões dos atuais, Quênia, Tanzânia e Etiópia. Se dividirmos a África em três zonas horizontais, a raça humana ocupava a zona central, ou tropical, constituída principalmente de pastos. Uma mudança no clima, cerca de 1 ou 2 milhões de anos antes, fez os pastos substituírem boa parte das florestas em certas regiões; isso pode ter incentivado esses hominídeos a, gradualmente, descendo das arvores, deixar a companhia de seus parentes, os macacos, e passar mais tempo no chão. Moviam-se em pequenos grupos: eram exploradores e colonizadores. Em cada região desconhecida, tinham de adaptar-se a novos alimentos e precaver-se contra animais selvagens, cobras e insetos venenosos. Os que abriam caminho conseguiam uma certa vantagem, pois os seres humanos, adversários implacáveis dos invasores de território, não estavam lá para atrapalhar seu caminho. A habilidade de produzir fogo, em vez de obtê-lo ao acaso – quando um raio caía nas proximidades, ateando fogo à vegetação, eles apanhavam um galho em chamas e o transportavam para outro lugar com grande cuidado para que não apagassem --, veio bem mais tarde. Com o tempo, os humanos conseguiram produzir uma chama através do atrito e do calor provocados ao esfregarem-se dois pedaços de madeira seca. Podiam, também, triscar um pedaço de piritita ou outra rocha adequada e, assim, provocar uma faísca.²

² In Uma Breve História do Mundo, Ed. Fundamento, ano 2004, de Geoffrey Blainey.

Na formação dos grupos, denota-se que a liberdade da mulher (poliandria) servindo a muitos homens teria favorecido ao matriarcado (os componentes da clã estavam sob o domínio da mulher), ou seja, o domínio político feminino. O matriarcado, contudo, não perdurou por muito tempo, em decorrência da repulsa natural de ligações entre a mulher e muitos homens, que colocava em dúvida a legitimidade da prole. Tal modo de vida impunha dificuldade na defesa dos clãs **(não se sabe, em verdade, ao certo se o fim do matriarcado ocorreu ante essa repulsa, haja vista que muito tempo decorreu antes que a humanidade percebesse uma relação de causa e efeito entre o ato sexual e a gravidez)**. Mas em vista disso, o homem mais forte fisicamente passou a exercer o controle e assim substituiu o matriarcado. Daí surgiu a autoridade do chefe – grupo patriarcal – que empregava castigo, dispunha sobre as relações civis com normas próprias exercitadas através dos usos e costumes, sem quaisquer limites de controle. O poder do chefe da clã era exercido sobre tudo e todos. Dessarte, o primeiro germe social na comunidade primitiva se forma por força da comunhão do sangue, pelo parentesco, o que impôs a necessidade visível de sociabilidade. Timbre-se, portanto, **que a sociedade e família são, pois, ao que tudo indica contemporâneas. Para Aristóteles, porém, a cidade precede a família e até o indivíduo**, porque o **homem é um animal político**, inclinado a fazer parte de uma polis a “cidade” enquanto **sociedade política**, isso porquanto responde a um impulso natural. Daí serem políticas, de certo modo, todas as relações humanas. A polis³ é o fim

³ Por Polis se entende uma cidade autônoma e soberana, cujo quadro institucional é caracterizado por uma ou várias magistraturas, por um conselho e por uma assembléia de cidadãos (politai). Alguns autores fixam a origem da Polis em torno do ano

e a causa da associação humana. Entretanto, para o Professor Celso Ribeiro Bastos “é um truísmo afirmar-se que o homem é um animal social. Com efeito, tem sido esta sua situação em todos os tempos, a de viver em sociedade. Nada obstante isto, os autores se esforçam em procurar explicações para a formação desta, para o que teria levado o homem a abandonar uma situação de vida individual a fim de entrar numa forma qualquer de organização social. Quer-nos parecer que nunca será possível identificar uma razão específica para a formação da sociedade. Ela se confunde com o próprio evoluir do homem, perdendo-se, portanto, nas origens da própria espécie humana (...). mas é inegável que tornando-se os homens responsáveis não só pela sobrevivência pessoal mas também pela resolução dos problemas que permitissem a manutenção e sobrevivência do grupo social, deu-se lugar aí a uma função voltada aos interesses da coletividade, à resolução dos problemas que ultrapassam aos indivíduos, os problemas transpessoais, os problemas coletivos enfim. Trata-se do aparecimento do político (...). Em outras palavras, um Estado não é senão uma forma muito recente na vida da humanidade organizar-se politicamente. Antes do estado o homem passou por formas bastante diferentes de organização do poder político (...)” Portanto, prossegue acentuando: “O Estado – entendido portanto como uma forma específica da sociedade política – é o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder” (Comentários à Constituição do Brasil 1º Volume, p-p, 107/109).

500 a. C; outros, ao contrário, fazem remontar o fenômeno à época monárquica tal como descreveu os poemas homéricos.

O certo é que na época em que se reuniram em sociedade, os homens começaram a conhecer o que é bom e honesto e a distingui-lo do que é vicioso e ruim. Viu-se um homem prejudicar seu benfeitor. Dois sentimentos surgiram no mesmo instante em todos os corações; o ódio pelo ingrato, o amor pelo homem que faz o bem. Censuraram o primeiro e louvara tanto mais aqueles que, ao contrário, mostraram-se gratos, que cada um deles sentiu que podia experimentar semelhante injúria. Para evitar semelhantes males, os homens se determinaram a fazer leis e a ordenar punições para quem cometesse contravenções contra elas. Esta foi à origem da justiça, segundo Maquiavel, citado por Grateloup, in Dicionário Filosófico de Citações, Editora Martins Fontes, 2004, p.141.

Assim, graficamente, temos o homem como um ser social, com forte tendência inata para viver em sociedade. Sem a menor dúvida, o homem é um animal gregário, com características próprias que lhe dão realce entre os demais animais sociáveis; esse homem é também um ser racional e livre que logo descobre a necessidade de inter-relacionar-se para viver, em especial quando surge a linguagem. Esse homem, em seguida passa a ter a vontade consciente de viver em comum com os seus semelhantes, de participar ativamente – não passivamente -- da sociedade humana; dessa forma, vivendo e se comunicando com os demais indivíduos, forma uma coletividade social, daí surge o agrupamento humano: a horda, a tribo, as “polis” ou “civitas” e, por conseguinte aparece a sociedade política. Sobreleva acentuar, assim, que ao lado da relação de convivência, surge a autoridade, visto que na sociedade política os homens passam a ficar submetidos a uma

autoridade e as leis que regulam a coexistência em comum. Assim surge o Estado.

O livro *Leviatã*, de Thomas Hobbes provém do onipotente monstro marinho do velho testamento (Jô, 41). Ele utiliza-se do *Leviatã* para descrever o Estado. Sua teoria política baseia-se na noção fundamental que nos deprime tanto quanto os contemporâneos de Hobbes, há 350 anos. Para ele o ser humano não é espírito, mas um autômato. O ser humano de Hobbes não é nada além de uma máquina, que é mantida viva (ou em movimento) pelo instinto da sobrevivência. Para Hobbes, o homem não almeja o Superior, o Bom, ou Deus. Os movimentos dos autônomos (seres humanos) servem apenas para movimentar os autônomos (seres humanos). Por natureza, o ser humano é controlado por instintos, sem desejo próprio. Como nada mais o interessa além de sua sobrevivência, está sempre disposto a tirar vantagem das situações e a lutar por bens limitados. No cenário mais tenebroso, no estado da natureza, a vida dos homens seria uma guerra de todos contra todos. A vida seria uma batalha: solitária, pobre, brutal, selvagem e curta. Para felicidade de todos, porém, os seres humanos podem fugir desse destino ao se reunir ordenadamente em comunidade e fundar um Estado. Hobbes imagina o estado como um ser humano gigante e artificial. A gravação da primeira edição mostra *Leviatã* como um gigante coroadado, com cetro e espada, numa paisagem paradisíaca, cujo corpo é composto por inúmeros homenzinhos.⁴

⁴ In Livro, tudo que você não pode deixar de ler, Globo, 2006, de Christiane Zschirnt.

Cunha sublinhar, ainda, o que diz o professor Dalmo de Abreu Dallari, **verbis**: “Para muitos autores, o Estado, assim como a própria sociedade, existiu sempre, pois desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo (...)”. Deduz, também: “Uma segunda ordem de autores admite que a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período. Depois, por motivos diversos, que serão indicados quando tratarmos das causas que levaram à formação do Estado, este foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais (...)”. Finaliza: “A terceira posição é a que já foi referida: a dos autores que só admitem como Estado a sociedade política dotada de certas características muito bem definidas. Justificando seu ponto de vista, um dos adeptos dessa tese, Karl Schmidt, diz que o conceito de Estado não é um conceito geral válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto, que surge quando nascem a ideia e a prática da soberania, o que só ocorreu no século XVII. Outro defensor desse ponto de vista, Balradore Pallieri, indica mesmo, com absoluta precisão, o ano do nascimento do Estado escrevendo que “a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados é a de 1648, ano em que foi assinada a paz de Westfália.”⁵

⁵ in Elementos de Teoria Geral do Estado, Editora Saraiva, 26ª edição, ano 2007, páginas 52 e 53. Pelos tratados de Westfália, assinados no ano de 1648, foram fixados os limites territoriais resultantes das guerras religiosas, principalmente da Guerra dos trinta Anos, movida pela França e seus aliados contra a Alemanha. A França governada pelo Rei Luiz XIV, consolidou por aqueles tratados inúmeras aquisições territoriais, inclusive a Alsácia. A Alemanha, territorialmente prejudicada beneficiou-se, entretanto,