O DIREITO E O ESTADO COMO FORMAÇÕES MODERNAS

Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo[*]

RESUMO

Considerando serem o Direito e o Estado objetos culturais desde sempre existentes na vida social, questiona-se a possibilidade de extensão dos mesmos aos conceitos sociais, políticos e normativos da antiguidade. Constitui o Direito elemento transformador de formações territoriais e políticas de grupos sociais, passível de formar pessoas jurídicas funcionalizadas ao atendimento das pessoas, individuais ou institucionais, no equilíbrio da vida individual e coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Estado; formação; generalização; normatividade.

1. INTRODUÇÃO

A permanência dos objetos socioculturais ao longo das gerações tende a nos fazer crer que eles sempre existiram, tal qual se apresentam aos nossos olhos, mesmo reconhecendo neles pequenas variações, que surgem com o tempo ou, até mesmo, que surgem em razão de sua distribuição no espaço. Podemos citar,

[*] Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG.

por exemplo, a linguagem, o Direito, o Estado e inúmeros outros fenômenos sociais.[1]

A nossa crença de que os objetos socioculturais são da forma como são, desde o início dos tempos, deve-se a quatro fatores. Em primeiro lugar, consideremos a natureza. Tomada como paradigma, é praticamente a mesma aos nossos olhos, nos últimos milênios. Ao constatar e avaliar objetos recebidos da geração imediatamente anterior, a tradição, sem prospecção do passado, os conserva, como se houvessem sempre existido. Com o mesmo conformismo, igualmente transmite-os à geração seguinte. Em segundo lugar, a postura acrítica dos que adotam como argumentos de autoridade teses do passado, explicações de autores que fizeram escola em sua época. Em terceiro lugar, a racionalidade da inteligência humana que, valendo-se de idéias gerais, tende à generalização dos objetos do conhecimento para todos os espaços, tempos e circunstâncias. Finalmente, a confusão de dois momentos sucessivos e distintos da gênese das instituições sociais: a formação como processo de construção e a formação como resultado.

Tais fatores devem ser questionados especialmente ao se tratar da discussão da existência temporal dos objetos socioculturais. Sob tal enfoque, aprofundando-se as pesquisas sobre as formações sociais, políticas e normativas da Antiguidade, indaga-se: os conceitos de Direito e Estado modernamente conhecidos podem ser-lhes estendidos?

A resposta, complexa, depende da fixação de hipóteses e métodos adequados para a consideração de Direito e Estado como objetos de conhecimento.

[1] HELLER, Herman. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 72.

2. O DIREITO E O ESTADO COMO FORMAÇÕES SOCIAIS PERMANENTES

Tendo em vista ser o Direito reconhecido como única ordem normativa e o Estado como única formação política, Direito e Estado seriam objetos culturais desde sempre existentes na vida social.

A corrente que adota tal posição teórica inclui filósofos como Platão e sua Teoria das Idéias; juspublicistas das Doutrinas do Direito Natural e do Contrato Social, que deduzem metodologicamente a permanente existência temporal do Direito e do Estado; antropólogos e sociólogos que induzem o Direito e o Estado como decorrência da capacidade dos governos[2], presentes em todas as sociedades, de impor regras de direito aos seus "súditos", em qualquer tempo.

Uma mesma visão pode ser encontrada no monismo de Kelsen[3] que, considerando o Estado como mero ordenamento jurídico, o reduz ao Direito. Direito e Estado são metodologicamente deduzidos da norma fundamental, seja como norma hipotética – conforme os trabalhos publicados em vida do autor –, seja como norma pressuposta – a partir de seu trabalho póstumo. Em sua pirâmide, a norma fundamental, válida por si e desde sempre presente, é a responsável pela imputação hierárquica decrescente das normas jurídicas, partindo-se da Constituição.

---

2 confundindo estes com o Estado.

3 "[...] nas ordens jurídicas primitivas ainda não se proíbe, de modo algum, todo o emprego de força que não tenha caráter de reação, imputável à comunidade jurídica, contra uma situação fática considerável como socialmente nociva. (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 39). Ver também: KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Barcelona: Labor, 1934. KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1996. AFONSO, Elza Maria Miranda. O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen. 1984. (Tese de Doutrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1984; e GOMES, Alexandre Travessoni. O fundamento da validade do Direito Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

Mata-Machado[4], resumindo o pensamento de corrente filosófica e juspublicística fundada no Direito Natural, mas também abrangente do positivismo jurídico e sociológico, repete brocardo latino, adaptando-o com o acréscimo da expressão "o homem": *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ubi homo, ibi jus*.[5]

O mesmo brocardo poderia ainda ser adaptado para conciliar as correntes do positivismo jurídico de Kelsen – afirmador da existência permanente do Direito e do Estado a partir da norma fundamental – e do positivismo sociológico – partindo da concepção da existência de governos em todas as sociedades: *Ubi Homo, Ibi Societas, Ibi Jus, Ibi "Estado", Ergo, Ubi Homo, Ibi Jus, Ibi "Estado"*.[6]

3. A GENERALIZAÇÃO

É preciso, no entanto, questionar a generalização dos conceitos de Direito e Estado a todas as formações normativas e políticas de todos os tempos. A generalização, como princípio científico que faz dissolver as individualidades na espécie e a espécie no gênero, deve ser examinada sob duplo enfoque: o do senso comum, de um lado; e de outro, o da natureza teórica, filosófica ou científica.

3.1. A GENERALIZAÇÃO VULGAR

No enfoque do senso comum, analisa-se a generalização a partir do termo "formação", que para Lawrence Krader[7] apresenta dois significados: formação como processo de construção do objeto; e formação resultante, isto é, objeto construído, produto final.

4 MATA MACHADO, Edgar. Elementos de Teoria Geral do Direito, Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 14.

5 MATA MACHADO, Edgar. Elementos de Teoria Geral do Direito, Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 14.

6 A expressão "Estado" é referida em português, tendo em vista a inexistência de vocábulo latino que expresse o conceito jurídico-político atual correspondente.

7 KRADER, Lawrence. A Formação do Estado. Trad. Regina Lúcia M. Morel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, p. 7.

Assim como nas formações físico-biológicas e nas formações culturais trabalhadas sobre a Natureza, nas formações sociais não devem ser confundidos os dois momentos da formação – processo e resultado.

Se no senso comum não se confunde as nuvens com a chuva, a semente com a árvore, o nascituro com o recém-nascido, o mármore com a estátua, por se perceber que em todos os exemplos há elos de formação entre origem e produto final, a mesma clareza não se dá em relação à compreensão da ocorrência de processo semelhante nas formações sociais, como linguagem, Direito e Estado, em virtude de sua longa existência. É que, enquanto as formações físico-biológicas e as formações culturais trabalhadas sobre a Natureza processam-se temporalmente de maneira rápida, as formações sociais processam-se lentamente, por meio da sucessão de gerações, de modo que aos olhos do senso comum as mudanças restam despercebidas.

Todas as formações sociais encontram-se, no entanto, em processo de permanente transformação, de modo que as formações resultantes, apesar de dotadas de certa estabilidade, dão início a novos processos de formação, constituindo-se novos momentos históricos de formações resultantes. Há sempre dois momentos de formação, mesmo não sendo este movimento sempre visível em curtos espaços temporais; como exemplo, aponte-se o processo que vai da comunidade à sociedade, passando desta às formações políticas, e por fim ao Estado. Também na normatividade social, sempre presente, o processo se inicia nas sucessivas ordens normativas costumeiras pré-históricas, passando às ordens históricas e religiosas, até culminar na normatividade jurídica, considerada última cadeia das formações normativas sociais.

A generalização das formações sociais encontra fundamento também do ponto de vista teórico.

3.2. A GENERALIZAÇÃO FILOSÓFICA E CIENTÍFICA

A generalização do objeto do conhecimento, do ponto de vista teórico, é antiga e perpassa todas as teorias do conhecimento, desde os planos metafísico-religioso dos israelitas e metafísico-racional do bramanismo até os planos cronológico da mitopoética grega e corporalista-racional dos pressocráticos. Fixa-se definitivamente com a teoria metafísica do conhecimento socrático-platônica e as teorias metafísica e empírica aristotélicas, ganhando cientificidade a partir de Galileu[8], Bacon[9] e Descartes[10].

Como princípio científico, a generalização pode ser aplicada ao máximo nas ciências da natureza, e nelas abarcar o homem, como animal, mas, nas ciências socioculturais deve ser aplicada com parcimônia para que a historicidade das ações humanas não se dissolva em dimensões metafísicas. Ora, o homem tem um ponto imemorial de partida em sua trajetória como animal-sociocultural, que o faz simultaneamente produto da natureza e produtor de cultura, empenhando-se na busca de sua realização individual, social e política, e aprimorando-se pela socialização e normatização crescentes.

Sob o aspecto de sua natureza físico-biológica, ao homem podem ser generalizadas todas as leis aplicáveis ao mundo da natureza, lembrando-se a propósito a aplicação à espécie humana das *leis da hereditariedade* de Gregor Mendel, a partir da descoberta de que determinados caracteres presentes nas ervilhas devem estar conjugados em unidades de hereditariedade, os chamados genes, e que na descendência alguns desses caracteres são dominantes, ao passo que outros são recessivos. Com base na teoria de Mendel

8 GALILEI, Galileu. O Ensaiador. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

9 BACON, Francis. Novum Organum. Trad. José Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

10 DESCARTES, René. Discurso do Método. 2. ed., Trad. J. Guinsburg & B. Prado Jr. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

os biólogos puderam definir o código genético, ou DNA, que pode sofrer alterações por meio de radioatividade ou por simples erro na transmissão das informações genéticas paternas e maternas durante a união dos gametas. Tratando-se de lei da natureza, aplica-se não apenas ao homem atual, mas pode ser generalizada a toda a espécie humana e demais espécies animais porque, neste campo, a generalização pode ser utilizada na compreensão de fenômenos naturais em todos os espaços, tempos e circunstâncias.

Lembra Piaget[11] que no mundo da natureza tudo parece ser matemático, generalizável, de modo que fórmulas e operações matemáticas, elaboradas dedutivamente, sem quaisquer preocupações de ordem prática, acabam por servir, com o tempo, como instrumentos explicativos para fenômenos físicos descobertos posteriormente, como o provam a teoria da relatividade e a física nuclear. Aduz Hermann Heller, em relação ao fenômeno da generalização próprio do mundo da natureza, que

> nas proposições lógico-matemáticas e nas leis da física matemática, o pensamento pode prescindir por completo do real – assim, ao menos admitimos – e por conseguinte, não precisa levar em conta, nesses terrenos, a realidade individual.
> Todo individual aparece reduzido ao geral, suprimida toda a qualidade individual ao dissolver-se em determinações mentais puramente formais ou em relações de intercâmbio não qualitativas; cada parte é só uma quantidade do fenômeno total; e o que acontece ao todo determinar-se-á pelo que são cada uma das partes e pelo modo como se unem para compô-lo.[12]

É de Galileu, contudo, o modelo matemático do mundo da natureza, assim expresso:

> A Filosofia se encontra escrita neste grande livro que sublimamente se abre perante os nossos olhos (i. é. o Universo), que não pode se

[11] PIAGET, Jean. A epistemologia genética. Petrópolis: Vozes, 1971, p. 48

[12] HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 86.

> compreender antes de entender a língua e conhecer os caracteres com os quais está escrito. Ele está escrito em língua matemática, os caracteres são triângulos, circunferências e outras figuras geométricas, sem cujos meios é impossível entender humanamente as palavras; sem ele nós vagamos perdidos dentro de um imenso labirinto.

Galileu – pelo seu método de observação, experimentação e matematização em torno de hipóteses –, Bacon – pela sua proposta da experiência escriturada, que leva o pesquisador a observações metódicas e a experimentos –, e Descartes – pelo seu método de ordem e medida, que traduz verbalmente a lógica matemática, definida pela álgebra, em aliança com a lógica física, determinada pelo mecanismo dos choques da matérica por ação do movimento – dão origem à Ciência Física e a um impulso crescente às pesquisas das leis da natureza. As novas conquistas e a maneira de construir conceitos mediante generalizações matemáticas forjaram o modelo para todas as ciências, inclusive para as ciências socioculturais, apesar de ter que ser refreado em relação às últimas.

Não é apenas a este empirismo físico matemático que se deve o modelo científico das generalizações, todavia. Tal visão limitada acabou por dificultar a implantação e a maturidade das ciências socioculturais. Pretendeu-se também, muito antes, e com pressupostos distintos, aplicar-se ao campo da convivência humana o modelo matemático da generalização, na esteira de teorias do conhecimento ancestrais, notadamente com os pitagóricos, Platão e Aristóteles.

Pitágoras (560/496 a. C.) e sua Escola Itálica tinham no número, tomado como entidade corpórea, a causa de todas as coisas, uma vez que a matéria só adquiriria suas qualidades por meio de relações numéricas. Intuindo Pitágoras que a essência de todas as coisas é o número, generaliza ele também para a convivência social sua visão numérica, e a Justiça é apresentada, em decorrência, como relação aritmética, consistente em uma equação ou igualdade. Deduzem os pitagóricos, à luz deste postulado, os conceitos de

retribuição, troca, correspondência entre o fato e seu tratamento adequado.

Também Platão (427-347 a.C.) tratou da Justiça com o uso de linguagem matemática, descrevendo-a como "igualdade geométrica". Por fim, a clássica distinção das três formas de justiça de Aristóteles (384-322 a.C.) funda-se também em relações aritméticas: a justiça comutativa impõe a equivalência matemática dos objetos trocados; a justiça distributiva impõe a distribuição desigual de bens e serviços entre sujeitos desiguais, em proporção aritmética; e a justiça repressiva impõe a repressão judiciária com igual resguardo de proporção matemática.[13]

A generalização grega do modelo matemático para o campo da convivência social parte, contudo, de pressupostos completamente distintos dos do empirismo científico moderno, sendo buscada nas formas ou idéias metafísicas em contraposição aos fenômenos, como se verifica pela teoria da Justiça de Platão, pelos pitagóricos e Aristóteles, embora este já trabalhe também empiricamente. Muito acertadamente afirma Cassirer:

> Quando Platão tentou definir e determinar o seu ideal de justiça falou em termos de geometria; descreveu-o como 'igualdade geométrica'. E a geometria significa para ele qualquer coisa de eterno e imutável. A verdade geométrica não foi feita por ninguém; simplesmente é. a geometria é um conhecimento do que eternamente existe, não de qualquer coisa que se torna nisso ou naquilo em dado momento e que deixa de ser. Se esta analogia entre Ética e Geometria é válida, não podemos falar de uma 'origem' das leis éticas. Não tem origem; foram sempre o que são e permanecerão sempre as mesmas. Nesse ponto, Platão está de acordo com a dependência geral do pensamento e cultura gregos. As leis não escritas, as leis da justiça, não tem começo no tempo; não foram criadas por qualquer poder humano ou divino.[14]

[13] DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do direito, v. II. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, p. 34.

[14] CASSIRER, Ernest. O Mito do Estado. São Paulo: Conex, 2003, p. 13.

4. LIMITES DA GENERALIZAÇÃO NAS CIÊNCIAS SOCIOCULTURAIS

No campo das ciências sociais, em cujo objeto se situam Direito e Estado, a generalização de forma ampla poderia ser admitida apenas diante de gêneros quantitativos no campo histórico-temporal, enquanto uma generalização restrita seria possível diante de espécies qualitativas do gênero quantitativo.

O Estado é entendido como uma espécie qualitativa do gênero quantitativo de formas políticas[15], pelo que se reconhece a generalização do seu conceito tão-somente a partir do fim da Idade Média, como ilustra a transcrição de Manuel Garcia Pelayo:

> Carl Schimidt sustenta que é uma falta, para não dizer uma falsidade, projetar a outros tempos, aplicando as suas formações políticas, a palavra Estado, representação típica da época estatal. O Estado não é conceito geral, válido para todos os tempos, mas conceito histórico, conceito que surge quando nascem à idéia e a prática da soberania, em a nova ordem espacial do século XVI. Von Der Heyte diz convincentemente que aplicar a palavra Estado às formações políticas anteriores ao século XIII é anacronismo em sua essência tão pouco justificada como a designação que a todos pareceria ridícula – da posta como a estrada de ferro do século XVIII, ou da cavalaria como as tropas blindadas do século XX.[16]

O Direito, da mesma forma, é espécie qualitativa do gênero quantitativo das ordenações sociais, podendo-se afirmar genericamente seu conceito somente após construção técnica pelos romanos a partir do século 5 a.C e a sua consolidação junto ao Estado já na Idade Contemporânea.

---

[15] As formas políticas englobam todo o gênero da política, esta atividade que antecede o Estado e que Sanches Agesta aponta como constituída de três sentidos fundamentais: como atividade que cria, desenvolve e exerce o poder; como discórdia, luta ou opinião; e como atividade orientada a um fim. A palavra vem de polis, a cidade grega, pequena forma política da comunidade antiga. Georg Jellinek aponta a política como ciência aplicada que estuda hoje o modo como o Estado pode alcançar determinados fins. (JELLINEK, Georg. Teoria General Del Estado. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica. 2002, p. 13)

[16] GARCIA-PELAYO, Manuel. Frederico II de suabia e o nascimento do estado moderno. Belo Horizonte: Faculdade de Direito, 1961, p. 94.

Duas observações merecem ser feitas sobre os riscos de generalizações empíricas e metafísicas extremadas. Quanto às primeiras, devem ser evitadas generalizações excessivas no que concerne ao processo histórico, que só admitem generalizações em períodos temporais limitados, diferentemente dos processos físicos e biológicos. Os conceitos de Estado e Direito, como formações resultantes históricas e temporais, não podem assim ser estendidos de forma indeterminada.

Quanto às generalizações metafísicas, é preciso evitar o equívoco das idéias inatas cuja teoria, vislumbrada pela primeira vez por Platão, mas já antevista pelos pré-socráticos, estabelece que a verdadeira realidade se encontra no plano ideal, como entes metafísicos, de natureza fixa e anterior à vida humana, alcançado pelos homens pela reminiscência do tempo em que teriam vivido como puro espírito. Ora, consistindo o Estado em espécie qualitativa do gênero quantitativo das formas políticas, e o Direito em espécie qualitativa do gênero das ordenações sociais, as idéias respectivas não são fixas e anteriores, nem basta a sua captação, tradução em conceitos e aplicação indistinta a todas as organizações políticas e ordenações sociais.

Tudo é relativo ao espaço, ao tempo e ao humano, reproduzindo-se Hermann Heller:

> [...] deve repelir-se, entretanto, uma concepção vulgarizada, que transforma metafisicamente as condições impessoais da efetividade social em assuntos ativos e pretende chegar à verdadeira realidade afirmando que todas as funções da vida do homem não são 'em última análise' senão funções de uma única condição, seja esta a economia, a raça, a libido, a idéia. Tal monismo é apenas sucedâneo de religião, premissa metafísica que nada tem a ver com a ciência.[17]

[17] HELLER, Herman. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 135.

Adverte Cassirer, no mesmo sentido: "Não constitui explicação muito satisfatória para um fato que deixou a sua marca indelével sobre a humanidade reduzi-lo a um motivo especial e único."[18]

5. A HIPÓTESE

A experiência humana, somada às ciências socioculturais – aceitos os limites da generalização de seus objetos –, ao lado das ciências naturais, é responsável tanto pelas formações da natureza trabalhadas pelo homem, como pelas formações sociais, devendo tais formações ser tratadas como objetos de conhecimento nas acepções de processos de construção e de construções resultantes, respectivamente. A experiência humana no trato com a natureza, no plano da experimentação, e a experiência humana no convívio grupal, no plano da vivência, devem ser desde logo diferenciadas como campos distintos, mas não estanques, da experiência[19], que Aristóteles entendia como o conhecimento dos singulares.[20]

O homem coloca-se, ainda, no campo da experiência, pela ação e pelo pensamento, como ser de cultura diante de dupla realidade: a realidade do mundo da natureza, cuja existência independe do homem, mas se torna objeto de experimentação vulgar ou científica para atender às suas necessidades; e a realidade psicológica que, sendo da essência do homem, atualiza pela vivência o significado das formações naturais e das formações sociais, pensadas e vividas[21], repensadas e revividas indefinidamente.[22]

---

18 CASSIRER, Ernest. O Mito do Estado. São Paulo: Conex, 2003, p. 52.

19 GADAMER, Hans-Georg. Verdad y metodo. Trad. de Ana A. Aparicio e Rafael Agapito. Salamanca: Sígueme, 1977, p. 421 et seq.; CAMPOS, Carlos. Ensaios sobre a teoria do conhecimento, p. 13; HELLER, Herman. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 72; PIAGET, Jean. Sabedoria e Ilusões da Filosofia. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 202.

20 ARISTÓTELES. Metafísica. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 12.

21 HELLER, Herman. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 60-61.

22 PIAGET, Jean. A epistemologia genética. Petrópolis: Vozes, 1971, p. 39.

Apesar de serem experiência e conhecimento umbilicalmente ligados, contra o empirismo tradicional e o inatismo apriorístico, o conhecimento não emana dos objetos dados ao conhecimento dos sujeitos e nem dos sujeitos munidos de pré-noções e pré-conceitos[23] que se imponham aos objetos. O conhecimento, situando-se entre sujeito e objeto[24], faz-se alvo de tentativas crescentes, desde a mais remota Antigüidade, de conquista subjetiva, a princípio, e objetiva, em seguida, dos objetos à disposição do homem, em permanentes variações históricas. Afirma-se, pois, que no mundo humano nada é dado, sendo tudo construído progressivamente no tempo.

Entende-se, como hipótese, que Direito e Estado, como formações resultantes, tratam de formações modernas. Como sub-hipóteses, reconhece-se, sem embargo, que o Direito e Estado só podem ser considerados como processos de construção a partir do século V a.C., em Roma e Atenas, respectivamente. Tais formações concomitantes, contudo, apenas serão reconhecidas como formações resultantes complementares em uma relação a partir do século XIII, nos reinos da Sicília e da Inglaterra.

Posteriormente, submersos na crise da Renascença, Direito e Estado ressurgem e consolidam-se ao longo das revoluções inglesa, francesa e norte-americana que culminam, no século XVIII, com a auto-regulação constitucional para, a partir de então, expandirem-se crescentemente em torno da pessoa humana, centro dos direitos fundamentais. Como formações resultantes, fundem-se, pois, sob nova temperatura social, política e normativa, e se mantém em co-relação recíproca numa nova unidade, concebida como Estado de Direito.

O fio condutor dessa nova formação jurídico-política resultante é a idéia de pessoa que, pela primeira vez exposta como

[23] Idéias inatas no sentido platônico.

[24] GESTALT pretendeu que o estímulo das percepções provoca respostas automáticas do organismo, sem levar em conta que o sujeito reelabora os dados para, de modo próprio, oferecer a sua resposta.

ente moral pelas teorias socrático-platônica e aristotélica do conhecimento político, se firmará crescentemente em Roma, com as contribuições do Estoicismo, do Epicurismo e do Cristianismo, se tornando o centro de imputação da nova ordem normativa.

Tal ordem normativa surge assim filosoficamente como *jus* – Direito – na forma primeira de Direito Civil, abrangendo por extensão analógica da idéia de pessoa, além do indivíduo, as fundações, associações, sociedades, etc. Alarga-se, com o advento do Direito Público, para alcançar o erário, o fisco, etc., consagrando-se definitivamente com o conceito de Estado como pessoa jurídica, e suas conseqüências.

6. A HIPÓTESE EM FACE DO GÊNERO DA ESPÉCIE E DA DIFERENÇA

A hipótese deve ser submetida à análise dos atributos estabelecidos por Aristóteles[25] para o conhecimento dos seres e das coisas, quais sejam o gênero, a espécie e a diferença, características da essência dos objetos, de acordo com o estagirita. O gênero é o atributo mais amplo dos objetos do conhecimento; a espécie, múltipla e variável, é atributo comum a vários objetos, os quais se tornam singulares pela diferença, atributo que situa um objeto em relação aos demais, dentro de uma mesma espécie. Ao gênero animal pertencem como espécies, por exemplo, o homem, o macaco e a ave, constituindo-se a diferença em ser o homem animal racional, dado que o distingue das demais espécies dentro do gênero.

7. O DIREITO COMO FORMAÇÃO RESULTANTE

Aplicando-se os atributos de Aristóteles ao Direito, resulta ser ele espécie do gênero ordenamento social ou ordem normativa. Ao lado do Direito, Costume e Religião constituem espécies do mesmo gênero.

[25] ARISTÓTELES. Tópicos. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

Indaga-se, em conseqüência, sobre a diferença entre as espécies, que pode ser considerada dupla. A primeira diferença refere-se ao centro de que emana a imputação do ordenamento. O Direito é, neste sentido, espécie normativa que, valorando fatos em relação a pessoas[26], transforma-as em sujeitos de direitos e obrigações. O costume, também partindo da valoração de fatos, porém, em torno de grupos, transforma os indivíduos em sujeitos tão-somente de obrigações, que visam à aceitação ou reprovação social. A religião, finalmente, é espécie normativa que parte também da valoração de fatos, em sua ligação com a consciência individual a serviço da divindade, para impor aos indivíduos – fiéis – obrigações, em troca da graça divina.

Se as três espécies concedem sanções premiais aos destinatários de suas normas, impõem também sanções punitivas aos que as descumprem. Conclui-se que no Direito, o centro de imputação do ordenamento jurídico encontra-se na pessoa, enquanto nos ordenamentos religioso e costumeiro, na divindade e no grupo, respectivamente.

A segunda diferença liga-se ao centro de onde emana a imputação do ordenamento jurídico. O juízo, segundo o senso comum, é atributo da racionalidade humana, que expressa uma preferência entre duas ou mais proposições para afirmar com ela um julgamento. O julgamento é, pois, a conclusão de um juízo, expresso extrinsecamente pela linguagem de uma proposição: entre considerar determinado sujeito bom ou mau, faz-se um juízo, julgando-o ser bom, por exemplo.

Os homens, por conseguinte, emitem juízos sobre diversas coisas para, a partir deles, julgá-las. Permanecendo estes juízos e julgamentos na esfera individual, não criam atritos capazes de co-

[26] Kelsen positiva que o objeto da Ciência Jurídica não é o homem, mas a pessoa. Cf. KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Barcelona: Labor, 1934, p. 82 e seq.

locar em risco a vida social. No entanto, desde o aparecimento da linguagem fonética falada, expressa pelo mito da Torre de Babel, surgem desentendimentos entre os homens, a partir da emissão de juízos e julgamentos dissonantes geradores de conflitos, que precisam ser superados.

Para isso surgem, já na Antigüidade, as primeiras formas de solução de conflitos[27], seja pela mediação pacificadora, em que as partes acolhem o julgamento de um árbitro (um terceiro que auxilia as partes a entrar em acordo), seja pela arbitragem decisória, em que as partes aceitam o julgamento realizado pelo árbitro. Trata-se de métodos de solução de conflitos que abarcam interesses em choque, situados em geral no campo hoje delimitado como de Direito Privado.

Outros tipos de conflitos, decorrentes de atitudes anti-sociais de indivíduos e grupos, passam a exigir paralelamente nova forma de solução, a partir de uma espécie de julgamento mais severa, a cargo de chefes, sacerdotes, anciãos ou grupos representativos da sociedade, que impusesse penas aos transgressores. Trata-se da solução de litígios hoje situados no campo de Direito Penal.

Finalmente, o poder político, centrado nos governos, passa a emitir juízos e julgamentos que se impõem de forma ilimitada, com base na *potestas*, em guerras, execuções de indivíduos e minorias, etc., ou seja, questões do campo de Direito Público.

Pode-se vislumbrar, assim, a emissão de juízos e julgamentos desde, pelo menos, o surgimento da linguagem fonética falada, diferenciando-se as ordens normativas conforme o centro do qual emanam tais juízos e julgamentos.

Além da solução de conflitos por árbitros e mediadores, na ordem normativa costumeira aparecem como centros de origem

[27] Sobre a solução de conflitos ver: FIUZA, César. Teoria geral da arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

de julgamentos de um lado os indivíduos, pela prática da justiça privada – duelos, vinganças de sangue, etc. –, ou o chefe que, como vencedor, torna-se dono da vida e dos bens dos vencidos – *væ victis*. De outro, o próprio grupo pode se tornar centro de emanação de julgamentos, como, *verbi gratia*, a punição de delitos contra o tabu, impondo-se a condenação a todo o clã e não apenas ao membro que praticara o ato, e o suicídio ritual imposto a indivíduos para aplacar os desejos da divindade.

Refere-se no âmbito deste estudo tão-somente à ordem normativa costumeira antiga, uma vez que modernamente tal ordem passa a integrar como fonte a ordem normativa jurídica, embora mantenha sua autonomia e não seja integralmente aceita pelo Direito, como no caso do linchamento, memória atávica da condenação e execução do transgressor do tabu pelo grupo.

Na ordem normativa religiosa, o centro de emanação de julgamentos ora se situa na consciência do crente, que realiza auto-julgamento diante das próprias faltas, pedindo perdão a Deus e cumprindo severos rituais de expiação, ora em "tribunais" que transformam os julgamentos em atos divinos, clamando os seus membros pela justiça celeste, pelo cumprimento de um ritual religioso que termina na condenação severa e implacável do transgressor.

Refere-se aqui também apenas à ordem normativa religiosa antiga, fonte da ordem normativa jurídica, já que, modernamente, a ordem normativa religiosa católica apresenta-se na forma de um Direito Canônico independente. No passado, contudo, submeteu a si os conflitos, quer por se entender a ordem normativa única, quer por se confundir com a ordem normativa jurídica, como na submissão dos governos da Idade Média e de Estados até o século XX[28] ao poder julgador da Igreja, ou ainda hoje na ordem normativa religiosa islâmica.

[28] Tal aconteceu entre nós até a chamada Questão Religiosa, nos meados do século XIX,

Sempre, na história, que se confundiam as ordens normativas costumeira e religiosa, misturando-se os centros de julgamento, o resultado era a adoção de maior grau de intolerância e rigor nas decisões, sobejando exemplos: o juízo divino manifestado pelas provas do fogo, da água e do duelo; a condenação e execução abrupta de indivíduos e grupos tidos por tiranos como inimigos reais ou imaginários; a condenação de Sócrates pelo Tribunal dos 400; a condenação ao ostracismo, em Atenas, daqueles que tivessem virtudes maiores que a média dos cidadãos; a condenação de Cristo pelos hebreus sem que Pilatos houvesse vislumbrado em seus atos quaisquer crimes segundo a lei de Roma; e ainda uma infindável série de julgamentos em guerras tidas como santas, na Inquisição, a fim de restabelecer e garantir a fé na Idade Média, etc.

Na ordem normativa jurídica, por fim, o centro de emanação do julgamento é a consciência jurídica individual que, sendo comum à maioria dos homens, confere efetividade ao ordenamento. Tal centro torna-se objetivo, com base em leis substantivas materiais que definem direitos e obrigações válidos para todos, e em leis adjetivas ou processuais, que estabelecem as regras para a apuração dos direitos e obrigações das partes em conflito. Trata-se do processo judicial que, a cargo de juízes e tribunais oficiais, se propõe a analisar questões do campo privado, penal e público, como garantias da pessoa, considerada como sujeito de direitos.

A normatividade jurídica, que se desenvolve paralelamente à normatividade costumeira e religiosa, surge em Roma a partir do século V a.C., quando a justiça privada, exercida pelo rei, transforma-se em verdadeira justiça pública, pela Lei das XII Tábuas. Segundo César Fiuza[29], desde a Lei das XII Tábuas até o final do período clássico, em 200 a.C., a organização judiciária romana apresenta

que envolveu o Vaticano e o Império, marcando a separação do Estado brasileiro das imposições canônicas da Igreja.

[29] FIUZA, César. Teoria geral da arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

duas instâncias. A primeira consiste na apresentação das questões perante o pretor, *in jure*, transferindo-as este a um árbitro, escolhido pelas partes, para julgamento do processo *apud judicem*. Trata-se das *leges actiones*, de cunho judiciário, legal e formalista. Já no início do Império – século I a.C. – surge em substituição o *processo formular* que, despindo-se do formalismo anterior, tem início pela redação de uma fórmula pelo pretor, com a escolha do árbitro pelas partes e o início do processo *apud judicem.* Por volta do século III d.C., o processo formular é substituído então pelo processo extraordinário, formação judicial moderna, que deixa de apresentar duas instâncias e ser arbitral, passando a ser julgado exclusivamente pelo pretor.

Poder-se-ia apontar como objeção contra as diferenças da ordem normativa jurídica o fato de que as demais ordens normativas também apresentam leis materiais e processuais próprias. Se, em acepção geral, tomar-se a lei como a média dos juízos emitidos no grupo primitivo ou na sociedade, transformada em normas capazes de garantir a vida individual e coletiva, constata-se que em todos os tempos os homens sujeitaram-se a leis materiais. Tomados tais juízos coletivos como leis, ou imperativos hipotéticos a apontar um comportamento conforme Kelsen[30], passíveis de violação e conseqüentemente sujeitos a sanções, conclui-se pela existência também de "processos", procedimentos ou ritos, funcionalizados à apuração do descumprimento das leis.[31]

A ordem normativa jurídica diferencia-se, contudo, pela existência de leis substantivas jurídicas que estabelecem de direitos para as pessoas e lhes impõem obrigações que, uma vez violadas, submetem o infrator ao crivo do processo judicial. Este, por sua vez, busca afastar o subjetivismo do juiz, com a prevalência da

[30] KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1996, p. 26.

[31] GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Aide: Rio de Janeiro, 2001, p. 68.

objetividade da prova. O mesmo não ocorre em relação às normas substantivas costumeiras e religiosas que, além de estabelecer somente obrigações, não baseiam o processo em provas e ritos objetivos, mas apenas em convicções subjetivas dos membros da sociedade, juízes e testemunhas, resultando na marginalização dos que contrariam o Costume e a religião, prodigalização da morte aos acusados e arbítrio subjetivo nas soluções de conflitos menores por parte dos mediadores.

8. O ESTADO COMO FORMAÇÃO RESULTANTE

Analisando-se o Estado, ainda sob o enfoque dos seus atributos dos objetos do conhecimento, conforme Aristóteles, verifica-se ser o mesmo espécie do gênero das formações políticas, ocorrentes na sociedade desde a sua implantação, há cerca de dez mil anos, em seqüência ao grupo primitivo.

Tendo em vista que o caráter político se traduz por medidas atuais em favor da realização futura de sociedades definidas, encontram-se formações políticas desde que o aumento da população levou à formação de grupos cada vez mais extensos, à sedentarização e organização em torno da perspectiva de um futuro comum: tribos, cidades, impérios, reinos, repúblicas, etc.

Constituindo o Estado espécie de formação política, assim como as tribos, a *polis*, os impérios, reinos e repúblicas, apresenta, contudo, diferenças em relação aos demais componentes do gênero. É a ordem normativa que os separa e diferencia. Enquanto nas outras formações políticas adota-se a ordem normativa costumeira ou religiosa, ou mesmo ambas, o Estado é a um só tempo produtor e produto da ordem normativa jurídica, a partir da idéia de soberania, imputando-se a sua pessoa a serviço das pessoas individuais ou institucionais.

Logo, se nas demais formações políticas a auto-regulação provinha de diversos centros de decisão costumeira e religiosa,

sem coordenação hierárquica formal, no Estado a auto-regulação se processa de forma unitária a partir de centros de decisão jurídica originária, ainda que especializados em legislação, administração e justiça, todos submetidos a um centro de soberania: a Constituição. Nem sempre, todavia, a expressão Estado corresponde à ordem normativa jurídica, pois muitos Estados nominais ainda hoje praticam velhas fórmulas das ordens normativas costumeiras e religiosas, principalmente no campo do Direito Público.

9. CONCLUSÃO – O DIREITO E O ESTADO SE CONSOLIDAM, JUNTOS, COMO FORMAÇÕES MODERNAS

É, pois, o Direito fator transformador de qualquer formação territorial-política em Estado, fundado na idéia de soberania, com grau máximo de autonomia – capacidade de edição de normas próprias[32] para dar unidade e coesão ao grupo. Somente se torna estatal, porém, se tal autonomia exercitar-se a partir de um centro de organização destinado à garantia de um futuro melhor do todo social sob o seu exclusivo comando, tornando-se pessoa jurídica funcionalizada ao atendimento das pessoas, individuais ou institucionais, no equilíbrio da vida individual e coletiva, por meio do Direito.

[32] HORTA, Raul Machado. A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1964, p. 21 et seq.

THE LAW AND THE STATE AS MODERN FORMATIONS

ABSTRACT

Considering Law and State as cultural objects that had always existed in society, would it be possible to extend them to the social, political and normative concepts of antiquity? Law is the transforming element of territorial and political formations of social groups, capable of forming functionalized juridical entities that care about individual or institutional persons, balancing individual and social life.

KEY-WORDS: Law; State; formations; generalization; normativity.

Referências Bibliográficas

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. 1984. (Tese de Doutrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1984.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ARISTÓTELES. *Tópicos*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

BACON, Francis. *Novum Organum*. Trad. José Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

CAMPOS, Carlos. *Ensaios sobre a teoria do conhecimento.*

CASSIRER, Ernest. *O Mito do Estado*. São Paulo: Conex, 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*, v. II. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. 2. ed., Trad. J. Guinsburg & B. Prado Jr. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y metodo*. Trad. de Ana A. Aparicio e Rafael Agapito. Salamanca: Sígueme, 1977.

GALILEI, Galileu. *O Ensaiador.* 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Frederico II de suabia e o nascimento do estado moderno*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito, 1961.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento da validade do Direito Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Aide: Rio de Janeiro, 2001.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado.* Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro.* Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1964.

JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado.* Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica. 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas.* Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado.* Barcelona: Labor, 1934.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KRADER, Lawrence. *A Formação do Estado.* Trad. Regina Lúcia M. Morel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

MATA MACHADO, Edgar. *Elementos de Teoria Geral do Direito.* Belo Horizonte: UFMG, 1995.

PIAGET, Jean. *A epistemologia genética.* Petrópolis: Vozes, 1971.

PIAGET, Jean. *Sabedoria e Ilusões da Filosofia.* São Paulo: Abril Cultural, 1978.