

## PRÓLOGO À REALIDADE HISTÓRICA DO DIREITO

*Luiz Pandolfi* (\*)

No panorama histórico mais remoto, não no simples passado que acaba de fluir — com tantos fatos já esmaecidos e envoltos pela distância, encontramos os traços característicos do prólogo e da preparação de todos os dados que passaram a integrar o ambiente de vivência do Direito.

O modo vertiginoso das ocorrências do nosso tempo, a rapidez nas mudanças dos acontecimentos, a aceleração do ritmo da história — para usar a linguagem da historiografia moderna — vêm contribuir para que os nossos olhos não se voltem com suficiente atenção para essa face esquecida do mundo jurídico, constituída pela História do Direito e entendida no seu exato conceito de estudo do pensamento jurídico através dos tempos, e, de suas incidências, repercussões e efeitos sobre as atuais instituições, da evolução dos fenômenos jurídicos desde as suas origens aos nossos dias, de análise e interpretação da criação e da permanência do Direito.

De qualquer maneira, é lícito afirmar que o Direito jamais esteve ausente no mais simples ou mais primitivo agrupamento humano, constituindo a norma de conduta preconizada para todos, refletindo hábitos e modo de viver do homem, existindo como realidade social, antes de sua atual forma científica, de qualquer teoria dogmática, dos princípios puramente lógicos ou

---

(\*) Professor Assistente de Direito do Trabalho.

dos instrumentos legislativos. E não era por outra razão que Martins Júnior já proclamava que “o jurista-historiográfico deve remontar tanto quanto possível aos primeiros dias da humanidade para surpreender no seu surto inicial a sementeira dos instintos jurídicos”. (Compêndio de História Geral do Direito. — Ramiro M. Costa. Editores pág. 19).

A fidelidade a uma certa ordem de idéias ou conceitos fundamentais em todos os tempos, é uma constante do espírito humano, ainda mesmo quando não havia surgido de modo claro o princípio da racionalidade, observando o mestre francês Jean-Jacques Chevalier, que por mais longe que se remonte ao passado da humanidade, ou se desça na escala dos povos, encontram-se as marcas indubitáveis, entrevistas por sociólogos, antropólogos ou historiadores, da existência e da perpetuidade, entre os homens, de um pensamento que permanece fundamentalmente único e idêntico de baixo da diversidade de mentalidades e de fórmulas. (Histoire de la Pensée, vol. I pág. 24, Flammarion Éditeur).

Naqueles tempos, pela profunda carência das primeiras manifestações do pensamento humano e da dificuldade de formular racionalmente os problemas, o homem vivia mergulhado mais no mundo mágico do que no mundo real, numa espécie de contra-posição da aparência com a realidade, de êxtase diante das coisas misteriosas e maravilhosas, da fuga em suas várias escalas, do que de adesão aos problemas terrenos e profanos.

Constitui, conseqüentemente, momento de maior interesse no estudo do desenvolvimento do Direito através dos tempos e em suas diversas etapas, a atividade jurídica do homem, ligada em seus primórdios ou em suas instituições primitivas ao sentido sobrenatural e ao sentimento poético da vida.

O período mais antigo das relações de caráter ju-

rídico, alcançado pelas investigações históricas, oferece uma visão de intensa beleza, um material imenso e variado quando a imaginação se sobrepõe ao raciocínio, situada no campo da religião e da poesia. E era também um recurso de sobrevivência porque o cerimonial religioso e o ritmo da epopéia facilitavam a fixação dos fatos transmitidos oralmente, na ausência dos documentos escritos, apresentados como instrumentos do Direito na participação e na descoberta do sentido misterioso da vida. Entre outros, a exemplo dos egípcios, ensina Jean Glénisson (*Iniciação aos Estudos Históricos. Difusão Européia do Livro*, pág. 15), “nenhum sistema filosófico, nenhum hábito do pensamento condicionou o aparecimento da objetividade, da narrativa impessoal dos fatos, do relato dos acontecimentos aos quais não se mesclassem a lenda e a fábula”. Invenções e coisas arbitrárias misturadas a fatos positivos e concretos, enfim a ficção e a realidade, sempre andando de mãos dadas.

Naqueles velhos tempos, o Direito sempre compreendido como regra de justiça, não se distinguia das instituições sacras e participava das comunicações poéticas. A violação da norma não constituía apenas uma ofensa ao próximo e aos demais membros da comunidade: aparecia como uma trama demoníaca contra a vontade divina, apresentando idênticas implicações, tanto o descumprimento de uma obrigação como a prática de um ato criminoso, na aplicação de um corretivo penal.

Já aqui se pode encontrar o filão de todo o pensamento jurídico dêesses remotos tempos, entre sacerdotes e poetas, verdadeiros intérpretes de tôdas as relações sociais, inclusive as jurídicas, instrumento que eram da vontade Divina, agindo por injunção ou influência de entes superiores.

Prevalecia a idéia dominante de que tôda a inteligência superior, todo o estado de inspiração emocio-

nal, êsse poder de ser vidente, de tudo poder revelar, não só dos sacerdotes e dos poetas até mesmo dos possesores, participava de um estado especial. Aliás, os antigos sempre colocavam a imaginação do poeta em suas atividades com o sono, a loucura e outras situações que se desligam da vida consciente. É Dilthey quem diz que “entre os aforismas correntes da antiga poética um ensinava que a reação poética era um espécie de loucura: Demócrito, Platão, Aristóteles, Horácio, concordam. Os românticos assinalam reiteradamente a afinidade do gênio com a demência, o sono de toda ordem de arrebatamentos, e também Shopenhauer ilustrou a idéia romântica com provas científicas”. (“Poética” Editorial Losada S/A., 1945, pág. 61). Ainda hoje na linguagem de todos os críticos, é o atributo de ser vidente que distingue os poetas altíssimos, Homero ou Dante, Rimbaud ou Rilke.

Não manifestado ainda o Direito, na sua atual forma científica, as resoluções das questões jurídicas eram manipuladas por sacerdotes, poetas e legisladores, muitas vezes reunidos numa só pessoa. E é por exemplo Werner Jaeger, no seu monumental estudo de investigação histórica sobre a formação do homem grego para um estudo do helenismo, que apresentando como característico do pensamento primitivo, a inexistência de separação da ética com a estética, e da necessidade de se apreciar Homero como ponto de conhecimento histórico da sociedade grega, declara que o legislador aparece em certo aspecto mais próximo do poeta, segundo o conceito grego, colocando no mesmo plano a “trindade grega” do poeta, do estadista e do sábio. (Paideia: Los Ideales de la Cultura Griega. Ed. Fondo de Cultura Económica págs. 14-15).

Os antigos acreditavam no delírio profético ou no furor poético, como manifestações Divinas esternadas por oráculos ou profetas, recebidas como meio de libertação dos mistérios que o rodeavam. O escolhido pela divindade, para os seus desígnios, ungido de espírito

religioso ou de dom poético, infundia aos povos antigos, um respeito especial, pois eram pessoas que se elevavam acima do nível comum de seus contemporâneos. E todos êles realizavam uma grande tarefa na busca do desenvolvimento do pensamento humano.

A tradição jurídica que nos vem dos povos mais antigos, foi tôda ela constituída por êsses espíritos celestiais ou diabólicos que podiam se abrigar nas fronteiras da santidade ou da loucura, e que assim impunham aos seus contemporâneos e aos pósteros os princípios das normas fundamentais do Direito. Tradição que quanto mais se recua no tempo mais se reduz pois como ensina Arnold Toynbee “o Homem Primitivo não tem meios de revocar o passado mas recuadamente no tempo do que abrange a tradição. Antes da invenção de documentos escritos, é verdade que a faculdade da memória desenvolve poder que não mantém posteriormente, mas, a sua duração, mesmo na alma primitiva é relativamente curta exceto na reminiscência de certos nomes numa genealogia”. (A História e a Religião — Editora Fundo de Cultura, pág. 23) .

Nos tempos homéricos é o poeta que celebrava através das epopéias, das gestas, a grandeza histórica do seu povo, merecedores por isso de crédito e de respeito. Ao partir para guerra muitos heróis confiavam sua família aos cuidados de um poeta como o sacrossanto tutor, como lembra o professor René Dekkers no seu livro “El Derecho Privado de los Pueblos”. (Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid) .

É um dado histórico comprovado pelas pesquisas de antropólogos, de sociólogos e de historiadores que o Direito tem no seu início um aspecto de verdade revelada. E não é por outro motivo que os homens se inclinavam à vontade Divina em seu comportamento social.

A invocação feita aos intérpretes da vontade Divina para ser oferecida uma solução justa a um deter-

minado litígio, era afinal o que nós chamamos modernamente a postulação jurisdicional. E é curioso verificar-se que os atos e ritos religiosos de então já constituíam o início de todo o antigo processo.

O pleito jurisdicional revestia-se, então, de aspectos poéticos e ao mesmo tempo pitorescos. Conta-se que no século IX A. C. os sacerdotes de Amon distribuíam justiça utilizando estátuas articuladas. Como a cabeça e as mãos das imagens dos deuses eram móveis os sacerdotes movimentavam as respectivas articulações, de modo subreptício, surgindo os gestos de aprovação ou de negação. Alguém chegou a dizer com certa malícia que era o comêço do teatro de marionetes.

O oráculo primitivo, com a evolução do pensamento humano, vai decaindo para dar lugar ao aparecimento dos grandes profetas que expõem os princípios religiosos informados de profundos preceitos jurídicos, como é o caso de Moisés. (Êxodo — V.T. — cap. 18 v 13 e 16).

O desaparecimento dos profetas significa o desmoroamento do mundo mágico e o início da fase clarificadora concernentes aos princípios da racionalidade das coisas, passando o Direito a integrar o mundo lógico do primado científico.