

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Marcelo Forneiro Machado

A evolução do conceito de soberania e a análise de suas problemáticas interna e  
externa

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO  
2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Marcelo Forneiro Machado

A evolução do conceito de soberania e a análise de suas problemáticas interna e  
externa

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora  
como exigência parcial para obtenção do título de  
Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo, sob a  
orientação do Prof. Doutor Willis Santiago Guerra  
Filho.

SÃO PAULO  
2009

Banca Examinadora:

---

---

---

### **Dedicatória**

Dedico este trabalho a Domingos (*in memoriam*), Elisa, Isabel, Victor e Ligia, que com seu amor e paciência, me ensinaram a crer em Deus e a ter fé nos valores do trabalho, da honestidade, da fraternidade e da alegria.

## **Agradecimentos**

Agradeço à Deus, pelas infinitas oportunidades que me proporciona.

Ao meu grande amigo Marcelo Pires Lima, mestre em direito processual civil, professor e advogado, quem primeiro me motivou a realizar o programa de mestrado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com o seu exemplo de sucesso, com o seu entusiasmo e com o seu total apoio.

Aos meus amigos e familiares, que tornam mais suaves os percalços que enfrentamos em nosso caminho.

Ao meu orientador Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho, que com sua amizade, sabedoria e caráter tanto me animou em buscar a conclusão deste trabalho.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e à Comissão de Bolsas do Programa de Estudos Pós Graduated em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, pela concessão de bolsa de mestrado.

Agradeço, finalmente, aos muitos colegas que encontrei no programa de pós-graduação em direito da PUC-SP, dentre aqueles que eram alunos, funcionários ou professores.

## RESUMO

A evolução do conceito de soberania através das obras de diferentes filósofos, juristas, historiadores, que se ocuparam do tema e originaram diversas doutrinas políticas e teorias do Estado, tem causado grande descordo desde sua sistematização por Jean Bodin, e já antes dele, deitando raízes no pensamento tardo medieval. A análise do conceito de soberania, à luz dos acontecimentos históricos da contemporaneidade, nos revela que alguns países são mais soberanos que outros, na medida em que possam bem defender suas convicções – sua soberania - seja pelas armas seja pelas finanças. A soberania seria, portanto, um conceito de valor relativo, atrelado à uma forte condição política internacional. E se no plano externo o conceito de soberania vê-se ameaçado por tamanha problemática, no seu plano interno, nacional, ela não se encontra mais segura, com o amplo desenvolvimento da teoria Constitucional. O clássico conceito de soberania, assim, deve ser revisto, visto não fazer mais sentido a idéia de um “poder que não encontra nenhum outro acima de si”, ante as problemáticas ora apresentadas sem, porém, que se despreze a profusão dos desdobramentos teóricos de sua conceituação, que devem ser reavaliados sob uma perspectiva contemporânea, aferindo-se a importância de sua manutenção, com vistas ao futuro das relações político-jurídicas entre os diversos sujeitos de direito internacional. Esse estudo perpassa por tais discussões, consubstanciando-se na análise das diversas escolas filosóficas que trataram do tema, vindo a contribuir com a reestruturação deste velho conceito, já que o seu simples descarte nos parece indesejável, como concluiremos no final.

**Palavras chave:** Soberania. Globalização. Estado. Constituição. Guerra.

## ABSTRACT

The evolution of sovereignty's concept through works of several philosophers, lawyers, historians, who occupied themselves with this subject and made many politics doctrines and State theories, has had a big disagreement since its systematization by Jean Bodin and even before him, rooted in the late medieval thought. The sovereignty's concept analyses facing the modern situation unveil to us that some countries are more sovereign than others, as they can defend their beliefs – its sovereignty – either by weapons or by finances. Therefore, sovereignty is more for a relative value, which would be connected to a strong international political condition. If in the outer level the concept of sovereignty find itself menaced by its inner level, that is national, it is no longer safe with the huge development of constitutional theory. The classic concept of sovereignty must be reviewed, once it is in no sense the idea of a power which does not find anything above itself, in the face of the problems showed, without the disregard to the profusion of the theoretic developments about its concept, which must be re-evaluated under a new point of view, measuring and comparing the importance of its maintenance, looking to the future of political-judicial relationships among the various bodies of international law. This study has as a goal to pass by such discussions, having basis on the analyses of several philosophical schools which dealt with the subject, contributing with the restructuration of this old concept, once its disregard seems to us undesirable, as we will conclude at the end.

**Key words:** Sovereignty. State. Globalization. Constitution. Intervention. War.

## SUMÁRIO

Introdução.....	8
1 As Raízes Medievais Do Conceito De Soberania.....	25
1.1 Direito Comum, Direito Canônico e Direito Próprio .....	30
1.2 Os Bartolistas.....	34
1.3 A Origem Medieval Do Conceito De Soberania.....	39
1.4 As Idéias De Guilherme De Ockham.....	44
1.5 Marsílio De Pádua e o “Defensor Da Paz”.....	53
1.6 Maquiavel e o Surgimento Da Modernidade .....	66
2 A Sistematização Do Conceito De Soberania.....	79
2.1 Jean Bodin e o início do moderno conceito de soberania.....	80
2.2 Os desdobramentos da sistematização do conceito.....	91
2.3 Francisco de Vitória e a descoberta da América.....	93
2.4 Hugo Grotius e a Liberdade Dos Mares.....	101
3 Os Contratualistas Do Século XVII e as Discussões Modernas.....	110
3.1 Thomas Hobbes e a Guerra De Todos Contra Todos.....	110
3.2 Jean J. Rousseau e a Soberania Popular.....	117
3.3 Outras Discussões Da Modernidade Acerca Da Soberania.....	125
4 A Soberania No Início Do Século XX.....	130
4.1 Hans Kelsen e o Monismo Jurídico.....	131
4.2 Carl Schmitt e a Decisão Soberana.....	133
5 O Tribunal Penal Internacional.....	141
6 Conclusões.....	147
7 Referências Bibliográficas.....	157

## INTRODUÇÃO

Interpretar o conceito de soberania e seu conteúdo jurídico não é algo simples, dadas as inúmeras teorias que se desenvolveram ao longo de anos de existência deste conceito e os diferentes momentos históricos em que estas teorias foram estruturadas. Segundo Dalmo de Abreu Dallari, o fato de tantos teóricos do Estado, filósofos do direito, cientistas políticos, historiadores de doutrinas políticas se debruçarem sobre o conceito de soberania propiciou “ao aparecimento de uma tão farta bibliografia e à formulação de uma tal multiplicidade de teorias que acabou sendo prejudicado, tornando-se cada vez menos preciso e dando margem à todas as distorções ditadas pela conveniência.”<sup>1</sup> E continua, o ilustre doutrinador esclarecendo que “Essas distorções têm sido uma consequência, sobretudo, da significação política do conceito, que se encontra na base de seu nascimento, e que é inseparável dele, apesar de todo esforço, relativamente bem sucedido, para discipliná-lo juridicamente.”<sup>2</sup>

Constitui, porém, tarefa fundamental à Teoria do Estado, ao Direito Internacional, ao Direito Comunitário, ao Direito Econômico, Tributário e, ainda, à doutrina dos Direitos Fundamentais, estabelecer as primícias deste conceito e qual o seu desenvolvimento possível, diante da nova realidade global, das novas ordens econômica, social e política que vivenciamos depois do advento de tantos eventos e organismos, como o advento da Globalização, a ONU, a criação do Tribunal Penal Internacional, o atentado às torres gêmeas em Setembro de 2001, a política imperialista americana, capitaneada pelo ex-presidente George W. Bush, o incondicional apoio mundial à eleição de Barack Obama para a presidência dos Estados Unidos, o avanço tecnológico dos meios de transporte e comunicação, além do avanço tecnológico e um crescimento nunca antes experimentado no comércio mundial.

---

<sup>1</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 74.

<sup>2</sup> Idem. p. 74.

Essa discussão contribui valiosamente para os mencionados campos do direito e das humanidades, na medida em que se propõe a rever questões relativas a valores universais e atemporais, como a dignidade da vida humana, a submissão de uma nação a organismos internacionais e a realização de guerras preventivas e procedimentos de intervenção armada. Além disso, é fundamental interpretarmos o significado do termo soberania, a fim de que apropriações ilegítimas não se dêem, com substrato de eventuais políticas que violem os direitos de primeira, segunda, terceira ou até de quarta geração.<sup>3</sup>

É da natureza humana, aliás, questionar-se sobre suas abstrações, sobre suas necessidades, sobre o seu ser e acerca de sua sobrevivência, de tal maneira que o exercício da soberania pode voltar-se contra normas que se pretendem inescusáveis e que foram afirmadas pelo próprio poder soberano, como aquelas que preveem os direitos e garantias fundamentais em nossa Constituição Federal, sob o argumento de que cabe às gerações futuras se auto-afirmarem e construírem seus novos princípios jurídicos.

O próprio desenvolvimento dos direitos humanos ao longo do século XX está a demandar a “reconceituação” do termo soberania, cunhado e desenvolvido já no período da baixa idade média que estabeleceu uma “*ratio specifica*” do Estado, em nossos dias freqüentemente resumida no termo soberania<sup>4</sup>, mas que encontra em Jean Bodin, principalmente através de sua obra “*Os Seis Livros da República*”, seu grande sistematizador.

Importa destacar que, não obstante o conceito original chegar até nós obscurecido pelos inúmeros intérpretes e articuladores que encontrou ao longo da modernidade e da contemporaneidade, a definição proposta por Jean Bodin ainda é comumente utilizada pelos manuais de Teoria Geral do Estado e de Direito Internacional, como a definição do termo soberania<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1.992, p. 6.

<sup>4</sup> KRITSCH, Raquel, *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002, p. 26.

<sup>5</sup> BIGNOTTO, Newton. *A gênese de um conceito*. Prefácio à obra de KRITSCH, Raquel, *Soberania. A construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002, p.14.

O professor José Eduardo Faria, explicitando o significado moderno do termo soberania, afirma que:

Diz respeito a um poder de mando incontestável, numa determinada sociedade política; a um poder independente, supremo, inalienável e, acima de tudo, exclusivo. Ou seja, um poder sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos seus habitantes.<sup>6</sup>

A criação e desenvolvimento do conceito de soberania têm por norte a exclusividade de um centro produtor de normas jurídicas, uma instância final, a fim de garantir que essas mesmas normas sejam respeitadas e aplicadas indistintamente.

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, as teorias da soberania “explicam e justificam o poder por sua causa eficiente”<sup>7</sup> em contraposição às teorias que explicam o poder através de um “tendo em vista”, ou seja, de uma relação finalista, que seriam as teorias da “função estatal”. Nesse sentido a soberania explicaria o “porquê” do poder.

A necessidade de sua reconceituação, todavia, é iminente, dada a multiplicidade de fatores que estão a demandá-la. Outro não é o escólio do professor Carlos Roberto Husek, que afirma sobre a definição clássica de soberania: “tal concepção de soberania de há muito não tem mais razão de ser.”<sup>8</sup>, eis que as concepções mais modernas de soberania enxergam o poder como emanando do povo e não de um soberano único.

A limitação da soberania pelos Direitos Humanos e por outros fatores de suma preponderância no Estado Democrático de Direito, em que pese contrariar sua definição clássica, não pode causar estranhamento a quem pretenda, hoje, debater a soberania.

---

<sup>6</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 17.

<sup>7</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 22.

<sup>8</sup> HUSEK, Carlos Roberto, *Curso de direito internacional público*. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 127.

Machado Paupério, citado por Husek, nos ensina sobre o conceito clássico de soberania, para quem: “a noção de soberania está intimamente ligada ao Estado, à plenitude do Poder Público, ao exercício do mando. Vem do latim *superomnia*, ou *superanus*, ou, ainda, de *supremitas*, caráter dos domínios que não dependem senão de Deus”.<sup>9</sup>

Nesse mesmo sentido o dizer de Tércio Sampaio Ferraz Junior, que afirma:

Em geral, ao conceito de soberania está ligado, tradicionalmente, o caráter original (e, por vezes, absoluto) do poder soberano. Originário no sentido de fundamento de si próprio. Absoluto no sentido de capacidade de determinar, no âmbito de sua atuação ao menos, a relevância e o caráter irrelevante de qualquer outro centro normativo que ali atue.<sup>10</sup>

O seu sentido clássico de *suprema potestas superiorem non recognoscens*, como nos ensina o jurista Luigi Ferrajoli<sup>11</sup>, tão bem articulado na obra de Jean Bodin, para quem “o poder da sociedade política, para ser considerado soberano, tem de ser perpétuo e absoluto”, como nos apresenta o professor Alberto Ribeiro de Barros<sup>12</sup> conquanto não permaneça atual, encontra-se tão fortemente arraigado àqueles conceitos que se originaram a partir do próprio conceito de soberania, e que consolidaram e ordenaram a formação política e jurídica dos Estados modernos, se imiscuindo nos sistemas legislativos e judiciários, em que uma última instância decisiva, irrecorrível, um poder acima do qual nenhum outro prevalece, sempre se faz presente.

Para Celso Ribeiro Bastos, citado pelo professor Husek, no seu conceito clássico, se concebe que:

A soberania tem os atributos da unidade, indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. Pela unidade há que se entendê-la uma só – dentro de determinada ordem não haveria mais de uma soberania. A segunda característica significa que ela não é divisível, podendo no entanto, haver delegação de poderes.

---

<sup>9</sup> Idem, p. 127.

<sup>10</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 22.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.01.

<sup>12</sup> BARROS, Alberto Ribeiro. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora,2001, p. 234.

Na terceira se expressa sua intransferibilidade. Sua renúncia não é possível. Finalmente, uma última característica, a soberania é eterna.<sup>13</sup>

Ocorre que a soberania é um conceito aberto, que foi agregando significados ao longo dos séculos e que hoje não pode mais ser entendida apenas como aquele esculpido por Jean Bodin como “poder absoluto e perpétuo de uma República”.<sup>14</sup>

Afirmar que o conceito clássico de soberania, elaborado a partir do cenário da querela das investiduras, como reconhecem muitos autores<sup>15</sup> um forte intuito de fazer valer o poder temporal frente ao poder espiritual do Papado, tal qual as teorias teológico-políticas da dupla investidura e dos dois corpos do rei<sup>16</sup>, na Europa do fim da idade média, encontra-se superado, pois causa embaraços mesmo em uma análise superficial, não significa, porém, esvaziar o seu conteúdo jurídico.

A idéia de evolução do conceito de soberania, desde o princípio, sempre esteve atrelada à imposição de limites, pois ela nasce como poder supremo, de modo que logicamente não poderia evoluir para mais, mas sempre com vistas à ter freios. Como acentua Claudio Finkelstein: “a primeira evolução do princípio de soberania já lhe impôs limites.”<sup>17</sup>

Isso implicaria em uma perigosa mudança paradigmática nos Estados contemporâneos, já demasiadamente impotentes, ante a disseminação do poder entre outros sujeitos de direito, mormente as grandes corporações e os organismos internacionais, detentores de grande poder econômico e grande influência política.

Alerta-nos acerca desse risco o professor Paulo Bonavides, para quem a “base justificativa dessa pretensão aniquiladora” que objetiva superar o conceito clássico de soberania consiste em indicar a existência de novas realidades, novos paradigmas associativos que implicam em “mútua interdependência estatal”, os

---

<sup>13</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, *Apud.* HUSEK, Carlos Roberto, *Curso de direito internacional público*. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 126.

<sup>14</sup> *apud.* DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77.

<sup>15</sup> KRITSCH, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002, p. 21.

<sup>16</sup> CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 9ª ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 391-392.

<sup>17</sup> FINKELSTEIN, Claudio. *O processo de formação dos mercados de blocos*. São Paulo: IOB-Thomson, 2.003.

quais, para ganharem espaço no cenário político e jurídico da globalização buscam a todo custo alterar o conceito de soberania.<sup>18</sup>

A contemporaneidade exige limites à soberania, mas limites que não impliquem no esfacelamento da importância dos próprios Estados. Limites que permitam aos Estados se auto-afirmarem sem que, com isso, os direitos de seus concidadãos sejam achincalhados e desrespeitados por razões puramente econômicas. Clama-se por limites sem que se descarte a idéia de soberania, pois ainda não se vislumbra um organismo supranacional capaz de atender à todas as necessidades humanas, tal como o próprio Estado está longe de sê-lo, mas que constitui um último refúgio possível de segurança e bem estar social.

A criação de organismos internacionais como a ONU, a OEA, o Tribunal Penal Internacional, pode dar legitimidade às ações estatais em nível mundial, mas isso não significa que tal legitimidade será sempre buscada pelos Estados independentes, mormente pelos mais poderosos, quando em confronto com Estados militarmente menos dotados ou quando a solução lhes parecer demasiado lenta ou burocrática, como ocorreu quando os Estados Unidos resolveram invadir o Iraque e depor o ditador Saddam Hussein, embora o próprio conselho de segurança da ONU, através de seus membros permanentes, houvesse se posicionado contrário a isso, vetando a invasão militar em busca de armas de destruição em massa que, como se acompanhou no desenrolar da guerra, jamais existiram.

Sobre a manipulação do discurso americano, favorável à guerra, Noam Chomsky, nos evidencia como a discussão sobre o uso de armas de destruição em massa passa facilmente à uma defesa incondicional da democracia e da paz. A esse respeito, um excerto do texto deste autor:

Quando o exército de coligação fracassou na descoberta das armas de destruição em massa, a postura da administração dos Estados Unidos mudou da absoluta certeza de que o Iraque possuía tais armas para a posição em que “as acusações se

---

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21: “E tais diligências destrutivas da autodeterminação das Nações se fazem com muito empenho, porque a soberania nacional é óbice à soberania dos mercados”.

justificavam pelos equipamentos que potencialmente poderiam ser usados para fabricar armas”.<sup>19</sup>

Estados desprovidos de armas e de uma sólida economia nem sempre encontram em um organismo multinacional como a ONU as garantias necessárias à manutenção de sua condição mesma de Estado independente, à sua autodeterminação, à sobrevivência de sua cultura, cada vez mais destruída pelo colonialismo cultural promovido pelo capital, tornando-se mero objeto de exotismo para a sempre incontrolável e preconceituosa curiosidade ocidental.

A soberania de um país pode, desse modo, ser suprimida, por conta de uma força externa, em uma guerra de todos contra todos, ao melhor estilo hobbesiano, mas em um nível em que as pessoas são os Estados. Nesse sentido, o comentário de Luigi Ferrajoli, “mas a sua soberania externa, juntando-se à soberania paritária externa de outros Estados, equivale a uma liberdade selvagem que reproduz, na comunidade internacional, o estado natural de desregramento, que internamente a sua própria instituição havia negado e superado”<sup>20</sup>. Disso resultará uma “sociedade artificial de Leviatãs”.<sup>21</sup>

Não raro o conceito de soberania é afirmado como o próprio Estado e com a noção de poder e de independência. Para Paulo Bonavides:

Foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção.<sup>22</sup>

A soberania é transfigurada, ainda, no próprio soberano, que não passa a ser apenas o titular da soberania, mas o efetivo poder encarnado, seja na figura do rei, seja na figura do povo. Até mesmo em Jean Bodin essa identidade se faz sentir quando o mesmo analisa o processo sucessório das monarquias eletivas, ainda que tenho afirmado isso por força de algum equívoco, como acentua o professor Alberto

---

<sup>19</sup> CHOMSKY, Noam. *Guerra preventiva: o “crime supremo”. Iraque: a invasão que viverá na infâmia*. In: [http://resistir.info/eua/guerra\\_preventiva\\_chomsky.html](http://resistir.info/eua/guerra_preventiva_chomsky.html), acesso em 10 de novembro de 2008.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.20-21.

<sup>21</sup> Idem, p.20-21.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4ª ed. São Paulo.: Malheiros, 2003, p. 21.

Ribeiro de Barros<sup>23</sup>, que “é necessário considerar a palavra perpétuo no sentido do tempo de vida daquele que detém o poder absoluto, para não se pensar que o monarca escolhido estaria recebendo apenas uma delegação de seus eleitores.”

Ainda segundo o professor Alberto Ribeiro de Barros, para Bodin essa “perpetuidade do poder soberano é associada, na maioria das vezes, ao poder público, independentemente de quem o assume.”<sup>24</sup>

O jurista italiano, Luigi Ferrajoli, nos adverte que soberania é o “conceito, ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado.”<sup>25</sup> E, para Tercio Sampaio Ferraz Junior, “A teoria da soberania permite uma concepção do poder em camadas sucessivas, que são acompanhadas por uma concepção do direito como ordenamento.”<sup>26</sup>

Poder Soberano e ordenamento jurídico seriam, assim, conceitos auto-referentes, donde a definição de soberania depender do direito, assim como o ordenamento jurídico ser determinado pela soberania.

E, nos parece, ser justamente esta auto-referência entre direito e soberania um problema crucial à teoria da soberania, eis que o poder torna-se fonte do direito, arrogando-se o soberano como o único produtor legítimo de normas jurídicas, donde a possibilidade de tirania, ditaduras e supressão de direitos elementares dos seres humanos.

Ficamos, assim, em uma perigosa indefinição jurídica entre soberania e autoritarismo, entre soberania e crimes de guerra, entre soberania e ditadura, visto que a determinação da soberania não se dá no campo jurídico, mas no campo político, econômico e militar, o que nos traz à mente o pensamento de Carl Schmitt, trabalhado sob a ótica de Giorgio Agamben, para quem a definição de soberania só

---

<sup>23</sup> BARROS, Alberto Ribeiro. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 235.

<sup>24</sup> Idem, p. 235.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 01.

<sup>26</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 24.

seria possível através da definição do próprio soberano<sup>27</sup>, como aquele que decide “sobre o estado de exceção”.<sup>28</sup>

As idéias de Carl Schmitt encontraram um contraponto interessante em Hans Kelsen e em sua doutrina que privilegia a norma com fundamento do direito.

A definição proposta por Schmitt, conquanto desloque o cerne da questão do poder para o do sujeito de poder, está mais próxima da própria definição do termo soberania por Jean Bodin, ao passo que as idéias de Kelsen retratam mais a direção que o mundo tomou após o conflito da 2ª Grande Guerra Mundial, com a criação de organismos internacionais e estatutos jurídicos a normatizar direitos e garantias fundamentais.

Ocorre que a realidade demonstra que um poder jurídico supra nacional pode ser falacioso, pois nem sempre o Estado que esteja militar ou economicamente mais fraco, ou mesmo o nacional que seja ofendido em seus mais elementares direitos fundamentais, encontrará amparo de fato, embora ainda encontre amparo jurídico, perante organismos internacionais como a ONU que, de outra parte, sujeita-se a um “conselho de segurança” que não faz valer suas decisões, quando contrariadas por um de seus membros permanentes.

De qualquer modo, o modelo proposto por Hans Kelsen, já implica em uma relativização do conceito ocidental clássico de soberania. Parece-nos curioso, contudo, como o conceito proposto por Carl Schmitt encontra lugar ainda hoje, mesmo após as atrocidades do holocausto, mesmo após constatarmos, ao menos em teoria, o fim dos regimes antidemocráticos.

A melhor compreensão desta discussão só pode se dar com o desenvolvimento da argumentação jurídica acerca de quem detém o poder, ou seja, de quem efetivamente é o soberano. Na democracia representativa, o povo é o soberano e exerce seu poder através de seus representantes, mas na prática o

---

<sup>27</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua*. 1ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2.002, p. 39.

<sup>28</sup> SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1.996, p. 87.

soberano efetivo pode voltar-se contra seus representados, decidindo conforme seus interesses e não consoante a vontade da nação que representa, donde a permanência da definição de Schmitt, que aponta sempre para o soberano como aquele que decide sobre o início e o fim do estado de exceção.

É no estado de exceção que ficará evidente a importância do conceito de soberania, pois no império do Direito Constitucional, tudo já está previsto, salvo aquele que decidirá sobre o estado de exceção. Schmitt não está, portanto, apenas teorizando sobre o soberano, mas a descrever como se dá a soberania através da figura do soberano, e qual a importância do deslocamento desse conceito no plano factual pois, no dizer de Agamben “o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam”<sup>29</sup>.

E se os diversos teóricos do Estado, ao definirem a soberania não chegaram a um consenso sobre o conceito, dados os profusos problemas que advêm da conceituação deste termo, a sua simples negação, por outro lado, tampouco explica os fenômenos da congregação do povo em torno de um poder, ou a resistência política, a manutenção das fronteiras, o desenvolvimento do direito de ingerência dos Estados através de boicotes econômicos ou, até mesmo, através da guerra e nem encerra a antiga, e pertinente, discussão sobre a origem do poder, que, segundo Carl Schmitt, surge de uma decisão última sobre o fim de um Estado de Exceção.

O soberano cria o direito, com sua decisão, onde não há um ordenamento jurídico, ou onde se nega o ordenamento jurídico anterior. No dizer de Carl Schmitt, citado por Agamben, acerca dos poderes do soberano: “Ele não só decide sobre a existência do estado emergencial extremo, mas também sobre o que deve ser feito para eliminá-lo”.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de sítio), p. 39.

<sup>30</sup> Idem, p.88.

Assistimos, hodiernamente, por vezes impassíveis e resignados, discussões internas de um determinado Estado, que não aquele em que vivemos, afetarem sobremaneira aos interesses primários de toda a humanidade, e que, todavia, como nas recentes guerras no oriente médio e nas eleições para presidente da república norte-americana, ocasiões nas quais o mundo aguardou preocupado pelos resultados, pois há grande temor que a manutenção de uma política imperialista cause desastrosas conseqüências à raça humana, por envolver um Estado que se coloca na condição de maior defensor da democracia e dessa mesma humanidade, mas que nem sempre – ou quase nunca – alinha seus interesses aos legítimos interesses das causas humanitárias, recusando-se a tomar decisões que afetem sua economia, como assinar o Protocolo de Kioto, comprometendo-se a reduzir a emissão de gases poluentes ou sujeitar-se ao Tribunal Penal Internacional.

Além disso, sua condição de maior economia mundial, aliada ao seu arsenal armamentista nuclear pode levar à bancarrota qualquer Estado que com ele não se alinhe, seja pela guerra, seja pelas finanças, como são exemplos o Iraque e Cuba.

E se por vezes se faz necessário o uso das armas para se promover a defesa da soberania de um Estado contra a intervenção de outros Estados, grupos étnicos e religiosos, ou mesmo nacionais descontentes, também é certo que se pode promover a defesa da soberania pelas finanças, mas contra um inimigo diferente, muitas vezes desconhecido, anônimo e plurinacional - os conglomerados financeiros - que, com um boato, um simples telefonema, e até por vaidade, são capazes de destruir qualquer país com economia emergente, promovendo evasão em massa de divisas com a mesma ligeireza de alguém que desconta um cheque em um banco.

A importância da temática está em querer analisar, a partir de um ponto de vista filosófico-jurídico, a evolução do conceito de soberania através do tempo, indagando pela pertinência dos diferentes conceitos ante a realidade de um mundo globalizado, no qual as fronteiras econômicas, culturais, ideológicas e, de algum modo, até mesmo as políticas, tendem a desaparecer, implicando em uma interdependência dos Estados que, em princípio, não se coaduna com conceitos clássicos que afirmam a soberania.

Para chegarmos às conclusões que o trabalho apresenta, identificamos as atuais problemáticas que revestem a conceituação da soberania, inferindo em que medida faz-se necessário reconceituar ou suprimir o termo, perpassando o problema de se afirmar diversas soberanias externas entre os diversos Estados e o problema de se poder conviver com a soberania, com o Constitucionalismo os direitos fundamentais.

Analisaremos, assim, os teóricos do Estado que analisaram a questão da soberania até pensadores contemporâneos que estão discutindo o tema sob a perspectiva da globalização, do surgimento da ONU, da bio-política e da crescente interdependência econômica.

Evidenciaremos que a discussão sobre o conceito de soberania extrapola implicações meramente semânticas atingindo o cerne de questões freqüentes na agenda mundial, tais como as relativas ao direito de ingerência, ao direito de guerra, à desobediência civil, culminando com a discussão sobre a jurisdição dos Estados na defesa de interesses e direitos humanos e meta-individuais, a formação de blocos econômicos, sociais e jurídicos com vistas à ampliação dos institutos de direito comunitário.

A exata compreensão do conceito de soberania é necessária para o entendimento do fenômeno estatal, visto que não em termos clássicos não há Estado perfeito sem soberania. Daí alguns chegarem a definir Estado como a organização da soberania, dessa autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder.

As idéias de unidade, integralidade e universalidade que são correlatas ao conceito clássico de soberania também são revistas, com todas as suas implicações. De igual modo as restrições do conceito, que decorrem da própria secularização deste, visto que o poder não emana mais de Deus, mas dos homens, bem como as restrições que decorrem dos imperativos de convivência pacífica das nações soberanas no plano do Direito Internacional, também serão aqui analisadas.

Nos termos clássicos, porém, a relativização do conceito ou seu condicionamento por um poder normativo superior, implicaria na ausência da soberania, transformando-a em uma espécie de autonomia administrativa. Veremos, porém, que em termos contemporâneos isso não pode ser mais afirmado, pois o conceito de soberania pode prevalecer, com deveras importância, sem que com isso se macule o mais importante pilar do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

As distintas teorias acerca da soberania, que determinaram uma evolução desigual e que originaram diversas doutrinas políticas e teorias do Estado, tem causado grande desacordo entre aqueles que veem a soberania apenas como um instituto circunstancial, relativo, dado que o “mundo moderno caracteriza-se pela interdependência”<sup>31</sup> dos Estados, e aqueles que veem o conceito de soberania como o substrato do Estado Moderno que permanece ainda hoje, à míngua de um instituto ou conceito que o substitua.

No dizer do professor Paulo Bonavides a soberania já evidencia o surgimento do Estado Moderno, sendo um dos seus traços mais marcantes e “ainda hoje é seu traço mais característico, sem embargo das relutâncias globalizadoras e neoliberais convergentes no sentido de expurgá-lo das teorias contemporâneas de poder.”<sup>32</sup>

Trata-se de um conceito utilizado como modo de organização e justificativa do poder que um determinado Estado exerce em seu território e sobre o seu povo, que encontra berço em sua sistematização por Jean Bodin na sua obra *Seis Livros da República* e deita raízes, já antes dele, na querela dos universais, no nominalismo de Guilherme de Ockham, nas disputas entre o papado e os reis sobre a teoria das “duas espadas” e a *plenitudo potestatis*<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 131.

<sup>32</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4ª ed. São Paulo.: Malheiros, 2003, p. 21.

<sup>33</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 8. Segundo esta autora: “A teoria das duas espadas, exposta no século VI e VII pelos papas Gelásio e Gregório Magno, era clara: a *plenitudo potestatis* pertence unicamente a Deus; mas Deus dá aos dois poderes distintos do Pontífice – *auctoritas* – e do rei – a *potestas* – a missão de fazer a ordem divina triunfar nesse mundo.”

Conforme Maria Cristina Seixas Vilani a política medieval se caracteriza pelo crescimento da influência da Igreja Católica no governo temporal e com o seu conseqüente óbvio, a luta pelo poder na Europa. É justamente o crescimento do poder do clero que fará com que os Estados Nacionais busquem sua formação. Segundo esta autora: “O cristianismo colocou um problema desconhecido pelas sociedades pregressas: o exercício da soberania, isto é, da *plenitudo potestatis*, a partir de duas instituições diferentes e complementares entre si: o papado e o império”<sup>34</sup>.

E se o surgimento medieval parece uma constante, uma análise mais acurada do conceito de soberania, à luz dos recentes acontecimentos históricos, nos revela que alguns países podem afirmar sua soberania com mais razão do que outros.

Como conceito político, em seu surgimento, a defesa do soberania nacional passa pela questões de fato. Um país será mais soberano do que outros, na medida em que possam defender seu território, seu povo e suas convicções, seja pelas armas seja pelas finanças.

A soberania, portanto, seria um conceito jurídico de valor relativo, já que sua sustentabilidade às vezes dependerá de uma condição de fato, embora obtenha um reconhecimento jurídico perante organismos internacionais.

De outra parte, como já se afirmou, a própria existência de organismos internacionais, supra ou plurinacionais, como a ONU, já implica em uma relativização do conceito ocidental clássico de soberania.

E se no plano externo o conceito de soberania vê-se ameaçado por tamanha problemática no seu plano interno, nacional, ela não se encontra mais segura, eis que com o desenvolvimento da teoria Constitucional, proclamando os direitos fundamentais, a afirmação dos direitos humanos, as cláusulas pétreas, os princípios basilares do ordenamento jurídico como o princípio da dignidade humana, não se pode afirmar que quem exerça a soberania – o próprio povo, por meio de seus

---

<sup>34</sup> VILANI, Maria Cristina Seixas. *Origens medievais da democracia moderna*. Belo Horizonte: Inédita, 2000, p. 29.

representantes – possa voltar-se contra normas que se pretendem inescusáveis e que foram afirmadas pelo próprio poder soberano que, de outra parte, promovem a estagnação do Ordenamento Jurídico impedindo as gerações de se auto-determinarem.

Tem-se, por esses motivos, que a afirmação da soberania como poder que não encontra nenhum outro acima de si, deve ser revista, seja por sua problemática no plano internacional, no relacionamento entre os Estados soberanos e no relacionamento entre estes e outros sujeitos de direitos, seja pela problemática interna, consubstanciada nos limites que o poder soberano põe a si mesmo, na sua auto-limitação, além da limitação constitucional a salvaguardar os direitos humanos. No dizer de Husek: “soberania é hoje vista como uma qualidade que os Estados detém sobre o território e sobre o povo que nele vive, que se consubstancia na exclusividade e na plenitude das competências”<sup>35</sup>.

A questão bélica nos parece fundamental à discussão da soberania, pois sempre que a guerra está presente há uma discussão que envolve soberania, já que em princípio, ninguém ataca o outro para aumentar suas exportações, ou para diminuir a tributação de seus produtos. As guerras envolvem disputas de território e disputas de poder, ou seja, disputas de soberanias.

Nesse sentido os ataques ao Líbano, país pacífico e indefeso, promovidos por Israel, país apoiado pelos Estados Unidos na suposta caça aos terroristas dos Hizbollah que se encontram naquele país, bem como a recente e desproporcional retaliação que Israel promoveu na Faixa de Gaza, contra toda uma população palestina civil e indefesa, apenas para demonstrar o seu poderio contra os membros do “movimento de resistência islâmica” também conhecido como Hamas (Harakat al – Muqawama al-Islamiyya).<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> HUSEK, Carlos Roberto, *Curso de direito internacional público*. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 131

<sup>36</sup> SOARES, Denise de Souza, *De Marx a Deus: os tortuosos caminhos do terrorismo internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.247: “O Hamas sem dúvida o mais ativo e conhecido grupo terrorista palestino de nossos dias tem origem ideológica estreitamente ligada à organização “Fraternidade Muçumana” e, mais precisamente desde 1970, encontrou suporte físico no centro islâmico (al-Mujamima’al-islami) localizado na Faixa de Gaza”.

Esta curiosa “modalidade bélica” surgida após o 11 de setembro de 2001, reacendeu prática que se encontrava banida desde o final da 2ª Guerra Mundial, que era a chamada “guerra preventiva”, quando dos ataques que os Estados Unidos promoveram ao Afeganistão, em busca de Ussama ben Mohammed ben Laden (Osama bin Laden), membros da al-Qaeda<sup>37</sup> e seguidores do Taliban e depois ao Iraque, em busca de destruição em massa que, como se viu, jamais existiram.

Creemos, portanto, que a riqueza do termo soberania e dos desdobramentos teóricos de sua conceituação, devem ser reavaliados sob uma perspectiva atual, à luz dos avanços culturais e tecnológicos da sociedade contemporânea, aferindo-se a importância de sua manutenção, de sua reconceituação, ou da eventual pertinência de sua supressão ou substituição, com vistas ao futuro das relações político-jurídicas entre os diversos sujeitos de direito internacional, bem como interpretando o significado que essa avaliação possa trazer ao ser humano, espécie que continuamente se questiona sobre suas abstrações, sobre suas necessidades, sobre o seu ser e sobre sua sobrevivência.

A análise deste conceito contribui, a nosso ver, valiosamente, para o campo do direito internacional, do direito comunitário e da filosofia jurídica, na medida em que se propõe a discutir questões relativas à valores universais e atemporais, como a dignidade da vida humana, a submissão de uma nação à organismos internacionais e a realização de guerras preventivas e procedimentos de intervenção armada.

Nesse sentido, a experiência do Tribunal Penal Internacional, surgido com o Estatuto de Roma de 1998, nos parece não um ataque à soberania dos Estados, como poderia transparecer em uma análise menos acurada do tema, pois se é verdade que os Estados passam a ter um órgão jurisdicional supra-nacional, também é verdade que este órgão internacional é legitimamente constituído por estados livres e soberanos, no exercício de sua soberania, funcionando não como uma “4ª instância” jurisdicional, mas como uma garantia exterior ao cumprimento da

---

<sup>37</sup> Al- Qaeda ou “a base” organização criada por Ussama ben Laden cujo principal objetivo seria recrutar combatentes para a jihad (guerra santa) islâmica contra o ocidente. Para maiores informações SOARES, Denise de Souza, *De Marx a Deus: os tortuosos caminhos do terrorismo internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.263.

ordem nacional, onde esta ordem nacional deixa de existir, criando um verdadeiro “Estado de exceção”, um vácuo jurídico na Ordem Nacional.

O Tribunal Penal Internacional funciona, assim, como um instrumento que assegura a Ordem Jurídica Nacional contra o chamado Estado de Exceção, na linha do que tratou Giorgio Agamben em seu “*Homo Sacer – poder soberano e vida nua*”, analisando a obra de Carl Schmitt<sup>38</sup>. A decisão soberana no Estado de exceção, no estado que não salvaguardou a sua ordem jurídica interna, surge de um Órgão Internacional, que não é hierarquicamente superior à Ordem Nacional, e que portanto, não fere a Soberania Nacional, mas que é complementar à essa, e erigido com base nessa mesma soberania nacional, permitindo pois que os infratores de crimes contra a humanidade não fiquem impunes e que se restabeleça o Estado Democrático de Direito onde antes vivíamos um verdadeiro “Estado de Exceção”.

---

<sup>38</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua*. 1ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2.002.

## 1. AS RAÍZES MEDIEVAIS DO CONCEITO DE SOBERANIA

Os estudos mais acurados sobre o tema da soberania, revelam que embora o grande sistematizador do conceito tenha sido Jean Bodin, no século XVI, o termo já existia, pelo menos desde o século XII, disperso em inúmeras obras que discutiam o poder temporal do imperador e o poder espiritual do Papado.

Um importante ponto de partida para o estudo da soberania é o famoso texto de Direito Canônico *Decretum Gratiani* ou *Concordia Discordantium Canonum*, publicado pelo monge e jurista Franciscus Gracianus, ou simplesmente Graziano, professor de teologia da universidade de Bologna entre 1140 e 1142 que compilou numerosas leis canônicas, mormente produzidas durante o pontificado de Gregório VII<sup>39</sup>.

Esta obra significa um marco importante na evolução do Direito Canônico, que se difundiu como lei universal da Igreja, dada a amplitude e a qualidade desta compilação, que tanto inspirou os comentadores do direito canônico, ciosos de combater os crescentes estudos de Direito Romano, que se originaram na própria universidade de Bologna, e que mais tarde culminariam nos chamados *Studia Humanitatis*, uma retomada da educação clássica romana.

Villey<sup>40</sup> observa que esse texto apresentava-se como um livro de direito (jus), mas que as noções de dar a cada um o que é seu e de direito como justiça lhe são ausentes. Suas questões, em linguagem bastante dialética, se voltam para apontar o que é pecado e determinará a perdição da alma.

Já antes, no século XI, se dá o primeiro grande embate entre o Papado e o Sacro Império Romano Germânico, poderes cujas pretensões eram universais. O declínio do poder temporal decorre, em grande parte das rivalidades entre os

---

<sup>39</sup> KRITSCH, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 136

<sup>40</sup> VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito. Os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.109.

príncipes, após Carlos Magno<sup>41</sup>. Desse embate surgirão as novas relações entre os chamados poder temporal do imperador e o poder espiritual da igreja. O Papa Gregório VII, em 1075, ao emitir os princípios de autonomia da Igreja frente ao poder laico e sua interferência tutelar sobre o mundo temporal, acaba por delimitar a esfera de ação desse mesmo poder laico.

A igreja, até a reforma gregoriana, no dizer de José Reinaldo de Lima Lopes, era uma “comunidade sacramental, espiritual, não jurídica e muito mais uma federação de Igrejas nacionais do que uma rígida monarquia centralizada em Roma.”<sup>42</sup> Esta reforma é, portanto, um marco decisivo na história do direito e um evento que desencadeará uma profunda disputa entre a igreja e o papado pelo poder na Europa medieval, que ficará conhecido como a guerra das investiduras, querela que dentre outras disputas, buscava determinar quem tinha o direito à nomear os bispos, se o Papa ou o Imperador. Como consequências teremos a excomunhão do imperador Henrique IV, que como retaliação promoveu a eleição de “um antipapa”.<sup>43</sup>

As reformas gregorianas buscavam, inclusive possibilitar ao papa a remoção do imperador, ao passo que estabeleciam que nenhum julgamento proferido pelo Papa poderia ser revisto. O Papa se tornaria, a partir de então, a autoridade suprema dentro da igreja, e o rei, como ungido, faz parte igreja, localizando-se dentro dela e não acima desta, devendo obediência, portanto, ao Papa. É nesse momento que a *plenitudo potestatis papalis* se afirmará, consolidando o poder clerical em um “mundo dividido em grandes senhorias e fragmentado politicamente.”<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 8.

<sup>42</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 84.

<sup>43</sup> “A querela das investiduras, como ficou conhecida, só terminou em 1122 com a assinatura da Concordata de Worms, que estabeleceu que os bispos seriam escolhidos pelo clero e o imperador teria o direito de decidir as eleições que fossem contestadas”. Cf. BARROS, Alberto Ribeiro. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 171.

<sup>44</sup> Idem, p. 171.

Observe-se que o império era mais um poder pessoal que uma circunscrição geográfica. Vale dizer, as relações no império se sustentavam através da submissão e vassalagem de vários senhores, barões de inúmeras localidades ao imperador.

Como nos ensina José Reinaldo de Lima Lopes, acerca do império: “era, pois, uma entidade militar/espiritual, não geográfica. Vigorava ainda muitas vezes o *princípio da personalidade* (ou pessoalidade) das leis e, sobretudo, a força dos costumes locais.”<sup>45</sup> Este autor evidencia, ainda, a pequena atividade legislativa do rei, que por vezes funcionava mais como um árbitro a decidir conflitos de particulares do que criar direito novo.

Esta concepção administrativa do império será deveras alterada a partir das reformas introduzidas por Gregório VII. O estímulo ao estudo do direito canônico, com o fito de emprestar autoridade a essa normatização, transformam as reformas de Gregório VII em uma verdadeira revolução, como ressaltará H. Berman, citado por José Reinaldo de Lima Lopes.<sup>46</sup>

E é com o desenvolvimento do direito canônico e com a crescente influência deste na aplicação da justiça medieval que a igreja sente a necessidade de criar um todo normativo que possa ser transmitido de forma didática e que, com isso, cada vez mais se firme e influencie as relações humanas medievais. A importância dessa “codificação” há de ser medida pela natureza da atividade jurisdicional, que se confundia com a própria atividade legislativa, aplicando-se aos casos concretos e criando os costumes e as normas. Destaca Antonio Manoel Hespanha, em obra citada por José Reinaldo de Lima Lopes, que a atividade jurisdicional “era a primeira senão a única atividade do poder”.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 88.

<sup>46</sup> Ibidem, p 89 “a reforma de Gregório VII é considerada por Berman a primeira revolução do mundo ocidental, pois foi rápida, total, universalizante, socioeconômica. Está ao lado das três revoluções modernas que se autoproclamaram revoluções, ou seja, cujos participantes se diziam explícita e propriamente revolucionários: a Russa (1917), a Francesa (1789) e a Americana (1776).” Para maiores informações acerca da importância de reforma Gregoriana. Cf. H. BERMAN. *Law and revolution*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1983.

<sup>47</sup> Ibidem, p 93.

Como elucida Alberto Ribeiro de Barros, os embates políticos que envolveram o Papado, o imperador germânico e os monarcas europeus a partir do século XI, não eram postulados como conflitos de poder, mas conflitos de competência jurídica, já que:

*Jurisdictio*, uma das noções romanas mais importantes no direito medieval, designava o poder de fixar em última instância o que era justo, de determinar o que cabia a cada um numa sociedade política. Em termos práticos, saber quem detinha a jurisdição significava saber quem tinha o poder de impor normas, sem ser contestado, quem julgava e quem punia delitos civis ou violações de normas religiosas, quem podia taxar e recolher tributos, enfim, quem era o legítimo governante, uma vez que o governo era essencialmente o exercício da jurisdição.<sup>48</sup>

É nesse ambiente de disputa entre o poder do papado e o poder do império, entre os intérpretes do direito romano justinianeu e os que postulavam o direito canônico, que surgirá, por volta de 1.140 o já citado Decreto Graciano considerada a obra fundamental de direito canônico clássico. A obra veio a ficar conhecida simplesmente como *Decretum*, ou Decreto.

Seu Decreto reunia mais de 3.800 textos comentados<sup>49</sup>, veio a obter grande prestígio intelectual, e tendo o grande mérito de reconhecer a existência de antinomias que, todavia, sujeitavam-se a regras de interpretação que permitiam observar qual o direito a ser aplicado, em função da investigação acerca dos sentidos possíveis das normas, sua intencionalidade, acerca de normas locais e especiais a revogar norma gerais, normas posteriores a revogarem normas anteriores. Graziano é influenciado por um dos maiores pensadores do século XII, Pedro Abelardo, e suas idéias sobre lógica dialética inseridas em seu texto “Sic et non”.

A respeito da valorização da intencionalidade da lei, prevista nesse texto de Pedro Abelardo, cumpre-nos a pena destacar um pequeno trecho:

Se, pois, algumas coisas nos Evangelhos foram corrompidas devido à ignorância dos copistas, por que admirar-se se há casos semelhantes nos escritos dos padres

---

<sup>48</sup> BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 167.

<sup>49</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 94-95.

posteriores, que gozam de uma autoridade muito menor? Se, pois, nos escritos dos santos, parece que algo não condiz com a verdade, então é piedoso, conforme a humildade e devido pela caridade (“que tudo crê, tudo espera e tudo suporta” - 1 Cor 13, 7 – a fim de não supor facilmente erros naqueles a quem ama), que creiamos que esta passagem do texto não foi fielmente interpretada ou foi corrompida, ou nós não a conseguimos compreender.<sup>50</sup>

Note-se que estas regras de interpretação tornar-se-ão parte da tradição jurídica ocidental, sendo mantidas até os dias de hoje, como princípios gerais de direito.

Sua grandiosa influência implicará na mescla da aplicação do direito romano justiniano com os modelos criados pelo direito canônico, que se firmará nos anos seguintes, criando uma tradição processual que influenciou principalmente os reinos da Europa continental, donde o direito inglês se diferenciou fundamentalmente dos direitos de tradição canonista.<sup>51</sup>

Tais princípios limitavam sobremaneira o Poder do Império. Os reinos, por seu turno, ficavam sob a tutela eclesiástica em quase todas as áreas, exceto quanto à estrutura de sua administração interna.

Essa crescente influência da clero a partir do século XIII e essa tentativa de centralização do poder podem ser vistos como a semente da soberania, eis que nos comentários jurídicos esta palavra começa a ser utilizada justamente com o intuito de se definir a autoridade papal não só em matéria espiritual mas também em matéria jurisdicional. Como leciona Alberto Ribeiro de Barros, os argumentos mais fortes no que tange à necessidade de um único poder derivam do “princípio da unidade”, cuja doutrina é fundamental ao pensamento político medieval: “como havia um só Deus, também deveria haver um só chefe supremo na cristandade, cuja organização deveria espelhar a ordem do universo.”<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> ABELARDO, Pedro. *Sic et non*. In: DE BONI, Luis Alberto. *Filosofia medieval: textos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 125.

<sup>51</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 99-100: “Quando nos deparamos, porém, com o processo canônico vemos a distinção fundamental que separa a Europa continental da tradição inglesa. Em boa parte, o desenvolvimento do direito inglês distingue-se do nosso justamente porque na Inglaterra o processo canônico nunca foi incorporado nas cortes régias, que se desenvolveram antes da canonística. Já no continente, é o processo canônico que precede as cortes régias, e assim as influencia.”

<sup>52</sup> BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 173-174.

### 1.1 Direito Comum, Direito Canônico e Direito Próprio

O embate, que se expande para três frentes, decorrente do conflito entre poderes distintos: o Papado, o Império e os Reinos, na disputa pela hegemonia do poder, tem consequências importantíssimas.

Cumprido esclarecer que o Império e o Papado não foram sempre poderes concorrentes, mas sobretudo complementares. Prova disso é a união destes poderes durante cerca de trezentos anos que duraram as várias cruzadas<sup>53</sup>.

Embora a sociedade seja teocrática, os senhores feudais buscam afirmar novos direitos frente aos monarcas, ao papado, ao império. Há um complexo conjunto social que busca se acomodar, surgindo infindáveis conflitos entre os candidatos a detentores do poder. Essas brigas assumem a feição de discussões sobre direitos, sobre jurisdição, já que a conquista pela força nem sempre é uma alternativa viável.

Há, portanto, uma busca pelo reconhecimento de direitos, de atribuições, por parte de todos os atores desse cenário medieval. Os direitos estão surgindo e as mesmas leis são interpretadas de modo bastante divergente entre os que defendem a prevalência da jurisdição eclesiástica e aqueles que defendem a jurisdição privada.

O Papado e o Império avançaram do embate no plano meramente político para o próprio plano jurídico e cultural, quando se observará o renascimento não só da cultura grega, mas, também, do Direito Romano, que será afirmado como o verdadeiro direito no Ocidente, não na interpretação dada pela igreja, mas na própria interpretação levada a cabo através do estudo dos legítimos textos da compilação de Justiniano.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Cf. KRITSCH, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 73.

<sup>54</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p.141-142.

Essa tendência que curiosamente partiu da Escola de Bolonha, local em que depois surgirá o Decreto Graziano, formará um grande número de juristas e comentadores dos textos de Justiniano, os chamados glosadores, que em princípio faziam breves anotações acerca das palavras do texto e, com o tempo, passaram a fazer notas marginais dos textos, buscando explicações mais detalhadas. Esses glosadores se esforçavam no sentido de atribuir uma unidade aos textos de Justiniano, por vezes contraditórios, interpretando os princípios esposados nos textos na tentativa de recuperar a ordem jurídica do Império Romano.

Como nos ensina o professor Alberto Ribeiro de Barros, acerca do devotado trabalho dos glosadores em uma “rigorosa análise exegetica, meio natural de uma primeira aproximação de textos que tinham permanecido por muito tempo desconhecidos, tinha a clara intenção de tornar a compilação justiniana válida para a prática legal contemporânea.”<sup>55</sup>, vindo a afirmar essa legislação frente ao poder do Papado, com base na forte organização jurídico-legislativa sem, contudo, ressaltar o caráter republicano destes textos, próprios de Roma, adaptando-no aos interesses monárquicos do período, substituindo a figura do povo pela figura do monarca como *Princeps*, e lei decorre de sua vontade.

A restauração do direito romano vem ao encontro da restauração do próprio Sacro Império Romano Germânico, consagrando-se como um sistema perfeito e acabado, universal por excelência, que prescinde de outras legislações integradoras e atualizadoras, bastando-lhe o esclarecimento através dos glosadores. No dizer do professor Willis Santiago Guerra Filho, acerca da redescoberta do *corpus juris civilis* na idade média e do trabalho dos glosadores: “vai representar para o direito o que a Bíblia era para a religião: dogmas indiscutíveis, pois nesses textos a razão (*logos*) tinha-se convertido em palavra escrita, em *ratio scripta*”<sup>56</sup>

Surgem em contrapartida, as teorias eclesiásticas nas quais predomina o poder da Igreja e que se contrapõem às teorias de separação dos poderes temporais e espirituais. A conciliação entre as duas jurisdições, temporal e espiritual,

---

<sup>55</sup> BARROS, Alberto Ribeiro. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 40.

<sup>56</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28.

exprimiam-se na fórmula *utrumque ius*, composto da junção do Direito Romano Justiniano ao Direito Canônico, ambos aprovados pela Igreja, como nos ensina Fátima Regina Fernandes.<sup>57</sup> A Igreja, portanto, reage com o Decreto Graziano e principalmente, com a recepção do Direito Romano ao Direito Canônico, aceitando este como o seu direito temporal.

A aplicação do ordenamento jurídico canônico ao lado do direito romano vai se firmando cada vez mais, e aumentando sua influência que culminarão com a criação do Tribunal da Inquisição e com as Decretais de Gregório IX, por volta de 1.234, que nada mais eram que uma nova compilação de decisões desde a compilação formada por Graziano, que compilaram as normas pontifícias posteriores à obra de Graziano. As Decretais mantiveram o Decreto de Graziano, mas revogaram a maioria das demais disposições posteriores a este que nelas não foram incluídas.

É certo que já no século XIII a compilação de textos de Justiniano encontrava-se totalmente glosada. A partir daí a preocupação dos glosadores passa a alcançar voos maiores, deixando de olhar para o direito romano como um todo perfeito e acabado, mas um ordenamento pelo qual poder-se-ia buscar novas interpretações para novos problemas, problema da atualidade. Onde se dá o surgimento de um novo método dialético interpretativo que terá na figura de Bartolus de Sassoferrato seu maior expoente. Esse método de interpretação por ser mais praticado nas escolas italianas, ficará conhecido como *mos italicus iura docendi*, e seus seguidores como Bartolistas, como ensina o professor Alberto Ribeiro de Barros.<sup>58</sup>

Por volta de 1.298 tem-se um novo marco no Direito Canônico, o chamado Livro Sexto, de Bonifácio VIII, que complementa os cinco livros das Decretais. No início do século XIV, o mesmo papa Bonifácio VIII busca reafirmar a preponderância do poder espiritual sobre o poder temporal criando o que se denominou uma *potestas directa*, através da Bula *Unam Sancta*, de 1302. As disputas entre o papa

---

<sup>57</sup> FERNANDES, Fatima Regina. *A recepção do direito romano no ocidente europeu medieval: Portugal, um caso de afirmação régia*. In: História: Questões & Debates, n.º 41, p. 73-83, 2004. Curitiba: Editora UFPR, disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/dromport.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/dromport.pdf), acesso em 02 de dezembro de 2.008.

<sup>58</sup> BARROS, Alberto Ribeiro. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 41.

Bonifácio VIII e Filip, o Belo, monarca francês, ficaram famosas e renderam grande literatura jurídica para o período como, por exemplo, sobre a ausência de legitimidade do monarca em taxar o clero, expresso na bula *Clericis laicos*, e a a subordinação do monarca ao poder do Papa que, de resto, é o único que possui autoridade exclusiva para julgar pessoas eclesiásticas, expresso na bula *Ausculda fili charissime*.<sup>59</sup>

Do mesmo modo, tempos depois, o Papa João XXII irá se insurgir contra o Imperador Luis da Baviera, que acabará por contar com o apoio intelectual de Marsílio de Pádua.

É importante destacar que o poder dos papas, de fato, sofria limitações, impostas pelo próprio clero, esse sim, que se firmava cada vez mais como absoluto. Não é difícil entender porque isso ocorreu. O Papa, sendo um só, não poderia controlar sem o apoio de um “exército”. Este exército tinha em suas armas o saber, quase exclusivo e a larga influência exercida sobre a população. Isso fazia com que cada Bispo fosse um soberano dentro de sua jurisdição, rendendo ao Papa semelhantes homenagens que eram rendidas pelos reis ao Imperador.

A reação imperial far-se-á sentir, na monumental obra do reitor da Universidade de Paris, *Defensor Pacis*, de Marsílio de Pádua, já no ano de 1324, em que refuta, com base em Aristóteles e nas próprias escrituras, os argumentos da cúria.

Com a inevitável fragmentação do império, todavia, boa parte dos reinos europeus alinha-se à igreja. A igreja controla bem a situação já desde o século XIII, sendo notório o enfraquecimento do império, a crescente *plenitudo potestatis papalis*, e o surgimento dos reinos nesse período, que passam a se organizar internamente sob as normas do Direito Romano, devidamente autorizado pelo Papado.

---

<sup>59</sup> KRITSCH, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 390-391.

Posteriormente, ainda, surgiram as Clementinas e as Extravagantes, que vieram a formar com as demais o chamado “Corpus Iuris Canonici”<sup>60</sup> Essa designação correlata à do *Corpus Iuris Civilis*, tornou-se corrente desde 1580, quando Gregório XIII aprovou a versão revista de tais compilações anteriores.

A utilização do direito Romano pelos reinos que surgem lhes será bastante proveitosa, pois permitirá a afirmação política dos monarcas, que se utilizarão dos princípios centralizadores de poder para se transformarem em verdadeiros imperadores, dentro de seus reinos.

As compilações de Direito Canônico, surgidas a partir do século XII, demonstram, todavia, que a Igreja preocupava-se mais com a edição de normas do que os próprios monarcas. Disso certamente resultará a grande influência da igreja e do Direito Canônico nesse período. Para o direito comum, além da ingerência do direito canônico, há um forte conflito entre a jurisprudência que se inicia e o *Corpus Iuris Civilis*.

As relações entre o poder temporal e a Igreja assinalam, com a problemática política, relevante influência na produção legislativa civil e canônica, querela que podemos distinguir entre os chamados civilistas e canonistas.

## 1.2 Os Bartolistas

Como já vimos, o movimento de renovação do Direito Canônico, com a recepção do Direito Romano, obrigava os canonistas a um dedicado estudo do Direito Romano.

A reconstrução do Direito Canônico teve lugar mediante o emprego sucessivo da metodologia dos Glosadores e dos Comentadores. Os processos de exegese, em especial as glosas e os comentários, que os legistas utilizavam em face dos textos romanos foram transpostos para a interpretação das coletâneas de Direito Canônico, tanto para o Decreto de Graziano como para as Decretais de Gregório IX. Assim, os

---

<sup>60</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 96.

canonistas que se dedicavam ao Decreto Graziano eram chamados decretistas, aos passo que aqueles que se dedicavam às Decretais de Gregório IX eram tidos por decretalistas.

A renovação legislativa e doutrinal do Direito Canônico difundiu-se por toda Europa, inclusive Espanha e Portugal, apesar dos grandes centros produtores de conhecimento continuassem sendo a França e a Itália, mormente na universidade de Bolonha; embora os estudantes buscassem aprender o Direito Romano, é certo que em sua maioria eram religiosos e, portanto, o viés do Direito Canônico estava sempre presente.

O estudo desse direito romano recuperado para a Europa medieval, inicialmente se dá com a glosa, no século XII, em Bolonha. Estudam o Direito afastando-o do estudo da retórica e da dialética. Como ensina Alberto Ribeiro de Barros: “os glosadores se esforçavam para conciliar este texto glosado com outras partes da compilação, elaborando tratados sistemáticos e completos (summa).”<sup>61</sup> Em sua atividade, os glosadores, inseriam, inicialmente, breves comentários ao longo dos textos romanos, para melhor explicá-los. Com o passar do tempo estes comentários passam a ser maiores, tornado-se verdadeiras notas explicativas.

Como leciona o professor Willis Santiago Guerra filho, acerca dos glosadores:

As universidades italianas do século XII promoveram um renascimento dos estudos de direito romano, aplicando à sua pesquisa o método didático concebido por Irnerius, no ano 1100, derivado da filosofia escolástica, à época dominante. A metodologia de Santo Tomás de Aquino exige que cada argumento seja baseado na *autoridade*; é o *dogmatismo* que a Igreja Católica adotou como filosofia oficial e que vai ser incorporado ao estudo da *jurisprudencia* de maneira tão intensa que até nossos dias os dois serão confundidos como uma só coisa. Irnerius, cognominado *primus illuminator scientiae nostrae*, predicava que se construísse um aparato de glosas, notas explicativas dos textos da compilação do direito romano, conhecida por *Corpus Juris Civilis*, que fornecia a autoridade ou a legitimidade necessária à aceitação das opiniões emitidas pelos juristas.<sup>62</sup>

Já no século XIV a Itália é o maior centro de estudos de leis da Europa e alguns pensadores dessa região vão renovar o método dos glosadores, deixando de

---

<sup>61</sup> BARROS, Alberto Ribeiro. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 39.

<sup>62</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28.

apresentar explicações literais aos textos romanos e permitindo uma atividade mais especulativa acerca destes textos, com uma efetiva utilização dos mesmos para os problemas que se faziam presentes naquela época. Estes intelectuais passarão a ser chamados de pós-glosadores ou comentadores, e ainda de Bartolistas, em razão de seu maior expoente haver sido o jurisconsulto Bartolo de Sassoferrato.

Esse método consistiu precisamente em superar o método da glosa, excessivamente apegado à literalidade das interpretações, e divulgar como sistema metodológico, o exame crítico dos textos do *Corpus Iuris Civilis* a fim de se determinar a razão de ser da norma. Eles entendem ser necessária a análise dos textos de Justiniano de um modo orgânico, encontrando neles os princípios gerais do Direito Comum, a fim de que se aplique aos casos de sua época. Eis aí uma nova tendência lógico-dialética, na esteira do tomismo e da tradição escolástica da época.

Os comentadores buscavam soluções jurídicas para problemas concretos e o estabeleciam a interpretação e as doutrinas jurídicas úteis à prática. Os bartolistas partiam da análise da intenção do legislador e da razão última das normas. Há de se recordar que os bartolistas eram frequentemente convidados a expressar sua opinião em casos concretos, eis que conheciam o Direito Romano muito melhor que os próprios juízes que o aplicavam.

Como ilustra José Reinaldo de Lima Lopes, acerca dos bartolistas ou comentadores, “transformam-se nos grandes conselheiros dos príncipes, das comunas e dos particulares, emitem opiniões e pareceres (*consilia*) e ajudam a dar mais um passo na unificação ou, pelo menos, na harmonização dos direitos locais espalhados pela Cristandade.”<sup>63</sup>

Este estudo teórico-prático das fontes, também conhecido como o *mos Italicus*, ou a maneira italiana de estudar o direito, e influenciaram a cultura jurídica até o século XVII. Essa método, que objetiva sobretudo utilizar-se do direito romano para solucionar casos concretos, sem se importar com a pureza das fontes,

---

<sup>63</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 134

personificou-se na figura de Bartolo e, posteriormente, em seus mais destacados discípulos, entre os quais Baldo de Ubaldis.

Tal método vai influenciar enormemente o direito em vigor nas diversas regiões da Europa Ocidental, mas, sobretudo, na Itália. Encontrando, posteriormente, sua principal resistência na França, onde surgirá o chamado *mos gallicus*. Esse método, como se verá, encontrava-se mais comprometido com a pesquisa histórica do direito romano.

No decurso da baixa idade média, o estudo do direito romano tendia cada vez mais para prática; os Bartolistas tinham procurado adaptar o direito romano ao direito medieval, profundamente diferente daquele e, por via de consequência, a adaptação modificou profundamente o direito romano que se encontrava profundamente comprometido por um desenvolvimento teórico que em nada refletia sua natureza.

No começo do século XVI, os métodos de estudo e de ensino do direito romano são objeto de críticas mordazes. Curiosa a passagem em que Jean Bodin analisa o *mos italicus*, citada pelo professor Alberto Ribeiro de Barros:

Veja esses comentadores, de quem reconhecemos o admirável vigor de espírito e o imenso trabalho – o que impressiona num primeiro momento nas suas glosas tão numerosas é que eles parecem ter dedicado todo o seu tempo a escrever e não reservaram nenhum para a literatura. Por terem vivido naquele período miserável e por não terem uma formação liberal, parece que eles dificilmente alcançaram seus objetivos e, sem dúvida, se tivessem uma melhor formação, seus escritos, que se deve menos reprovar do que lastimar, seriam mais agradáveis aos eruditos e mais úteis à República.<sup>64</sup>

Assiste-se então a um novo interesse pelo direito romano, mas desta vez a fonte haveria de ser os textos legítimos do direito romano, a fim de que as influências dos glosadores e dos bartolistas não se fizessem sentir nos estudos. Essa escola do *mos gallicus*, em verdade, terá uma preocupação semelhante à do Renascimento italiano, quanto a recuperar os textos romanos clássicos, puros, sem a influência dos glosadores e dos bartolistas.

---

<sup>64</sup> BODIN, Jean. *Discurso ao Senado e ao povo de Toulouse sobre a educação a ser dada aos jovens de uma República*. Apud. BARROS, Alberto Ribeiro. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 43

Assim, se forma, no início do século XVI, uma nova escola jurídica, que analisa o direito romano sob um outro ponto de vista, mais comprometido com o teor original dos textos romanos, e que fica conhecida como escola histórica ou humanista, obrigando seus cultores a recorrerem à filologia, à história, à poética, à filosofia moral, aos *studia humanitatis*, expressão retomada do direito romano, em oposição ao *trivium* medieval.

Sua origem remota se dará na Itália, mas é na França que ela se desenvolverá em sua plenitude, e desta escola surgirá, por exemplo, Jean Bodin. Juristas de formação liberal, que aprendem outras línguas, recusando o latim bárbaro da escolástica e que conseguem ter contato com o direito romano em seu estado puro.

O Direito Canônico, por sua vez, possuía utilidade prática, jurídica, pois se aplicava nos tribunais eclesiásticos e nos tribunais seculares. Existia uma organização judiciária da Igreja, ao lado da organização judiciária do Estado. Aquela julgava, principalmente questões relativas à família e às sucessões, bem como aquelas que envolviam os clérigos mais bem posicionados na hierarquia eclesiástica.

O desenvolvimento do Direito Canônico, por sua vez, seguiu o *mos italicus*, com a diferença elementar de que o trabalho dos canonistas se desenvolvia com mais liberdade interpretativa, já que não estavam atrelados a um ordenamento perfeito e acabado como o Direito Romano.

No que tange aos pós-glosadores, ou comentadores, como esclarece José Reinaldo de Lima Lopes, é correto afirmar que “trabalharam na conciliação de *ius commune* (o direito romano erudito) com o *jus speciale* (comunal, local), desenvolvendo a teoria estatutária.”<sup>65</sup> Esses estatutos eram considerados leis de aplicabilidade local, específica, em oposição ao direito romano, que tinha aplicabilidade geral e prevalecia como direito Universal aplicado nos mais diversos

---

<sup>65</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 134

reinos europeus, tendo grande aplicação, ao lado do direito canônico, não obstante os inevitáveis conflitos com o direito feudal e germânico.

Os Direitos próprios, ou seja, os ordenamentos jurídicos particulares dos reinos rivalizavam com o Direito Comum, que prevaleceu durante os séculos XII e XIII, sendo relativizada sua aplicação até que a partir do final do século XV, início do século XVI, os direitos próprios se consolidam, deixando o direito comum como fonte subsidiária, até o século XVI, quando assistiremos a evolução do jusnaturalismo.

A partir de então muitos reinos promoverão suas leis próprias, em decorrência dos estudos de Direito Romano darem suporte aos poderes ilimitados do monarca nas esferas executiva, judiciária e legislativa. Deixa-se o costume de lado e se passa a legislar. Inicia-se, assim, um caminho da centralização política e de unificação do sistema jurídico, que consolidará os Estados.

O Direito, então, passa a ser criado diretamente pela Lei, que passa a ser sua fonte primária. O ato de legislar é atividade própria do monarca, com o auxílio de seus respectivos juristas e sábios em direito Romano e Canônico produzem centenas de ordenamentos por toda Europa.

Ao lado da elaboração legislativa era dado aos monarcas, também, tomar providências régias junto às cortes, acerca de solicitações ou reclamações que lhe eram apresentadas. Com isso os monarcas exerciam verdadeira atividade jurisdicional perante os súditos.

### **1.3 A Origem Medieval Do Conceito De Soberania**

Denominava-se o poder de soberania, entre os romanos, *suprema potestas*. Era o poder supremo do Estado na ordem política e administrativa. Posteriormente, passaram a denominá-lo poder de *summum imperium*<sup>66</sup>, expressão que destaca sua amplitude universal e que certamente era do conhecimento de Jean Bodin, dada a erudição deste humanista.

---

<sup>66</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 115.

Etimologicamente, o termo soberania provém de *superanus*, *supremias*, ou *super omnia*, configurando-se definitivamente através da formação francesa *souveraineté*, que expressava, no conceito de Bodin, "potencia absoluta e perpétua de uma República". Simone Goyard-Fabre assinala, ainda, as expressões *supremitas*, *majestas*, do fim do século XIII, assim como *superamus*, derivada do latim clássico *supremus*, existente como adjetivo desde o final do século XII. No dizer desta autora: "seja como for, originariamente, a soberania é *superioritas*: não há potência acima dela."<sup>67</sup>

A formulação originária do conceito de soberania é incerta, sendo mais certo, todavia, que tenha ocorrido na época medieval. Na Grécia antiga não se usava o termo soberania, mas *autarquia*, que, na obra de Aristóteles, significava um poder moral e econômico da Polis, que diferenciava a cidade Estado de uma outra associação. Aristóteles, de qualquer modo, não deixa claro o que quer dizer o *summum imperium*, como esclarece Goyard-Fabre, ele "não fornece nem análise, nem definição desse conceito"<sup>68</sup>, embora chame este poder de "poder supremo" bem como utilize a expressão "autoridade civil soberana".

Já entre os romanos, o poder de *imperium* era um poder político transcendente que se refletia na majestade imperial incontestável. A suprema *potestas*, que dará ao imperador o poder de vida ou morte sobre qualquer outro. Diferencia-se, todavia, fundamentalmente da soberania.

Corroboram esta afirmação o dizer de Dalmo de Abreu Dallari acerca da novidade do conceito de soberania:

Em Roma também não se chega a qualquer noção que se possa considerar semelhante ou análoga à de soberania. Com efeito, os termos *majestas*, *imperium* e *potestas*, usados em diferentes circunstâncias como expressões de poder, ou indicam poderio civil ou militar, ou revelam o grau de autoridade de um magistrado, ou ainda podem externar a potência e a força do povo romano. Nenhuma delas,

---

<sup>67</sup> Idem, p. 116.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 124

porém, indica poder supremo do Estado em relação a outros poderes ou para decidir sobre determinadas matérias.<sup>69</sup>

Nas monarquias do fim da idade média o termo soberania já era utilizado e o conceito começava a se delinear, mas ainda sem a clareza que Jean Bodin lhe emprestou. O conceito correlato era suserania, que estava mais ligado ao carisma e intangibilidade do monarca. Deste fértil terreno Bodin colherá o conceito de soberania, apresentando-o em sua forma clássica no século XVI, através de sua obra "Methodus" e, posteriormente, em sua obra definitiva "A República".

George Jellinek, citado por Dallari, nos esclarece porque é mais razoável se acreditar que o termo soberania tenha surgido na idade média:

O fato de a Antiguidade não ter chegado a conhecer o conceito de soberania tem um fundamento histórico de importância, a saber, faltava ao mundo antigo o único dado capaz de trazer à consciência o conceito de soberania: a oposição entre o poder do Estado e outros poderes.<sup>70</sup>

Essa disputa entre senhores feudais, barões, monarcas, imperador e papado, todos buscando obter um maior poder sobre aqueles que lhes seriam jurisdicionados, criará o ambiente propício ao desenvolvimento do conceito de soberania, favorecendo, outrossim, a criação dos Estados soberanos.

Como explica Simone Goyard-Fabre, o grande sistematizador da soberania, Jean Bodin, considera um erro dos romanos, bem como dos medievais a confusão acerca da aceção do termo soberania, pois tais autores costumavam "criar uma interferência entre magistratura, jurisdição e soberania e, por isso mesmo, considera Bodin, partilhar a potência soberana distribuindo-a entre diversos magistrados."<sup>71</sup> Para Bodin esse equívoco é inaceitável, assim como o grande vácuo existente acerca do tema, o que demanda uma necessária compreensão do termo soberania.

---

<sup>69</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 75

<sup>70</sup> JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*, p. 331 e 341 Apud. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 75.

<sup>71</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 124.

É verdade que a soberania surge como um conceito bastante relativo e embora se desenvolva a partir do século XIII, somente com sua grande sistematização por Bodin no século XVI é que se traçarão as linhas mestras. Dallari nos explica que até o século XII, de fato, convivem duas soberanias, “uma senhorial e outra real [...] pois se afirmava que os barões eram soberanos em seu senhorio e o rei era soberano em todo reino.”<sup>72</sup>.

No absolutismo monárquico a soberania passou a ser o poder pessoal exclusivo dos monarcas, sob a crença generalizada da origem divina do poder de Estado. Estas teorias encontram seu fundamento histórico nas monarquias antigas, fundadas pelo direito divino dos reis. Há que se distinguir entre as teorias que afirmam o Direito Divino, de origem sobrenatural daquelas que assinalam o Direito Divino, de origem providencial, que mais se aproxima à doutrina de São Tomás de Aquino.

Pelas teoria que afirmavam o Direito divino dos reis, de origem sobrenatural, o rei é escolhido diretamente por Deus, não devendo obediência, portanto, senão ao próprio Deus. Como nos explica Darcy Azambuja, por essas teorias que defendem o Direito Divino dos Reis “sendo Deus a causa primeira de todas as coisas, é também nele que reside a origem do poder.”<sup>73</sup>

Ainda segundo este autor, explicitando o pensamento que defende as monarquias fundadas em direito divino dos reis, se “Deus criou todas as coisas e, portanto, criou o Estado e a autoridade; é por vontade de Deus que há uma hierarquia social, que em toda a sociedade há governantes e governados.”<sup>74</sup>

Sendo os monarcas os verdadeiros representantes de Deus na ordem temporal, justamente podiam concentrar todos os poderes temporais, não podendo se lhe impor quaisquer limitações.

---

<sup>72</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 76

<sup>73</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988, p. 56.

<sup>74</sup> Idem

Estas teorias, conquanto tenham sido utilizadas pela igreja em seus primórdios, foram apropriadas pelos legistas seculares, defendendo os interesses dos reis, que farão com que estes afirmem que o rei não deve obediência senão à Deus, eis que o poder lhe é dado diretamente, sem intermediadores pelo próprio Deus.

Ainda conforme Darcy Azambuja, por estas teorias do direito divino sobrenatural, os reis “se subtraíam à autoridade dos Papas e à intervenção do povo e tornavam seu poder absoluto teoricamente.”<sup>75</sup>

Já para as teorias que afirmavam o direito divino dos reis, de origem providencial, todo poder vem de Deus, pela forma da santa providencia e se concentra na pessoa sagrada do soberano, este direito, contudo só tem validade após o Papa o consagrar, pois Deus não intervinha diretamente na escolha do monarca, mas sim de forma providencial, colocando o monarca no caminho do poder.

Após as monarquias medievais se desvencilharem do poder do papado e do império, a doutrina da soberania absoluta do rei, consolidar-se-á posteriormente nas monarquias absolutistas, que levarão às últimas consequências a condição divinizada dos reis, identificando neste o poder, o próprio Estado, a fonte de toda a sorte do reino, a soberania e a lei.

A teoria da soberania encontrará sua versão primeira e mais bem elaborada na escola humanista da França, do século XVI, com o seu maior teórico, Jean Bodin, que sustentava: “a soberania do rei é originária, ilimitada, absoluta, perpétua e irresponsável em face de qualquer outro poder temporal ou espiritual”.<sup>76</sup>

Toda a discussão havida em torno da fusão do Direito Romano com o Direito Canônico, comentada no item anterior, será observada na obra de Jean Bodin, como veremos adiante. Há quem chegue a afirmar que “já no início do século XIV, ficara

---

<sup>75</sup> Ibidem, p. 56

<sup>76</sup> BODIN, Jean. *Los Seis Libros de la República Jean Bodin*. Madrid: Tecnos, 1997. GALA, Pedro Bravo (org.)

evidente que o Estado soberano seria a estrutura preponderante na Europa ocidental”<sup>77</sup>, embora compreendamos que isso somente se verificará com o tempo.

Antes porém de analisarmos o conceito de soberania desenvolvido e sistematizado por Jean Bodin, compete-nos trazer à colação os precursores deste caminho, aqueles que acreditamos, contribuíram grandemente para a formação deste conceito, vislumbrando o declínio do poder clerical e prenunciando a emancipação dos reinos com a formação das nações, justapondo ideias medievais à ideias inovadoras.

Nesse contexto as visões de autores que conquanto ainda guardem relação com o pensamento político medieval, como Guilherme de Ockham e Marsílio de Pádua, prepararão o terreno para o efetivo surgimento da via moderna, a partir de Maquiavel, quando o termo Estado ganhará conotação diferente de termos como reino e “república” até então utilizados pelos precursores da via moderna.

#### **1.4 As Idéias de Guilherme de Ockham**

Guilherme de Ockham, também conhecido como William de Ockham e Guilherme de Occam, nasceu entre 1.285 e 1.290, na Inglaterra, na Vila de Ockham<sup>78</sup>, condado de Surrey, cidade próxima a Londres. Ingressou na Ordem Franciscana estudando filosofia em Londres até por volta de 1.310.

Formou-se em Oxford, onde se tornou bacharel em teologia (*inceptor*), onde também postulou ao título de mestre em teologia (*magister regens*) que tentou alçar comentando os quatro livros de *Sentenças* de Pedro Lombardo<sup>79</sup>, mas por questões teológico-políticas, o título lhe fora negado. Suas teses foram consideradas “suspeitas” e, portanto, aquele que é considerado um dos maiores pensadores da

---

<sup>77</sup> STRAYER, Joseph R. *On the Medieval Origins of the Modern State*. Princeton, 1970 Apud. GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 11.

<sup>78</sup> DE BONI, Luis Alberto. *Filosofia Medieval: textos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p.343.

<sup>79</sup> O livro das sentenças de Pedro Lombardo é uma das obras mais lidas e comentadas da escolástica, fazendo parte do curriculum dos cursos de teologia, sintetizava o pensamento filosófico acadêmico (teológico) predominante no período. Para maiores informações MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 4ªed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, p. 284.

baixa idade média jamais passou de um bacharel, razão pela qual na posteridade passaram a chamá-lo de *venerabilis inceptor* (venerável iniciante). Esse epíteto posteriormente será ampliado para *Venerabilis Inceptor Viae Modernae*, cujo o escólio de Willis Santiago Guerra Filho<sup>80</sup> nos ensinará que há uma dupla imprecisão:

Uma terminológica, por confundir “iniciante” com “iniciador”, outra histórica, pois se a *via moderna* pode ser associada à adoção do nominalismo ou, como em Thomas Bradwardine (+ 1349), à doutrina da predestinação divina, em nenhuma dessas hipóteses o pensamento ockhamiano, por mais importante que seja, pode ser considerado pioneiro, devendo-se destacar a precedência de Abelardo e Duns Scot, para citar os mais expressivos – apesar de não serem, também eles, os mais antigos. Cf. Heiko A. Oberman, “*Via antiqua* and *via moderna*: late medieval prolegomena to early reformation thought”, in: “From Ockham to Wyclif”, Anne Hudson & Michael Wilks (eds.) Oxford/New York: Basil Blackwell, 1987, p. 445 ss.

Ockham lecionou filosofia em uma escola franciscana em Londres, desenvolvendo textos de lógica, metafísica e teologia. Em 1.324 foi convocado à Avignon, pelo Papa João XXII, para comparecer ao Tribunal Pontifício, para responder pela acusação de heresia, decorrente dos supostos erros que cometera ao comentar as *Sentenças* de Pedro Lombardo. A inquisição acusa sete pontos de sua doutrina como heréticos e outros trinta e sete pontos como falsos.<sup>81</sup>

As acusações de heresia não se confirmaram, mas Ockham permaneceu confinado em um Convento Franciscano em Avignon de 1.324 a 1.328 sem ser julgado, envolvendo-se, nesta época, na polêmica surgida entre o Papa João XXII e os franciscanos, acerca da pobreza pregada por Cristo, que os Franciscanos exaltavam como virtude e que era discutida pela igreja.

Em 1.328 Ockham foge de Avignon, onde o Papa se encontrava refugiado já que o Imperador havia invadido Roma. Ockham se refugia em Pisa, na Itália e, em companhia do Ministro geral da Ordem Franciscana e de outros confrades, busca abrigo na corte de Luis da Baviera, que na época travava intensa luta com o Papa

---

<sup>80</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Lei, Direito e Poder em Guilherme de Ockham*. In: Heleno Taveira Torres (org.). *Direito e poder nas instituições dos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005, p. 188-212

<sup>81</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 168.

que havia recusado reconhecê-lo como Imperador da cristandade, coroando Filipe, o Belo, o candidato derrotado.<sup>82</sup>

Acompanhando a corte de Luis da Baviera, Ockham termina seus dias Munique, vindo a falecer por cerca de 1.349, sendo certo que suas obras já se encontravam proibidas em Paris desde 1.339.<sup>83</sup>

A partir de seu refúgio na corte de Luis da Baviera até o final de sua vida, Ockham dedica-se a escrever obras de conteúdo político e jurídico, defendendo a causa imperial contra o papado, com afirmações acerca da existência de verdadeiro poder temporal, concedido e ordenado por Deus, mesmo fora da Igreja<sup>84</sup>.

Combatendo as idéias de João XXII e de seus sucessores, Ockham é um dos precursores da chamada via moderna no pensamento medieval. Tal qual Duns Scotus e Marsílio de Pádua, Ockham defendia o subjetivismo e a separação dos Poderes espirituais e temporais. Assim, pode não ter sido o primeiro articulador das idéias modernas no período da baixa Idade Média, mas sem dúvida foi um dos mais influentes.

Em Ockham, que é tributário das idéias de seu mestre, o também franciscano Duns Scotus, localizamos as primícias da idéias de subjetividade que marcará fundamentalmente a noção de direitos subjetivos que somente terá seu auge bem mais tarde, no pandectismo alemão do século XIX.

Essa noção de subjetivismo e de individualismo fundará a moderna concepção de direitos que influenciará toda a discussão política e jurídica a partir de então. É a chamada “via moderna” da filosofia que trilhará os primeiros passos do que mais tarde se consolidará na chamada Escola de Salamanca.

---

<sup>82</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Lei, Direito e Poder em Guilherme de Ockham*. In: Heleno Taveira Torres (org.). *Direito e poder nas instituições dos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005, p. 188-212.

<sup>83</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 168.

<sup>84</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Lei, Direito e Poder em Guilherme de Ockham*. In: Heleno Taveira Torres (org.). *Direito e poder nas instituições dos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005, p. 188-212.

Ockham fundará o chamado nominalismo filosófico, pelo qual a existência dos seres ditos universais se justifica, apenas, como instrumentos lógico-operatórios, ou seja, eles não possuem realidade própria, tratando-se apenas de abstrações que utilizamos para nos comunicar, importando buscar a realidade concreta dos indivíduos singulares. Pelo fato de caracterizar os universais apenas como “nomes” é que sua doutrina ficará conhecida como nominalista.

Ockham protagonizará a chamada “querela dos universais” com os pensadores ditos “realistas” que acreditavam na existência das estruturas que organizam o mundo e lhe dão sentido. Como não possuímos o conhecimento completo dessas realidades genéricas, criamos conceitos ditos universais, que buscam se aproximar dessas realidades.

A respeito do nominalismo de Ockham, e de como ele influenciará a politização do Poder, desligando-o da teologia, trazemos à colação a lição de Simone Goyard-Fabre:

Por outro lado, os homens, por suas vontades singulares, se revelam opostos uns aos outros e, nessa perspectiva em que se delineia a eventualidade dos conflitos fratricidas dos quais Hobbes fará a própria substância da condição natural dos homens, o individualismo começa sua carreira.<sup>85</sup>

O que importa entender é quanto essa doutrina influenciará o subjetivismo e o individualismo, sendo um passo determinante para que o poder temporal se sobreponha ao poder espiritual dos papas, pois a vontade de cada um – singularmente considerado – passa a ser mais valorizada na medida em que a Cidade humana é um produto destas vontades individuais.

Suas contribuições à política, à epistemologia e até à semiótica são notáveis. É com Ockham que se modifica o discurso jurídico romano para o moderno. Suas questões envolvem a sociedade e a comunidade. A influência de sua doutrina se fará sentir, ainda, no desenvolvimento das ciências, a partir do desenvolvimento da lógica formal, com a Ciência buscando mais apreender a entender a realidade do mundo, através de cálculos rigorosos, que a criar modelos de funcionamento das

---

<sup>85</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 6.

estruturas do mundo, meramente especulativos, tal qual o discurso tipicamente da ciência Aristotélica.

No dizer de Villey, acerca do nominalismo de Ockham:

Disso decorre que os “universais” não têm uma existência para além da *mental* e instrumental; e nós os forjamos livremente. Não lhes pedimos que sejam *verdadeiros* (quer dizer, adequados ao real), mas que nos ajudem a raciocinar, que possibilitem operações sobre os fenômenos singulares, que sejam simplesmente “*operatórios*”, como dizem os estudiosos atuais.<sup>86</sup>

Essa especulação acerca do individualismo e do subjetivismo implicará em ruptura com os modelos da denominada via antiga, tanto no campo político como no campo jurídico. Tudo que está fora da mente é singular, assim se os termos utilizados, como direito e justiça, nada mais são do que convenções, o que o nominalista deve buscar, então, são as realidades singulares, os indivíduos e sua conduta, e o direito deve buscar atender às necessidades prementes destes mesmos indivíduos.

Donde os questionamentos de Ockham acerca do poder dos Papas, que é flagrantemente fundado na estrutura espiritual, na teologia, e não na vontade humana dos indivíduos que constituem o povo. Ockham, porém encontrou inimigos inteligentes no clero, que buscaram desacreditar suas idéias através de um estratagema muito interessante.

As idéias de Ockham acerca da cidade e dos reinos eclodirem da vontade humana herdada da vontade divina, já que nada de transcendente havia na cidade que de resto derivava do poder dado por Deus aos homens. Interpretar a lei de Deus, por outro lado, demanda um esforço pessoal, donde a doutrina, por vezes, atrapalhar a fé na busca da verdade revelada pela Escrituras.

A estratégia de Ockham, como se percebe em sua obra Brevilóquio sobre o principado tirânico, consiste em evidenciar os erros que os eclesiásticos cometem sobre as coisas temporais, erros estes que são amis evidentes, para depois

---

<sup>86</sup> VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito. Os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.132 .

demonstrar que também podem os eclesiásticos errarem sobre as coisas divinas, visto que não são infalíveis.

Como esclarece José Reinaldo de Lima Lopes, acerca da doutrina política de Ockham e de sua concepção de prevalência do poder temporal, exercido pelo imperador, sobre o poder papal:

Em Deus vontade e razão coincidem, mas são ininteligíveis para nós. Trata-se do inalcançável, do infinito, da liberdade e da onipotência absolutas de Deus. Isto, naturalmente, limita toda tentativa de compreender uma ordem universal especialmente uma ordem moral ou uma razão prática à moda tomista. A vida política depende, portanto, não de uma razão humana que participa da razão divina (ordenadora de tudo o que é, como em Santo Tomás), mas de uma razão humana de caráter antes de tudo utilitário e pragmático.<sup>87</sup>

Trata-se, no dizer de Simone Goyard-Fabre, de um “voluntarismo individualista”<sup>88</sup> que encontra eco na obra de Marsílio de Pádua, donde a identificação desses dois autores como a chamada “via moderna”.

Parte das discussões de Ockham com o Papa João XXII que tanto o perseguiu diziam respeito à questão da pobreza dos franciscanos. À ordem franciscana cabia o uso, o usufruto e a posse dos bens que eram de propriedade da igreja Católica. Com efeito, dentro da Congregação franciscana, duas correntes se opunham, os chamados *espirituais*, que interpretam a doutrina de São Francisco se atendo mais aos preceitos fundamentais acerca da pobreza e os chamados *observantes*, que “acomodam sua obediência às 'circunstâncias possíveis'” como ensina José Reinaldo de Lima Lopes<sup>89</sup>. Ainda, segundo esse autor, o Papa João XXII considere hereges os franciscanos espirituais, dos quais Ockham é partidário, embora defenda a ordem franciscana em geral.

---

<sup>87</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 171.

<sup>88</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 7.

<sup>89</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 166.

Como ensina Willis Santiago Guerra Filho<sup>90</sup>, o papa João XXII afirma o poder do papa em criar Direito Canônico novo e, para ele, o direito de propriedade é o principal direito natural ninguém podendo dele abster-se, nem mesmo as comunidades franciscanas, pois o usufruto “ad eternum” se confunde com a transmissão da propriedade e o uso de alimentos e bebidas e outros bens consumíveis confunde-se com o abuso, típico da propriedade. E, ademais, se quem come são os singulares, o franciscano, e não a ordem, a universalidade, então estes não detêm sequer o uso dos bens que são efetivamente dos franciscanos.

A partir da análise lógica e semiótica do uso da linguagem, Ockham demonstrará que existem diferenças que justificam a pobreza dos franciscanos, ao passo que contra-ataca ao Papa, pois entende que este, ao negar a pobreza dos Franciscanos acaba por negar a pobreza de Cristo, sendo portanto um herege.

A sutileza desse discurso fará com que Ockham defenda uma espécie de posse a título precário, o uso do bem sem que nos tornemos escravos do bem, já que o verdadeiro proprietário é Deus. A obra de Ockham, retomando até mesmo idéias de São Tomás, falará da liberdade anunciada pelo Evangelho de Jesus Cristo, em oposição à antiga Lei do Velho Testamento.

Ora, se Deus, em sua onipotência, dá aos homens liberdade, direitos, é justamente através desses poderes que nos são dados por Deus que estabelecemos as leis humanas, o nosso direito, que decorre do consentimento humano à formação dos reinos. Dos nossos direitos subjetivos, assim, surgirão os direitos objetivos, como acentua Michel Villey<sup>91</sup>.

Os franciscanos, assim, possuem um direito em sentido moral, uma permissão de uso decorrente da lei divina, reconhecida pela razão, e não um direito em sentido jurídico, positivado, embora cada ser humano possua direitos –

---

<sup>90</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Lei, Direito e Poder em Guilherme de Ockham*. In: Heleno Taveira Torres (org.). *Direito e poder nas instituições dos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005, p. 188-212.

<sup>91</sup> VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito. Os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.302.

potestades - que devem ser respeitados, ainda que qualquer convenção diga o contrário.

Dentre os princípios mais presentes no pensamento de Ockham encontra-se o princípio da Onipotência divina – que vale só para Deus e não para o papa. Deus é livre para fazer o que quiser. No dizer de José Reinaldo de Lima Lopes<sup>92</sup>, acerca do nominalismo: “o mais fundamental em Deus é sua vontade. Assim o bem e o mal não se definem em si mesmos, mas apenas em função da vontade de Deus. Não há bem ou mal em si, mas apenas bem ou mal positivamente desejados e prescritos por Deus.” Como, portanto, nem mesmo a ordem natural é superior à vontade de Deus, a vontade divina supera a própria razão, nos desígnios de Deus.

Tudo portanto, procede de Deus, até mesmo o que para nós é pecado, já que ele não é devedor de ninguém, salvo se ele mesmo quiser se vincular a alguém. Os males não são males em si mesmos, mas males porque são contra a vontade de Deus que, de resto, é insondável.

Só Deus é necessário, sendo tudo o mais contingente, inclusive o mundo, e disso deriva a finitude da razão humana, que jamais poderá apreender todas as razões de Deus para criar ou modificar as coisas.

Embora o poder de Deus seja absoluto o princípio lógico da “não-contradição”, todavia, vincula até mesmo a autoridade divina, que não fará algo contraditório com aquilo que já fez, donde decorre o princípio da singularidade, pois tudo que existe no mundo exterior é singular e diferente do que já existe. Conforme Willis Santiago Guerra Filho, esse princípio da não-contradição é condição da liberdade de Deus, que é livre, mas não desarrazoado, embora não possamos sondar suas razões. Deve-se optar pela explicação mais simples e, ao mesmo tempo, mais abrangente.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 165.

<sup>93</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Lei, Direito e Poder em Guilherme de Ockham*. In: Heleno Taveira Torres (org.). *Direito e poder nas instituições dos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005, p. 188-212.

Outro fundamental princípio que Ockham enuncia é o da economia nos conceitos – que também fica conhecido como navalha de Ockham – e que vale somente para os homens, que devem se abster de criar conceitos desnecessários, eis que a divindade, que cria as realidades e os conceitos, podendo reinventá-los quando quiser.

De igual modo, a experiência do infinito, sendo inalcançável ao homem, deve ser descartada, reconhecendo-se a insondabilidade de Deus e de outras coisas. Compreende-se, assim, por esse princípio, que não devo analisar mais do que a experiência me traz, deixando de supor estruturas e a natureza das coisas, me atendo apenas ao próprio fenômeno em si.

Como nos ensina Willis Santiago Guerra Filho<sup>94</sup>, trata-se de um princípio epistemológico e não ontológico, já que somente o conhecimento inútil deve ser evitado, os entes, contudo, jamais são inúteis, cabendo à Deus definir sua multiplicação. Devemos evitar supor a existência de entidades, que são contingentes.

Contra o poder dos papas, Ockham afirma que fora da igreja existiu verdadeiro poder temporal, pois em inúmeras passagens da Bíblia, velho e novo testamento, verifica-se que Deus atribui à infiéis absoluto poder temporal, como na passagem : “Cristo, a própria verdade, disse ( Mt 22,21): 'Daí a César o que é de César'. É claro, pois, que Cristo afirmou que algo pertencia verdadeiramente a César.”<sup>95</sup>

Assim era possível, mesmo fora da igreja haver verdadeira jurisdição, autoridade, poder e domínio sobre as coisas temporais, poder este verdadeiramente concedido e ordenado e não apenas permitido por Deus, ainda que se tratem de infiéis. No dizer do próprio Ockham:

Também por estas palavras conclui-se claramente que tiveram poder verdadeiro e ordenado e não só permitido, aqueles aos quais o apóstolo aconselha que os fiéis de

---

<sup>94</sup> Idem

<sup>95</sup> OCKHAM, Guilherme de. *Brevilóquio sobre o principado tirânico*. Trad. Luis A. de Boni. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 100-101.

roma fossem submissos, pois diz, primeiro: 'Poque não há poder que não venha de Deus. Por isso, quem resiste à autoridade, resiste à ordem de Deus'. Ora, tais palavras não podem ser entendidas de um poder apenas permitido, mas não concedido ou ordenado, pois resistir ao poder permitido não é resistir à ordenação de Deus. Os santos antepassados do Antigo Testamento resistiram virilmente ao poder permitido, e por vezes até mesmo o destruíram.<sup>96</sup>

Ockham reconhece, portanto, a soberania dos reinos seculares e também, a idéia de guerra justa contra os opositores aos legítimos governos temporais, a quem Deus reconheceu verdadeiro poder, pois este poder deriva, justamente, da soma das vontades individuais que legitimaram o surgimento desse poder. Ockham coloca o homem como o legítimo produtor do direito.

### 1.5 Marsílio De Pádua e o “Defensor Da Paz”

Marsílio Mainardini, importante pensador do século XIV, nascido por volta de 1.280 em Pádua, Itália <sup>97</sup>, e ficou conhecido como Marsílio de Pádua, nome pelo qual imortalizou-se como um dos maiores pensadores tardo-medievais e precursores da modernidade. Contemporâneo de Ockham, se tornou um pensador conhecido por repensar idéias político-jurídicas, a partir do estudo da obra de Aristóteles, contribuindo para o desenvolvimento de conceitos políticos e jurídicos, como o conceito de soberania, como o conceito de paz, lei, sociedade, cidade (*civitas*), que efetivamente se encontram inter-relacionados na sua obra *Defensor Pacis*, na qual cuidou de, reestruturando tais conceitos, à luz de uma perspectiva aristotélica, impor-se contra o poder clerical nas pretensões deste acerca da usurpação do poder secular do imperador.

No contexto da luta do Papa João XXII com o imperador Luís da Baviera, pelo poder temporal, surge a obra de Marsílio de Pádua, *Defensor Pacis*, alinhando-se favoravelmente ao imperador, e que abalou a pretensão de estabelecimento da *plenitudo potestatis papalis*, que é o sumo poder temporal e espiritual ao Papado.

No final do século XIII a autoridade espiritual papal já se sobrepunha à autoridade temporal do imperador. Tomás de Aquino defenderá que o poder

---

<sup>96</sup> Idem, pp. 102-103.

<sup>97</sup> DE BONI, Luis Alberto. *Filosofia Medieval: textos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p.321.

temporal só existe com o poder espiritual, e se é certo que havia distinção entre eles, também é certo que o campo temporal estava subordinado ao espiritual. De igual modo, o imperador para conduzir o povo, havia de subordinar ao papa que conduzia a todos a salvação eterna. No dizer do próprio Tomás de Aquino:

A fim de ficar o espiritual distinto do terreno, foi, portanto, cometido o ministério deste reino não a reis terrenos, mas a sacerdotes e, principalmente, ao Sumo Sacerdote, sucessor de Pedro, Vigário de Cristo, o Romano Pontífice, a quem importa serem sujeitos todos os reis dos povos cristãos, como ao próprio Senhor Jesus Cristo. Assim, pois, como já foi dito, a ele, a quem pertence o cuidado do fim último, devem submeter-se aqueles a quem pertence o cuidado dos fins antecedentes, a ser dirigidos por seu comando.<sup>98</sup>

Com Marsílio de Pádua, porém, observaremos um rompimento com a supremacia teológica. Sua releitura de Aristóteles consegue libertá-lo da influência escolástica sobre o filósofo grego e o seu pensamento acaba por desenvolver as idéias de Dante Alighieri.

Conforme ensina Luis Alberto de Boni, Marsílio refugiou-se na corte de Luis da Baviera após publicar o *Defensor Pacis*, a fim de não sofrer represálias do Papa João XXII. A publicação da obra, aliás, se deu pouco tempo após visitar a Itália com príncipes Gibelinos, inimigos do Papado. Foi de Marsílio a idéia de declarar deposto o papa João XXII, pelo cometimento de heresias. Tornou-se conselheiro de Luis da Baviera.<sup>99</sup>

Em Marsílio, o conceito de paz, é tão fundamental que consta, justamente do próprio título de sua obra. Retomando as idéias de Aristóteles e suprimindo os conceitos medievais de paz, tão intimamente ligados com a salvação cristã, tão metafísicos, Marsílio defenderá que paz terrena é possível e que a mesma é consequência de uma sociedade organizada pelas leis. Paz, lei e cidade, portanto, são conceitos interrelacionados.

O pensamento de Marsílio, com relação ao tema da paz não encontra precedentes nos autores medievais, tão preocupados em relacionar esse conceito a

---

<sup>98</sup> AQUINO, Tomás de. *Do Reino ou Do Governo dos Príncipes ao Rei de Chipre*. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis:Vozes, 1997, L.I cap. XV, 46, p. 165.

<sup>99</sup> DE BONI, Luis Alberto. *Filosofia Medieval: textos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p.321.

uma moral que conduza à salvação espiritual. A paz, portanto, há de ser buscada na comunidade de pessoas, como corolário da vida em sociedade, como fruto de boas leis e de um governante justo.

Marsílio de Pádua se apropria das idéias de Aristóteles, acerca de sociedade, leis, paz e vida em sociedade, restaurando-as em função de seus interesses confessos, quais seja, contestar a *plenitudo potestatis papalis*.

Ele enxerga como um grande risco à manutenção da paz na cidade, as tentativas do papado de suprimir o poder terreno, temporal, dos legítimos senhores, mormente o imperador, pelo poder espiritual dos papas, que buscam a todo custo intrometer-se nas questões terrenas que não lhes dizem respeito. A transcrição de trecho da obra de Marsílio de Pádua ilustra bem esse ideal:

Daí ser necessário desmascarar o sofisma que existe por detrás daquela causa já mencionada a plenitude do poder pontifical, única em sua espécie, geradora das disputas que ameaçam todas as comunidades e reinos com prejuízos incomensuráveis. Qualquer pessoa tem a obrigação de saber que a utilidade e o bem comum são necessidades indispensáveis a todos, e por isso, a sociedade em geral deve ter um cuidado e solicitude diligentes para consegui-los. Assim sendo, se este sofisma não for desmascarado, essa peste com seus efeitos perniciosos não serão evitados e tampouco extirpados de todos os reinos ou sociedades civis.<sup>100</sup>

A simples ausência de conflito não é suficiente para o bem viver. Marsílio afirma que o governo deve propiciar aos cidadãos a necessária tranquilidade e as possibilidade de se desenvolverem, cada qual em seu caminho, a fim de que se alcance uma vida digna e tranquila para os membros de uma sociedade. Trata-se de observar a *civitas* como um corpo, organizando-a conforme suas necessidades e vocações, permitindo a todos os órgãos seu pleno desenvolvimento. Desse modo, a falta de uma boa organização social, implicará em um problema para a paz da cidade, donde a necessidade de existência de boas leis para bem regulamentar a vida social.

Nesse sentido, o texto de Érica Nishikawa, acerca do conceito de paz em Marsílio: “trata-se aqui de uma paz civil, que consiste na boa disposição das partes

---

<sup>100</sup> PÁDUA. Marsílio de. *O Defensor da Paz*. Tradução e Notas de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1997. pp. 70 e 71.

da cidade, de modo que cada uma delas possa realizar bem sua função, conforme sua razão e instituição”<sup>101</sup>.

Skinner<sup>102</sup> ressalta que o tema da paz na obra de Marsílio está comprometido com sua luta em evidenciar a perda da liberdade das “cidades-repúblicas” de seu tempo. Conforme Skinner, Marsílio sustenta que : “o bom governo e a 'suficiência da vida' devem ser vistos em sua essência, como 'frutos da paz e da tranquilidade', de modo que se os frutos do bom governo estão na paz, os frutos da negação do bom governo não de estar na tirania, que é a “negação do bom governo”.

Observe-se, ainda nesse sentido, a afirmação de Moisés Romanazzi Tôres: “Assim, em Marsílio o conceito de paz (*pax*) integra-se com o de cidade (*civitas*), uma vez que a primeira é simultaneamente instrumento e condição da vida suficiente fundada sobre o "bem viver", ou seja, instrumento e condição do estado de saúde da *civitas*.”<sup>103</sup>

Como é do interesse de todos a manutenção da paz, não apenas no sentido de ausência de conflitos, mas bem entendida como a perfeita organização social, Marsílio põe-se a denunciar como os interesses do papado acerca da usurpação da jurisdição secular pode implicar em uma perigosa ameaça à paz da cidade, contrariando as leis humanas e divinas. Marsílio denuncia que o papado altera o sentido dos textos bíblicos, em seu favor, com o fito de exercer a *plenitudo potestatis papalis* que, de resto, não tem razão de ser.

Marsílio, importa-se, portanto, com o bem viver terrestre, com a necessidade de já neste mundo se obter uma organização em que os cidadãos possam desenvolver suas capacidades. Esse lugar privilegiado é, exatamente, a *civitas*, em que os homens assumem suas posições, organizando-se racionalmente, sob o

---

<sup>101</sup> NISHIKAWA, Érica. *A defesa do império na filosofia política de Marsílio de Pádua*. São Paulo, 2004. 82f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, pp. 16-17.

<sup>102</sup> SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 77.

<sup>103</sup> TORRES, Moisés Romanazzi. *A filosofia política de Marsílio de Pádua: os novos conceitos de pax, de civitas e de lex*. Revista Mirabilia, São João del-Rei, Vitória e São Luís, v. 3, n. 1, 2004. Disponível em <http://www.revistamirabilia.com/Numeros/Num3/artigos/art9.htm> Acesso em 12 de março de 2008.

império das leis divinas e humanas e o fundamento de governar é justamente o consentimento dos cidadãos.

Note-se que o problema da paz é iminente no ambiente medievo em que vive Marsílio. O reino Itálico encontra-se sob fortes conflitos entre os que se alinham ao lado do papa e aqueles que se enfileiram ao lado do Imperador. A ameaça papal, ademais, na visão de Marsílio, pode se estender a outros reinos, donde a necessidade premente da denúncia levada a cabo em sua obra.

Ao que se observa, o apoio de Marsílio ao império é circunstancial. Sua obra, com efeito, pretende levantar-se contra a tirania de qualquer governo, seja essa tirania exercida pelo Papado seja a tirania que possa a vir ser exercida pelo Império. Marsílio vivem um momento histórico em que, todavia, contestar os interesses do clero na *plenitudo potestatis papalis* é fundamental.

Trata-se, assim, segundo Marsílio, de alcançar a paz, eliminando a tirania do papado e mantê-la, em qualquer regime secular, seja no império, seja em uma monarquia. Com efeito, Marsílio parece defender uma “soberania popular” que, todavia, é vista por alguns como apenas uma estratégia para exacerbar o poder do imperador.

De qualquer modo, sua postura anticlerical é fundamental para afirmar o poder secular através de uma fundamentação do princípio da soberania popular, ou através de uma efetiva defesa do império, em que pesem os argumentos que confirmem uma tendência republicana em sua obra.

Esta dificuldade de sua obra é objeto de investigações hodiernas, que ora tendem a colocá-lo como um defensor do império, ora tendem a colocá-lo como um precursor do republicanismo. Tal qual Maquiavel, Marsílio parece valer-se de uma posição imperialista para atacar o papado, mas buscar efetivamente um governo em que o consentimento popular esteja presente.

Marsílio, com efeito, defende a instituição de governos ditos temperados, como a monarquia, a aristocracia e a república, em oposição aos chamados

governos viciados ou corrompidos, como a democracia, a tirania e a oligarquia. Marsílio deixa claro, porém, que a eleição é a melhor forma de escolha dos governos. Nesse sentido a posição de Maria Cristina Seixas Vilani:

As aparentes incongruências das posições de Marsílio podem ser compreendidas, então, pelo menos em parte, pelo contexto em que viveu. Sua solução parecia tentadora para a Itália daquela época: ao mesmo tempo que não abandonava a idéia de um governo popular, a partir de uma perspectiva republicana, tão cara aos italianos, sua defesa do exercício do governo sob uma única autoridade – o imperador – continha uma promessa de estabilidade e paz necessárias não só à Itália como a toda Europa.<sup>104</sup>

A visão de Marsílio sobre a cidade também importa a este estudo, pois ele rompe com a tradição Agostiniana e Escolástica, rejeitando as idéias de duas cidades, uma de Deus e outra terrena, bem como a concepção de cristandade, tão importante na defesa da supremacia do poder papal, uma espécie de império religioso, porém de caráter temporal, diferindo-se portanto da igreja em si mesma, que atinge a todos os cristãos indistintamente e que os obriga a render obediência ao papado onde quer que estejam e sob a autoridade de quem quer que estejam.

Marsílio passa, então, a caracterizar a cidade “como uma sociedade inteiramente natural, que existe somente para a realização de seus próprios fins”<sup>105</sup>, retomando em parte as idéias de Aristóteles para quem a cidade é um todo orgânico, com vistas a um fim que é o bem supremo, que somente se dá na Pólis através da política.

Recuperando a importância da *civitas* na formação da sociedade, em detrimento das noções de Cristandade e de cidade de Deus agostiniana, Marsílio está dando um passo além. Não está apenas conferindo um novo conceito à cidade dos homens, está localizando a política e o poder temporal em seu *locus* fundamental, ou seja, está retirando da vontade divina, da cidade de Deus, a constituição política da cidade dos homens. No dizer de Érica Nishikawa: A

---

<sup>104</sup> VILANI, Maria Cristina Seixas. *Origens medievais da democracia moderna*. Belo Horizonte: inédita, 2000, p. 56.

<sup>105</sup> TORRES, Moisés Romanazzi. *A filosofia política de Marsílio de Pádua: os novos conceitos de pax, de civitas e de lex*. Revista Mirabilia, São João del-Rei, Vitória e São Luís, v. 3, n. 1, 2004. Disponível em <http://www.revistamirabilia.com/Numeros/Num3/artigos/art9.htm> Acesso em 12 de março de 2008.

comunidade política, ainda que cristã, é constituída pela ação imediata dos homens. Daí que a paz, desejosa de qualquer comunidade política para sua prosperidade e manutenção, depende diretamente dos cidadãos que a constituem.”<sup>106</sup>

Conforme Vilani, a concepção de sociedade em Marsílio é “concebida como uma comunidade de seres humanos, universal, e naturalmente ordenada, que se constrói pela razão, tendo em vista o 'bem viver' ”<sup>107</sup>. Ressalta, também, a perspectiva organicista de Marsílio, à moda de Aristóteles, afirmando : “Em outras palavras a sociedade é um todo orgânico que tem como causa a tendência natural do homem à socialização; como origem sua vontade racional e como objetivo a felicidade e o bem estar da comunidade.”<sup>108</sup>

Marsílio vê uma evolução histórica das famílias para as vilas até a cidade, onde se realiza a vida perfeita, tal qual Aristóteles expunha. É essa comunidade natural que permite ao homem se realizar enquanto cidadão. É nela que o homem exerce sua vocação natural à política, e o seu surgimento só poderia se dar de modo natural, quando os homens se encontram em um mesmo local para trocar mercadorias e serviços, objetivando viver bem.

A evolução do poder se dá do *pater familias*, que estende seu poder sobre aqueles que lhe estão submetidos, aos anciões que, nas primeiras vilas, eram os que melhor dispunham acerca do justo e do bem viver, até chegarmos à cidades, em que os diversos grupos sociais acumulam suas experiências a fim de poderem bem julgar acerca de suas próprias vidas, a fim de alcançarem a paz e o bem viver, o que se dá através de uma concepção específica de lei.

A distinção de grupos sociais é importante, pois é dessa divisão que surgirá a cidade, eis que todas as tarefas tem suma importância na constituição do todo orgânico que é a cidade. Todas as atividades visam atender uma necessidade humana, sejam elas nutritivas, financeiras, naturais além das volitivas, próprias do

---

<sup>106</sup> NISHIKAWA, Érica. *A defesa do império na filosofia política de Marsílio de Pádua*. São Paulo, 2004. 82f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, p.24

<sup>107</sup> VILANI, Maria Cristina Seixas. *Origens medievais da democracia moderna*. Belo Horizonte: inédita, 2000, pp. 46-47.

<sup>108</sup> Idem, p. 46-47.

pensamento humano e com as quais os homens podem vir a ter conflitos de interesses, donde a necessidade de se instituir funções judiciárias, administrativas e deliberativas, bem como militares e sacerdotais, a fim de que todas as necessidades humanas sejam atendidas.

Nesse sentido a importância da Lei para Marsílio, pois ela é que ordenará todas as ações a serem praticadas pelas partes constituintes da cidade, pois é fundamental que a cidade tenha um fim único e que, portanto, seja controlada por um único governante. Valendo-se da metáfora do corpo humano, Marsílio explicita que o governante deve ser comparado ao coração. Disto resultará que a cidade se diferencie de um amálgama disforme de pessoas e coisas.

Importa, todavia, ressaltar que Marsílio separa a figura do governante do legislador, eis que o legislador seria composto pelos cidadãos, o chamado “*universitas civium*”, conforme esclarece Érica Nishikawa<sup>109</sup>. Novamente Marsílio se valerá de Aristóteles para justificar que aos cidadãos caberá estipular as leis, citando a obra “Política”. No dizer do próprio Marsílio:

Afirmamos, pois, de acordo com a vontade e a opinião de Aristóteles manifesta na Política, que o legislador ou a causa eficiente primeira e específica da lei é o povo ou o conjunto dos cidadãos ou sua parte preponderante, por meio de sua escolha ou vontade externada verbalmente no seio de sua assembléia geral, prescrevendo ou determinando que algo deve ser feito ou não, quanto aos atos civis, sob pena de castigo ou punição temporal.<sup>110</sup>

É óbvio que tanto para Marsílio como para Aristóteles o conceito de cidadão é bem mais restrito que o da contemporaneidade, pois não estão abrangidas as mulheres, os estrangeiros, os escravos, as crianças e outras espécies de pessoas desprovidas de cidadania.

O que é interessante é que Marsílio dissocia as figuras do governante e do legislador, por entender que a assembléia de homens pode decidir melhor do que

---

<sup>109</sup> NISHIKAWA, Érica. *A defesa do império na filosofia política de Marsílio de Pádua*. São Paulo, 2004. 82f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, p.32.

<sup>110</sup> PÁDUA, Marsílio de. *Defensor Pacis*. In: DE BONI, Luis Alberto. *Filosofia medieval: textos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 336.

um só ou do que alguns poucos. Fundamenta sua tese no fato de que todos os homens tendem ao bem viver e, portanto, o seu conjunto consegue observar, com sensatez, o que é melhor para todos.

Além disso, segundo Marsílio, os homens observam melhor as leis que eles mesmos elaboram e de nada adianta haver leis que não sejam respeitadas. Marsílio, aliás, caracteriza a lei pela sua capacidade de coação, donde uma lei para ser válida deve provir de uma autoridade competente – o povo – prevendo uma medida coercitiva, caso seja descumprida, ou do contrário a lei não passará de um conselho.

A coerção, portanto, é fundamental para o conceito de lei de Marsílio, pois disso justamente implicará a questão a obediência às leis. Ora, dividindo as leis em humanas – aquelas criadas pelo povo - e divinas, que são aquelas impostas por Deus, Marsílio dirá que as leis humanas são as únicas que podem coagir os homens, aqui neste mundo, pois só elas contém uma sanção ao seu descumprimento.

O governante, para Marsílio, deve governar conforme a lei, promulgada pela universalidade de pessoas que também o escolheu, como verdadeiro mandatário de tais pessoas, pois somente onde impera a lei pode haver comunidade política, como já dizia Aristóteles, por ele citado em sua obra: “Convém, pois, que lei regule tudo”.<sup>111</sup>

Desse modo, as leis divinas possuem uma sanção diferida, pois o seu desrespeito só gerará sanção no outro mundo, já que Cristo não autorizou ninguém, conforme as escrituras, a impor sua lei neste mundo. Ao contrário, as leis divinas devem ser levadas ao conhecimento de todos através do amor e não da coação.

Essa separação entre leis divinas e humanas será fundamental para a crítica que Marsílio faz à ingerência do Papado nos assuntos temporais. Donde não caber ao Papa, mas ao Governante, sancionar aqueles que desrespeitam as leis humanas,

---

<sup>111</sup> ARISTÓTELES. *Política* 4, 1292A. Apud. PÁDUA. Marsílio de. *O Defensor da Paz*. Tradução e Notas de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. In. DE BONI, Luis Alberto. *Filosofia medieval: textos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 332.

pois só ao governante foi concedido executar as leis criadas pela universalidade de pessoas, ao passo que cabe somente a Cristo, e não ao Papa, sancionar aqueles que desrespeitaram as leis divinas. E somente no outro mundo e não nesse é que essa sanção chega, pois do contrário Cristo poderia castigar a quem quer que fosse a qualquer momento.

No que tange aos assuntos espirituais, portanto, a função dos bispos e sacerdotes é aconselhar aos homens a viver bem, segundo os princípios Cristão, para viver bem neste mundo e no mundo espiritual. Não cabe ao clero, todavia, impor castigos a quem desrespeitar tais preceitos religiosos, muito menos impor castigos neste mundo material, pois somente a violação de uma lei humana pode gerar uma sanção neste mundo.

A Lei Divina, embora seja a mais importante, e acolha quase a totalidade das ações humanas, somente será aplicada na vida futura, eis que está despida de coação terrestre. Como Marsílio indica, a lei caracteriza-se pela coação e a coação da lei divina é apenas espiritual. Desse modo a lei divina é chamada impropriamente de lei, devendo ser vista mais como uma doutrina de bem viver.

Veja-se, a esse respeito a definição que Marsílio nos dá de lei:

Portanto, a lei é um enunciado ou princípio que procede duma certa prudência e da inteligência política, quer dizer, ela é uma ordem referente ao justo e ao útil, e ainda aos seus contrários, através da prudência política, detentora do poder coercitivo, isto é, trata-se de um preceito estatuído para ser observado, o qual se deve respeitar, ou, ainda, a lei é uma ordem promulgada através de determinado preceito.<sup>112</sup>

A Lei Divina e a lei humana são plenamente conciliáveis, pois a esfera de ação de uma não atinge a da outra, ambas são preceitos que definem a conduta humana, mas as sanções para cada uma delas é diversa, embora quase sempre coincidam. O que as diferencia, sobretudo, é o momento de sua aplicação. Em havendo contradição, todavia, Marsílio ressalta que a Lei Divina deve prevalecer, pois os castigos e tormentas que sua transgressão implicam são eternos e mais aterrorizadores.

---

<sup>112</sup> PÁDUA, Marsílio de. *Defensor Pacis*. In: DE BONI, Luis Alberto. *Filosofia medieval: textos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 324.

De tudo isso Marsílio concluirá que a intromissão do clero nos negócios temporais somente pode causar mal aos homens, pois ao clero compete cuidar da salvação das almas e não interferir nos negócios temporais. Ao clero compete o seu lugar na comunidade que é o de aconselhar através da doutrina da fé o bem viver humano e não divulgar mentiras sobre as Sagradas Escrituras.

Somente um governante escolhido pela universalidade dos cidadãos, com aptidão e retidão para obrigar ao cumprimento da lei e ele mesmo submeter-se à lei, seja uma única pessoa ou um grupo é que permitirá ao Estado encontrar uma unidade, necessária ao exercício da atividade política.

A unidade de poder é fundamental para o bom andamento da vida política do Estado, pois do contrário não se pode saber a quem obedecer, donde a desordem e a guerra. E essa função de governante, por ser a principal atividade do Estado, não pode jamais deixar de existir, pois tal qual o coração é para o corpo, o governante é fundamental à vida da sociedade. Como acentua Raquel Kritsch, acerca desse tema na obra de Marsílio:

Para que o objetivo da vida humana coletiva – a paz e a tranquilidade- pudesse ser alcançado, impunha-se a instituição de uma autoridade que subordinasse os demais membros da comunidade, de modo a preservar a unidade e a harmonia e garantir a permuta dos bens. Para tanto, era necessário um poder único que tivesse sido organizado para o fim de reger a comunidade, sem contrariar com isso as leis divina e natural. O governante, encarregado de administrar a associação política na direção desse objetivo, fosse ele a comunidade dos cidadãos (*universitas civium*), fosse a sua parte mais importante (*valentior pars sua*), tinha autoridade para dirigir todos os seus subordinados e para punir, quando necessário, quem quer que fosse, de acordo com as leis estabelecidas pelo povo que o havia instituído.<sup>113</sup>

Está lançada, acreditamos, a pedra fundamental da teoria da soberania pois Marsílio tenta desacreditar o poder temporal do clero ao passo que enfraquece o poder espiritual desse mesmo clero, eis que sequer impor castigos aos fiéis lhes cabe, visto que somente à Deus é dado castigar na vida futura os que não seguirem sua doutrina. Marsílio identifica a força do governante com a legitimidade da escolha

---

<sup>113</sup> KRITSCH, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 500.

popular, o que o torna um autor moderno, embora esteja inscrito no contexto medieval.

Como esclarece Simone Goyard-Fabre, embora Marsílio ainda não fosse um autor moderno, em sua obra: “o reconhecimento de uma ordem sociopolítica independente da ordem eclesiástica abria, assim, o caminho para a concepção do Estado moderno, cuja soberania logo será apresentada como a 'forma' ou a 'essência'.”<sup>114</sup>.

A separação entre governante e legislador é fundamental. Embora não se trate de uma separação dos poderes, tal qual seria preconizado por Montesquieu, Marsílio efetivamente preocupa-se com “um freio” ao despotismo, por entender que as leis são mais bem elaboradas pela totalidade dos pares do que por uma só pessoa ou por um só grupo.

Marsílio está preocupado, ademais, com a figura do governante centralizador, que detém aquele poder que lhe foi dado pelo povo para governar conforme o império da lei. Marsílio rejeita, portanto, a democracia ateniense, as oligarquias, para reconhecer na figura de um governante do consenso, inclusive na monarquia – mais própria de sua época – as melhores formas de governo. E, embora não rejeite as monarquias hereditárias, Marsílio parece optar pela eleição como melhor forma de condução do governante ao poder.

E o bom governo será aquele que conciliar a legitimidade do exercício do poder, pelo consenso popular, com as boas e desejáveis características que um governante devem possuir, tais quais a bondade para com o povo e a capacidade de liderar conforme a lei e o bom senso, sob pena inclusive de ser destituído de seu poder pela força do consenso popular.

A idéia de Marsílio parecem postuladas em um contratualista do século XVII, tamanha é a vanguarda de seu pensamento. Ele não apenas germina a idéia de soberania, pela concentração do poder nas mãos de um único governante, mas

---

<sup>114</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 9.

ainda preconiza a idéia de soberania popular, eleições e primazia das leis sobre os costumes e a equidade.

Desse modo, não obstante a autoridade encontrar-se centralizada na figura do governante, que está apto a determinar as mais importantes funções e medidas a salvaguardar o interesse do povo, também o governante está sujeito à lei podendo vir a ser destituído de suas funções caso descumpra o que essa mesma lei diz.

Não olvidemos, porém, que apesar da forte tendência de secularização havida em Marsílio, como um autor do contexto medieval, ele ainda chama ao príncipe civil como um “ministro de Deus” designando o Estado como cristão e os cidadãos como fiéis<sup>115</sup>.

Suas concepções acerca de poder influenciarão não apenas a teoria da soberania, mas ainda a teoria da separação dos poderes, pois fala da importância em separar-se a figura do governante daquela do legislador. Sua influência se estenderá até Hobbes e a questão da paz proporcionada pelo governante, que elimina o conflito e impõe a ordem, no exercício do poder Estatal.

De outra parte, tendo em vista sua concepção republicana de eleição e de legitimidade do povo para a escolha das leis, não seria absurdo aproximar suas idéias às de Rousseau, o que somente demonstra como este pensador tardo medieval influenciou enormemente as teorias que cerca o Estado Moderno.

Vemos em Marsílio de Pádua, portanto, um grande passo à consolidação da teoria da soberania que se consolidará em Bodin e que se desenvolverá através dos contratualistas do século XVII.

Passaremos, a partir de agora, a analisar outro pensador que, ora é inserido em um contexto filosófico-medieval, ora é considerado o fundador das idéias filosófico-políticas da modernidade, e que acreditamos ter influenciado tanto quanto Ockham e Marsílio, ou talvez ainda mais, as idéias que povoarão a modernidade.

---

<sup>115</sup> Idem, p. 10.

## 1.6 Maquiavel e o Surgimento da Modernidade

Durante o chamado período medieval o pensamento filosófico ocidental pautou-se, principalmente, pela sistematização teológica dos pensamentos de Platão, no início da Idade Média, com Santo Agostinho e a patrística e, a partir do século XI com a Escolástica que viria, agora no século XIII, com uma retomada do pensamento aristotélico no sistema filosófico-cristão de Santo Tomás de Aquino.

Santo Tomás expõe que um governante deve ser um bom homem, pois de seu caráter e de sua dignidade dependerão sua boa postura política. Conforme nos ensina Darcy Azambuja:

Santo Tomás distingue o poder em três elementos: o princípio, o modo e o uso. O princípio do poder reside em Deus, o poder político vem de Deus, criador de todas as coisas. Mas o modo e o uso do poder vem dos homens, a fonte humana da soberania é o povo. “Compete a toda multidão, ou a alguém em seu nome, ordenar o bem comum”.<sup>116</sup>

Para Santo Tomás a vontade do Governante criará a lei, que devem ser observada conforme correspondam às leis divinas. A ordem celeste, por sua vez, é toda hierárquica, tendo Deus como o único soberano, de tal modo que também no plano humano a ordem social e política deverá hierarquizar-se. Há que se ter mente, como refere Ernst H. Kantorowicz, que a vontade do monarca medieval, Deus e homem ao mesmo tempo, também havia de estar acima da lei, pois “A própria crença em um Direito Natural divino em oposição ao Direito Positivo, uma crença que na época era comum a todos os pensadores, quase necessitava da posição do monarca tanto acima como abaixo da Lei”<sup>117</sup>

Tais pensamentos contribuem para o fortalecimento da idéia de soberania, mas também para manutenção da hierarquização e da imobilidade social durante o período medieval. Quem pretendesse ascender socialmente estaria pecando, pois não estaria atendendo à vontade de Deus de se situar em sua posição hierárquica.

---

<sup>116</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988, p. 57.

<sup>117</sup> KANTOROWICZ, Ernst H., *Os dois corpos do rei: um estudo de teologia política medieval*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 100.

No ambiente filosófico de Santo Tomás desenvolve-se a idéia da “bondade do rei” que se torna um doador desta bondade ao povo. Nota-se, portanto, que a política medieval é orientada pela moral cristã eis que o “bom governo” é exercido pelo rei que é um servo de Deus. No dizer de José Reinaldo de Lima Lopes: “ a vida política é para Tomás isto mesmo: uma busca coletiva de um bem comum, de felicidade.”<sup>118</sup>

Os valores morais e religiosos prevalecem sobre as Instituições, posto que o mais importante para o homem medieval é a salvação divina. É através da correção da vida social e política que o homem pode livrar-se do pecado e atingir a felicidade. Diferentemente de Agostinho, para Tomás a natureza humana é essencialmente boa. Essas idéias perdurarão até pelo menos o século XIV, quando poderemos observar o início da dissolução da *Escolástica*, donde a dogmática concernente às questões da fé integradas às questões da razão começará a enfrentar dificuldades.

O próprio desenvolvimento das idéias aristotélicas por São Tomás, contribui para o surgimento de duas linhas de pensamento a influenciar a doutrina filosófica teológica, avessa a pluralismos pois se pretende dogmática.

As idéias da patrística, reelaboradas a partir das idéias platônicas defendidas pelos seguidores de Santo Agostinho, para os quais haviam dois reinos, o do ser e o do devir e entre eles um profundo abismo, já que no mundo do ser temos a verdade, ao passo que no outro temos meras sombras vão se contrapor sobremaneira às idéias de Santo Tomás, para quem o mundo sensível, do corpo, não impede que alcancemos a verdade da alma. Para Santo Tomás, segundo nos expõe Cassirer, a união alma-corpo, é explicada de forma diversa da doutrina primitiva da igreja: “O homem não é um *mixtum compositum* – um mero composto de dois elementos diferentes e discrepantes. É uma unidade orgânica e atua como tal. Daí não podemos separar as suas atividades racionais do ato de percepção.”<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 146-147.

<sup>119</sup> CASSIRER, Ernst. *O mito do Estado*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1976, p. 131-132.

. É sintomático, nesse contexto de influência árabe, concomitante ao fim do feudalismo e o surgimento da burguesia, o aparecimento de defensores da separação entre filosofia e teologia, assim como não tardarão a aparecer os defensores da separação entre poder temporal e poder espiritual.

O surgimento da burguesia e o desenvolvimento do mercantilismo contribuem para o renascimento humanista dos séculos XIV e XV, prenunciando o pensamento moderno que surgirá a partir de então. O humanismo irá questionar o teocentrismo, até então arraigado na cultura ocidental. Alinha-se a isto uma série de fatores históricos, tais como a guerra dos cem anos, a peste negra, o descobrimento do novo mundo, a reforma protestante e a incessante disputa pelo poder em uma Europa cujas dinastias procuravam se assentar.

O homem começa a sentir-se capaz de dominar a natureza. Nesse ambiente surgirão temas como “a dignidade humana”, desenvolvidos por pensadores como Pico della Mirandola, dentre outros, que valorizarão o estudo da natureza humana. Acerca desse autor, nos ensina Newton Bignotto:

Recusando a hierarquia dos seres, cara aos medievais, Pico concebia o homem como um ser muito superior ao resto do universo, reafirmando com isso não só a natureza privilegiada de nossas relações com o criador, mas sobretudo manifestando uma grande esperança em nossa capacidade de dominar a natureza.<sup>120</sup>

Conforme esclarece Danilo Marcondes, acerca do contexto do humanismo europeu: “o tema da (*dignitas hominis*) “dignidade do homem” adquire um novo sentido, opondo-se ao tema medieval da *miseria hominis* (“a miséria do homem”), o ser caído, descendente de Adão, marcado pelo pecado original.”<sup>121</sup>

Há uma preocupação com o ensino do latim, da oratória, da moral, da política, da retórica. São os chamados *studia humanitatis* substituindo as velhas disciplinas da escolástica. Pensadores políticos como Maquiavel partilharam desses ensinamentos e, influenciado por pensadores humanistas que o antecederam,

---

<sup>120</sup> BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel republicano*. São Paulo: Loyola, 1991, p. 35 ( Coleção filosofia; v. 19).

<sup>121</sup> MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, p. 142.

desenvolveu suas idéias políticas de forma bastante original. Cassirer afirma que Maquiavel foi “o primeiro que quebrou, decidida e inquestionavelmente, a tradição escolástica. Destruiu a pedra angular desta tradição – o sistema hierárquico.”<sup>122</sup>

A concepção de origem divina do poder não é francamente atacada por Maquiavel, que de fato a ignora, demonstrando como a experiência política é uma experiência humana. Com seu relato sobre a experiência ele foge ao debate com a tradição escolástica, mostrando como um príncipe chega ao poder e como se mantém nele.

Considerando superado o sistema hierárquico medieval é lícito afirmar, embora isso não se encontre claramente na obra de Maquiavel, que qualquer um possa ascender ao poder, bem como se manter nele, desde que a Fortuna conspire para isso e a *virtù* se faça presente.

A abordagem de Maquiavel, não obstante o trabalho de muitos autores de obras políticas do fim da idade média, os chamados humanistas cívicos<sup>123</sup>, é de uma originalidade cujos princípios são por demais inovadores. Leo Strauss, citado por Goyard-Fabre o considera “o fundador da filosofia política moderna”. Goyard-Fabre, confirmando o escólio de Leo Strauss nos diz que: “a especificidade do 'moderno' encontra suas primeiras marcas na ruptura consumada por Maquiavel, dessa vez pra valer, com o universalismo teológico que caracterizava o pensamento político medieval”<sup>124</sup>. Universo teológico do qual Ockham e Marsílio ainda erma reféns, como já dissemos.

Com sua obra mais polêmica- O Príncipe - Maquiavel tornar-se-á sinônimo de crueldade, corrupção, imoralidade, perfídia e ignomínia. O estigma perdura hodiernamente, não obstante as excelentes interpretações modernas e

---

<sup>122</sup> CASSIRER, Ernst. O mito do Estado. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1976, p. 153.

<sup>123</sup> A expressão “humanistas cívicos” foi cunhada por Hans Baron, como ensina Quentin Skinner, tendo encontrada ampla aceitação entre os estudiosos deste período. Sobre esse tipo de humanismo, explica Skinner, citando Baron: “A significação decisiva da 'crise política da Itália' nos primórdios do século XV estará, assim, em ter dado origem a 'um novo tipo de humanismo': a um humanismo enraizado em 'uma nova filosofia do engajamento político e da vida ativa' e devotado à celebração das liberdades republicanas florentinas.” cf. SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 93.

<sup>124</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 14-15.

contemporâneas das idéias políticas de Maquiavel, elaboradas por Hegel, Spinoza, Claude Lefort, Merleau Ponty, Leo Strauss, Isaiah Berlin, dentre outros expoentes autores, procurarem desmistificar toda a aura negativa criada em torno daquele que tornou-se conhecido pela alcunha de “o Florentino” , dado o horror que a própria menção de seu nome causou e ainda causa em alguns.

Como nos ensina Skinner<sup>125</sup>, citando Macaulay, “de seu sobrenome cunharam um adjetivo para designar os velhacos” e de “seu nome próprio um sinônimo para o diabo”, eis que, em inglês, usa-se a expressão “old Nick” para designar o diabo.

Em “O Príncipe”, obra escrita em poucas semanas, durante o exílio de seu autor após sofrer perseguições políticas, Maquiavel cria uma nova moralidade. Goyard-Fabre acentua que a radical secularização do pensamento de Maquiavel é fundamental para que ele seja visto como o precursor do pensamento político moderno. Em suas palavras, Maquiavel:

Estabelece uma cisão total entre a Cidade dos Homens e a Cidade de Deus. Considerando que a política pertence a esta terra, ele não procura, a exemplo do idealismo platônico, os fundamentos metapolíticos da política; tampouco lhe atribui, a exemplo de Santo Tomás, uma fonte divina.<sup>126</sup>

Este novo pensamento moral, baseado na sua crítica ao humanismo cívico e nas suas considerações sobre *virtù*, que para Maquiavel, conforme esclarece Skinner é “*todo o conjunto de qualidades, sejam elas quais forem, cuja aquisição o príncipe possa achar necessária a fim de manter seu estado e realizar grandes feitos*”<sup>127</sup>.

Importa a Maquiavel, ainda, a relação existente entre *virtù* e fortuna, a inexorável deusa grega, presente na vida de todos os homens e que tanto seduz aos incautos. Ou seja, o homem passa a viver de forma histórica. Cada ato seu tem uma conseqüência no plano material e a fortuna, tão surpreendente e fatal àqueles

<sup>125</sup> SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 157.

<sup>126</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 16.

<sup>127</sup> SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 159.

desprovidos de *virtù*, pode e deve ser adestrada, sendo pois a maior prioridade do governante.

O homem deve agir para escapar às alterações de sua fortuna eis que para Maquiavel, segundo nos ensina Gabriel Chalita <sup>128</sup> “é tolice esperar a sorte. Tem-se de agir, independentemente desta vir ou não. Afinal, a metade do sucesso depende do esforço do homem. Se vier a sorte, o sucesso será total; mas, não vindo, a metade está garantida”.

Não se imagine, com isso, que Maquiavel sugira cautela. A prudência, para ele, muitas vezes residirá num comportamento audaz. Ter *virtù* é saber ser conduzir-se entre extremos. A *virtù* será esse modo de agir, ao mesmo tempo, prudente e temerário, conforme as circunstâncias se lhe apresentem.

A moralidade preconizada por Maquiavel é descrita pela plasticidade do Príncipe que deverá parecer antes de ser. Maquiavel coloca o Príncipe não só numa posição de paradigma ao povo mas, também, como uma extensão deste povo. Príncipe e povo se complementam, pois o Príncipe representa o povo e para o povo. Em suas palavras:

A um príncipe, portanto, não é necessário ter de fato todas as qualidades supracitadas, mas é indispensável parecer tê-las. Aliás, ousarei dizer que, se as tiver e as utilizar sempre, serão danosas, enquanto, se parecer tê-las, serão úteis. Assim, deves parecer clemente, fiel, humano, íntegro, religioso – e sê-lo, mas com a condição de estares com o ânimo disposto a, quando necessário, não o seres, de modo que possas e saibas como tornar-te o contrário.<sup>129</sup>

O Príncipe deve agir conforme as necessidades estatais, pois só assim, perdurará no poder. Se lhe for necessário faltar com a bondade, deve faltar, pois disso poderá depender a salvação de sua nação. Tudo isso deve ser feito, sempre com vistas aos fins políticos. Eis como sua frase mais célebre deve ser entendida. Os fins políticos justificam os meios, pois ao governante compete manter a unidade do Estado.

---

<sup>128</sup> CHALITA, Gabriel Benedito Isaac, *O poder*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 53.

<sup>129</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, pp.84-85.

Caso o interesse particular do Príncipe sobreponha-se ao do povo, especialmente em determinadas questões, como por exemplo abusar das mulheres dos súditos, o descontentamento popular será inevitável.

Maquiavel, todavia, por conhecer a natureza humana, sabe da tendência que os detentores do poder têm em enveredar para a tirania. Ao dizer que o Príncipe não deva ser bom, Maquiavel não quer dizer que ele deva ser mau. Maquiavel aponta-nos o bom uso da maldade, como princípio ao qual o Príncipe não pode rejeitar.

Trata-se de utilizar o mal para que não se produza um mal ainda maior. Mas não se deve identificar a *virtù* com os vícios, pois o mal só deve ser usado quando a situação assim o exigir. No dizer do próprio Maquiavel:

Pois um homem que queira fazer em todas as coisas profissão de bondade deve arruinar-se entre tantos que não são bons. Daí ser necessário a um príncipe, se quiser manter-se, a prender a poder não ser bom e a se valer ou não disto segundo a necessidade.<sup>130</sup>

Com explica Simone Goyard-Fabre, Maquiavel supera a metafísica medieval em prol da fundação futura de uma ciência política. Em suas palavras, acerca de Maquiavel:

Sem jamais falar o pecado original ou de uma natureza humana que carrega os estigmas da Queda, ele vê no cristianismo a religião que comete o erro de confundir bondade e fraqueza, virtude e humildade. Ele supõe, ao contrário, que existe no homem uma força viva e agressiva que se chama *virtù* e que é totalmente estranha à retidão bíblica. Contrariamente ao catolicismo medieval, louva a força e a audácia das 'grandes feras' que carregam em si o sobre-humano.<sup>131</sup>

Maquiavel não reconhece, por exemplo, na figura de Agátocles, antigo tirano da Sicília, um exemplo de *virtù* principesca, pois não vê nos atos dele uma tendência para o bem de seu povo, nem as virtudes que um príncipe deve possuir, quando isso for possível, tachando seus atos de criminosos, não obstante verifique em Aníbal e Cesare Bórgia, figuras que são exemplos de detentores de *virtù*, apesar de cometerem atos que se assemelhavam ao de Agátocles.

---

<sup>130</sup> Idem, p. 73.

<sup>131</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 16-17.

Maquiavel dirá acerca de Agátocles: “não se pode propriamente chamar de *virtù* o fato de assassinar seus concidadãos, trair os amigos, não ter fé, piedade nem religião. Deste modo pode-se adquirir poder, mas não a glória”<sup>132</sup>

O termo *virtù*, portanto, envolve uma certa moralidade embora muito diferente daquela moral cristã, que teme a Deus. A moral de Maquiavel está relacionada à uma ética do bom governante que governa para o povo, embora sustentando a si no poder.

O Príncipe e o povo se complementam, pois necessitam um do outro. Como acentua Skinner:

Maquiavel assume que 'o povo pede apenas para não ser oprimido', e por isso mal se dá ao trabalho de lhe atribuir um papel minimamente relevante no drama da vida política. Insiste que enquanto o governante 'não roubar à grande maioria a propriedade ou a honra', ela se 'conservará satisfeita' e bastante maleável a suas vontades.<sup>133</sup>

Maquiavel não defende, portanto, o uso indiscriminado da força bruta. O uso da violência deve ser racional, pois de seu bom uso dependerá a prosperidade do estado, inclusive na elaboração de boas leis. O governante, como dito antes, deve parecer mais do que ser, posto que assim poderá ser maleável e continuar a bem exercer seu poder.

Em Maquiavel, o governante, como homem público, não pode parecer um fraco, sob pena de enfraquecer o Poder Estatal, tão necessário a ele, governante, quanto ao povo, na condição de governado. Governante e governados criam uma sinergia que sustenta o reino.

Cumprido ao Príncipe ter *virtù* suficiente para coordenar essa interação. Se Maquiavel ressalta a importância das armas e da arte da guerra não é porque pregue o uso indiscriminado da força física mas porque, observou que aqueles

---

<sup>132</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, p. 38.

<sup>133</sup> SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 146.

reinos que possuíam armas próprias eram melhor sucedidos que aqueles que se valiam de mercenários. Nas suas palavras: “concluo, então, que sem armas próprias nenhum principado estará seguro; aliás, estará inteiramente à mercê da fortuna, não havendo virtù que confiavelmente o defenda na adversidade.”<sup>134</sup>

Ao ceder armas ao povo, aliás, o governante, ainda, estabelece uma relação de confiança com os súditos, transformando-os em soldados, que será fundamental à manutenção do poder estatal. Não podemos esquecer que Maquiavel vivia num ambiente de grande instabilidade política, e que a guerra era uma necessidade primeira para a manutenção do reino. Significante a passagem inicial do capítulo XIV de sua obra “o Príncipe”:

Deve portanto um príncipe não ter outro objetivo, nem pensamento, nme tomar como arte sua coisa alguma que não seja a guerra, sua ordem e disciplina, porque esta é a única arte que compete a quem comanda. É de tanta virtù que não só mantém aqueles que já nasceram príncipes, como também muitas vezes permite que homens de condição privada ascendam ao principado.<sup>135</sup>

A *virtù* do Príncipe não é propriamente um amontado de virtudes. Relaciona-se mais com a idéia de astúcia, com a capacidade que este deve ter para se adaptar às mais diversas situações ocasionadas pela fortuna. Maquiavel sugere a criação de uma moral política, ligada diretamente ao homem, renegando a moral cristã vigente. Skinner nos apresenta o conceito de *virtù* em Maquiavel: “com uma força espantosamente criativa, a chave para que ele 'mantenha seu estado' e se capacite a esmagar seus inimigos.”<sup>136</sup>

O príncipe não pode ser infinitamente piedoso, como quer a moral cristã, eis que, em assim agindo, não só perderá seu poder como também decretará a ruína de seus súditos. O príncipe pode ser piedoso, mas somente quando convier. Maquiavel, sempre rico em exemplos, nos mostra como Cesare Borgia, um dos mais cruéis governantes, conseguiu reerguer a Romanha<sup>137</sup>, De igual modo o príncipe dever ser rígido e até cruel, quando assim a fortuna solicitar que o seja.

---

<sup>134</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, p. 66.

<sup>135</sup> Idem, p. 69.

<sup>136</sup> SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 146.

<sup>137</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, p. 79

Tal princípio, evidentemente, não se coaduna o engessamento político promovido pela moral cristã, que defenderá a piedade cega. O tomismo via na bondade do rei a felicidade do povo. Maquiavel percebe o quão ingênua é esta assertiva e condena, por isso, toda a teoria política até então vigente.

Maquiavel faz uma abordagem realista em sua obra, chegando mesmo a desdenhar de autores que vislumbravam utopias em seus “espelhos de príncipes”, livros que ensinavam os príncipes a governar, muito comuns na época de Maquiavel. Nesse sentido outra passagem significativa de sua obra “o Príncipe”:

Muitos imaginaram repúblicas e principados que jamais foram vistos e que nem se soube se existiram de verdade, porque há tamanha distância entre como se vive e como se deveria viver, que aquele que trocar o que se faz por aquilo que se deveria fazer aprende antes sua ruína do que sua preservação.<sup>138</sup>

Tais escritores, como Thomas Morus e Erasmo de Roterdã, no mais das vezes, dizem como o príncipe e as coisas deveriam ser. Tais obras, como explica Skinner, valorizam o caráter da educação humanista que modela a “vis virtutis” do governante.<sup>139</sup> Como refere Gabriel Chalita: “é notória a preocupação com a realidade atual e não com a realidade ideal e virtual. Maquiavel destoa do pensamento filosófico do seu tempo, não tendo a preocupação de Morus ou de Erasmo de perseguir uma utopia.”<sup>140</sup>

A abordagem de Maquiavel, sendo realista, quase científica, identifica como são as relações políticas de seu tempo e interpreta-as de maneira a identificar a forma pela qual os principados prosperam ou não. Nessa análise, Maquiavel verifica que a moral política e moral cristã, portanto, são incompatíveis e, como ao Príncipe não deve interessar os assuntos religiosos, mas sim aqueles relativos ao Estado, a moral política, baseada no equacionamento da *virtù* e da fortuna, deverá prevalecerá a tudo.

---

<sup>138</sup> Idem, p. 73

<sup>139</sup> SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 143.

<sup>140</sup> CHALITA, Gabriel Benedito Isaac, *O poder*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 50

Como acentua Maurizio Ricciardi, sobre a ação política exitosa na obra de Maquiavel: “é necessário ler os tempos e as suas contínuas mudanças, ainda que a realidade não seja completamente disponível à ação consciente e virtuosa, mas, antes, pelo menos parcialmente, indisponível e submetida ao domínio da fortuna.”<sup>141</sup>

A teoria política medieval, baseada na moral cristã, será, assim, o principal alvo das críticas de Maquiavel, sobretudo no que tange à inflexão de suas opiniões e às relações entre política e religião. Maquiavel quer preservar a prática política vigente, vislumbrando em Fernando de Aragão um dos maiores políticos já conhecidos. É incorreto, portanto, atribuir-se à Maquiavel a pecha de imoral, ou mesmo amoral, pois o que ele propõe é uma nova moral, uma moral política, que afasta a ética de princípios em busca de uma ética de responsabilidade política.

A *virtù* do Príncipe, ademais, não se resume a um conjunto de virtudes e princípios morais que devam orientar a vida deste, como queriam os humanistas que precederam Maquiavel. Neste ponto reside sua originalidade posto que, até então, concorda com os escritores de sua época, a respeito de que a *virtù* “é a qualidade que capacita o governante a realizar seu mais nobres fins”<sup>142</sup>.

A *virtù* consiste em frieza de temperamento, em análise política da situação com vistas à manter a unidade de governo. Não encontramos em “o Príncipe” um conjunto de regras estabelecidas. Maquiavel não enuncia de forma taxativa o que entende por *virtù*. Ter *virtù*, por vezes, implica em ausência de virtude, por mais paradoxal que isso possa soar. A *virtù* reside, desse modo, na flexibilidade da atitude.

A Fortuna e *virtù* andam juntas na medida que aquela é a inevitável contingência e esta o infalível remédio que lhe minora os efeitos. À ação humana cumpre descobrir os novos caminhos que permitam ao homem viver em boa fortuna.

---

<sup>141</sup> RICCIARDI, Maurizio. *A república antes do Estado: Nicolau Maquiavel no limiar do discurso político moderno*. In. DUSO, Giuseppe (org.) *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 39.

<sup>142</sup> SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 151.

Isso, evidentemente, Maquiavel não diz ser sempre possível mas, ao enfatizar o caráter criativo da ação humana, quase sugere ser a *virtù* o elixir para a contingência da fortuna. Como se a vida consistisse em diversas “rodas da fortuna” emparelhadas e a *virtù* fosse essa disposição de se saltar de uma a outra roda, enquanto ainda se está em ascensão.

É significativo em Maquiavel, ao contrário de muitos de seus contemporâneos e de outros que lhe foram posteriores, entender que a maldade, a perfídia, a fraude, estão inscritas na natureza humana. Goyard-Fabre refere a “importância das considerações antropológicas na obra de Maquiavel.”<sup>143</sup> Com efeito não apenas a fortuna, tão imprevisível, mas a maldade humana, tão certa e inexorável, deverão entrar na equação da *virtù*. Nesse sentido, diz Maquiavel:

Os homens tem menos receio de ofender a quem se faz amar do que a outro que se faça temer; pois o amor é mantido por vínculo de reconhecimento, o qual, sendo os homens perversos, é rompido sempre que lhes interessa, enquanto o temor é mantido pelo medo ao castigo, que nunca te abandona.<sup>144</sup>

Assim, a partir do capítulo XVII de sua obra Maquiavel passará a demonstrar que ao Príncipe convém ser mais temido que amado e, nisto, opondo-se a uma longa tradição política que lhe antecedeu, posto que o elo do amor é sempre rompido pelos homens, quando disso lhe resulte alguma vantagem, enquanto que o medo é sempre reforçado pela ameaça do castigo, eficaz na contenção social. Para um povo perverso, portanto, só um Príncipe que saiba usar da perversidade através da *virtù*, pode aplacar a insatisfação humana.

Observamos em Maquiavel, portanto, uma teoria da soberania atípica, já que para ele o que interessa é a manutenção do poder, ainda que isso se dê com fundamento nas armas, na coerção, ou em qualquer outro aspecto menos virtuoso do ponto de vista Cristão, sem que se desprivilegie o interesse maior da sociedade, que somente o soberano com *virtù*, poderá identificar.

---

<sup>143</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 70.

<sup>144</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, p. 80.

Em sua teoria da soberania, portanto, Maquiavel se preocupará com a manutenção do poder, seja o poder de um príncipe, seja o poder da república, que somente pode se amparar em uma estrutura de ordem pública, que deve estar acima dos interesses pessoais do próprio governante. Conforme observa Simone Goyard-Fabre, Maquiavel em sua obra deixa entrever que

A potência do Estado requer as estruturas de um direito público cujas normas sejam coercivas: as 'boas leis' são tão importantes quanto as "boas armas"; e o direito e a força devem cooperar e se compor, razão pela qual é necessário ao príncipe "saber bem lidar com a fera e o homem".

A nós tal teoria da soberania encontrará franco reflexo no decisionismo de Carl Schmitt, séculos depois, e na sua concepção de um governo que decida em última instância, de fato até mesmo criando essa instância, onde há um vácuo normativo, levado à cabo na figura de um soberano forte, que decida sobre o início e o fim do Estado de Exceção.

Maquiavel nos adverte, todavia, mantendo-se coerente à sua moral política, que sempre que possível, é melhor ao príncipe impor medo e amor a seus súditos. O governante, porém, deve saber usar o bem e o mal, sem que qualquer deles lhe seja uma característica, pois nisso consiste a *virtù*, deslocar-se entre extremos.

## 2. A SISTEMATIZAÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA E O SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL

A formação das nações europeias, a partir do século XIV, consolidou-se através da identidade e dos vínculos culturais e de idioma, demandando a formação de vínculos políticos e jurídicos, com os quais as pessoas desejavam formar uma unidade, sujeita a uma só instância de poder, a um único governante. Alguém que traga a paz e que permita aos súditos preocuparem-se com seus próprios afazeres ao invés de buscar guerras.

Ocorre a superação dos diversos ordenamentos jurídicos do Estado medieval, em busca de um ordenamento único, nacional, que passe a regular a vida do cidadão desse Estado moderno. Como assevera Dallari: “as deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do *Estado Moderno*.”<sup>145</sup>

Os Estados passam a delimitar seu território e adquirem sua personalidade, passando a distinguirem-se do Sacro Império Romano Germânico, já em franca decadência. Nesse sentido, *a paz de Westfalia*, que pôs fim à guerra dos trinta anos, em que o império dos Habsburgos irá sucumbir e aceitar firmar tratados com os reinos europeus estabelecendo a formação desses novos Estados, que se pautam pela unidade, pela territorialidade e pela autonomia do poder.

A marca distintiva deste Estado Moderno será, dentre outras, uma evolução da idéia de autonomia que implicará no conceito de soberania. O desafio que se afigurará aos Estados será o de centralizar o poder, superando a sistemática feudal, que tantos privilégios concedia aos barões e senhores. Além disso, cumpre a estes Estados emancipar-se politicamente, frente ao Império e ao poder clerical. Cuida-se, portanto, de criar uma doutrina que justifique o poder interno e o poder frente a outros Estados e a poderes externos.

---

<sup>145</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 70.

Para enfrentar esta disputa com os múltiplos centros de poder da ordem medieval, as nações necessitam de uma teoria que sustente sua autonomia. Mais do que isso, esses Estados necessitam de um novo paradigma jurídico. Esse paradigma encontrará em Jean Bodin um excelente articulador, como nos esclarece Goyard-Fabre:

Assim como Maquiavel na Itália, Bodin, de fato, percebeu na França os defeitos que fragilizavam dramaticamente os reinos de seu tempo: ter por horizonte, no século XVI, ou o império de roma, ou a *Res publica christiana* lhe parecia muito insólito, pois essas duas formas políticas haviam desaparecido.<sup>146</sup>

Nesse contexto a obra de Jean Bodin servirá não só à França mas a todos os Estados europeus que enfrentam problemas semelhantes, buscando centralizar o poder nas mãos de um único governante, sem que ingerências externas possam afetar esse poder.

Passamos, pois, à análise da obra de Jean Bodin, centrando-nos mais nos Seis Livros da República, embora suas idéias já se fizessem clara na obra *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* de dez anos antes.<sup>147</sup>

## 2.1 Jean Bodin e o Início Do Moderno Conceito De Soberania

É com a obra “Os seis livros da república”, todavia, que a teoria da soberania de Jean Bodin encontrará sua expressão definitiva. Datada de 1576, a obra retoma idéias que estão em franca discussão naquele período histórico em que foi elaborada e que, como já vimos, já eram objeto de questionamentos de ilustres antecessores de Bodin, mormente no que se refere às questões que envolviam a “*plenitudo potestatis do papa e do imperador.*”<sup>148</sup>.

Nessa obra Bodin centra sua preocupação em elaborar o conceito de soberania, que até então fora negligenciado pelos pensadores que o antecederam. Nas palavras de Bodin: “é necessário formular a definição de soberania, porque não

---

<sup>146</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 22.

<sup>147</sup> Idem, p. 23.

<sup>148</sup> SCATTOLA, Merio. *Ordem da justiça e doutrina da soberania em Jean Bodin*. In. DUSO, Giuseppe (org.) *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 61.

há qualquer jurista, nem filósofo político, que a tenha definido e, no entanto, é o ponto principal e o mais necessário de ser entendido no trabalho da República”<sup>149</sup> Jean Bodin identifica a palavra “república” com “Estado”, em seu sentido moderno.<sup>150</sup> Não se imagine, porém, que com isso ele seja um republicano, já que em sua obra ficará clara sua preferência pela monarquia.

O seu conceito de soberania, como “poder absoluto e perpétuo de uma República” vai ao encontro das necessidades que o incipiente Estado Moderno reclama, que é justamente a própria organização desse Estado, que carece de paradigmas e que necessita se afirmar ante as disputas do poder que ainda emergem na Europa de seu tempo. Discussões que implicarão na formação do direito público e, em última análise, do próprio direito internacional.

Trata-se, assim, do mais importante elemento do Estado Moderno, aquilo que lhe dá verdadeira feição, transformando a comunidade política e suas estruturas em algo que seja uno, perene e com uma organização particular. Bodin qualifica os demais elementos formadores do Estado, como o povo, o território, as leis em um plano secundário.

Por poder absoluto Bodin irá desqualificar todos os demais poderes que possam influir em um Estado. O poder soberano não encontra poder superior a ele, ou seja, no soberano reside a criação e a transformação da lei, pois nenhuma lei há de obrigar ao soberano, salvo as leis divinas e naturais, evidentemente, pois não nos esqueçamos do contexto histórico em que Bodin está inscrito.

Isso não significa que o soberano se sujeite ao poder eclesiástico. Para Bodin o soberano é absolutamente independente do papa.<sup>151</sup> Sua própria definição de lei divina é bastante obscura, mas quase sempre de acordo com lei revelada nas Sagradas Escrituras. O soberano é súdito, apenas, de Deus, não do papa, pois não depende do Poder Espiritual para governar. Ainda nesse sentido, a lição de Dallari :

---

<sup>149</sup> BODIN, Jean. *Os seis livros da república*. Apud. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77.

<sup>150</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77.

<sup>151</sup> BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 246-247.

Quanto às leis divinas e naturais, todos os príncipes da Terra lhes estão sujeitos e não está em seu poder contrariá-las, se não quiserem ser culpados de lesar a majestade divina, fazendo guerra a Deus, sob a grandeza de quem todos os monarcas do mundo devem dobrar-se e baixar a cabeça com temor e reverência.<sup>152</sup>

A estas limitações de direito natural acresça-se, ainda, a limitação acerca dos contratos que o soberano firma com seus súditos e com terceiros, aos quais sempre ficará obrigado, como aqueles derivados dos chamados “Estado Gerais”. Observe-se nisso uma importante questão, pois o soberano não está exatamente livre para fazer o que queira, pois ainda deve obedecer, ao menos, aos pactos que firmar, pois isso decorre do direito natural. O soberano não é, portanto, a origem do poder, mas um instrumento da lei divina, donde suas leis deverem respeitar a vontade divina. Nesse sentido, também, Bodin defenderá a propriedade privada.

Vale em Bodin, porém, o princípio “*Príncipe legibus solut est*”<sup>153</sup>, eis que o monarca pode reformar as leis que promulgou. Bodin assevera, de igual modo, a impossibilidade dos súditos se oporem ao poder soberano, de resistirem a este, donde se impõe questionar como os súditos podem fazer valer os seus direitos frente ao soberano caso este descumpra seus pactos? Bodin não nos dá respostas seguras quanto a isso, pois acrescenta que o soberano responde perante Deus e não perante o povo.

De qualquer modo, são características do poder soberano, ser superior, ser incondicional, independente e ilimitado<sup>154</sup>. O poder soberano não encontra outro semelhante em determinado território e não é dado sob uma condição, ou seja, é despido de qualquer contra partida. Ao soberano, ademais, compete decidir sobre as questões de estado, de modo que ele não se sujeita, salvo se desejar, aos conselhos de outrem. Não havendo limites, nem de ordem temporal, nem tampouco de comando, o poder soberano assume essas características que lhe são intrínsecas fundamentando o Estado Moderno.

---

<sup>152</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77.

<sup>153</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 117.

<sup>154</sup> BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 236.

Bodin suprime as contendas acerca de como a Lei deve ser interpretada e sobre a última instância decisiva da República, ao criar a figura preponderante de comando, que não se submete a nenhum poder e que submete todos os outros poderes a si, o que implica em um definitivo rompimento com o quadro político medieval, em cujas disputas pelo poder eram tão eloquentes e geravam inúmeras teorias entre os que defendiam o poder do imperador, o poder do papa e o poder dos monarcas. Como ilustra Merio Scattola<sup>155</sup>:

O comando, agora, é o produto de uma simplificação que coloca todas as forças que operam dentro de um território numa linha descendente e dependente do vértice do sumo poder. À doutrina da colaboração, do equilíbrio e do acordo entre estamentos e ordens substitui-se, assim, uma doutrina da concentração do poder nas mãos do soberano.

Não se imagine, porém, que exista na obra de Bodin um nivelamento das figuras burocráticas e de instâncias de poder. Ao contrário, toda a estrutura organizacional permanece inalterada, salvo pelo fato de que todos devam respeitar o soberano. Eventuais outorgas de poder só se dão por um tempo breve, que ou não implicam em transferência ou delegação de soberania, pois a este falta o caráter perpétuo, ou apenas implicam em atribuição de algum poder a algum funcionário, sem que com isso se abra mão da soberania. Como acentua Dallari: “seja qual for o poder e autoridade que o soberano concede a outrem, ele não concede tanto que não retenha sempre mais.”<sup>156</sup>

Importa destacar que embora o soberano esteja no topo da pirâmide da escala de poder, aos magistrados também é conferido poder que poderão exercer sobre os súditos. Tal poder não é apenas uma simples delegação que demande confirmação, mas um efetivo poder distribuído entre os diversos magistrados e funcionários de uma República que, inclusive, pode também delegá-lo na medida de suas competências mas que, todavia, sempre estarão submetidos ao poder de comando do soberano, que de fato detém o único poder indelegável, que é o poder da soberania.

---

<sup>155</sup> SCATTOLA, Merio. *Ordem da justiça e doutrina da soberania em Jean Bodin*. In: DUSO, Giuseppe (org.) *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 63.

<sup>156</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 78.

Já a idéia de perpetuidade do poder é fundamental na teoria da soberania de Jean Bodin, como assevera Alberto Ribeiro de Barros: “O adjetivo perpétuo indica a continuidade que o poder deve ter ao longo do tempo. Se tiver uma restrição cronológica, por mais amplo que possa ser, não pode ser considerado soberano.”<sup>157</sup>

A perpetuidade é fundamental para a questão da soberania, e uma questão efetivamente bem esclarecida quando pensamos em uma aristocracia ou em uma república, dado que o fenômeno da continuidade é de mediana compreensão.

No que tange a uma monarquia, porém, a justificativa deve ser mais bem elaborada. Bodin é tributário de autores e teorias medievais sobre o corpo místico do rei, que não morre jamais, não obstante sua outra natureza, física, mortal. Donde será lícito compreender que Bodin enxerga a perpetuidade mesmo não apenas nas monarquias hereditárias, como afirma Dallari<sup>158</sup>, mas também nas monarquias eletivas, porque a perpetuidade deve resistir enquanto permanece vivo o soberano, transferindo-se de imediato ao novo soberano com a morte daquele, em nada se alterando o próprio poder público da república.<sup>159</sup>

Cumprе esclarecer que o soberano não é um depositário do poder, ou que o poder pertença ao povo. O poder, para Bodin, pertence a um único ser, o soberano. O soberano não é um mero possuidor, a título precário. É efetivamente o detentor exclusivo do poder, donde não se poder falar em soberania quando há limitação no tempo, como nas teorias da soberania em que soberano será o povo, através de um governante.

Cumprе esclarecer que o conceito de soberania, em Bodin, deriva de uma necessidade da monarquia francesa em se afirmar como poder absoluto no seu reino, reunindo noções medievais como *auctoritas* e *potestas*. Essas noções de poder, normalmente eram atribuídas de forma separada, a centros de poder

---

<sup>157</sup> BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 234.

<sup>158</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 78.

<sup>159</sup> BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, pp. 234-235.

diferentes. O papa e o império reivindicavam para si a *auctoritas*, ou seja o poder de definir as leis, ao passo que a *potestas*, ou seja, o poder de executar tais leis, em geral, era reconhecida aos monarcas.<sup>160</sup>

Dessa necessidade de se firmar um único centro de poder, negando a ingerência dos poderes do papado e do império, se arrogando como verdadeira e legítima jurisdição, com o poder último de comando, derivará a idéia de soberania, surgindo como *souveraineté*, com um “sentido equivalente a *superioritas* – para diferenciar a autoridade real, superior e incondicional das outras autoridades do reino, responsáveis apenas pela administração imediata da coisa pública”.<sup>161</sup>

Para Simone Goyard-Fabre, Jean Bodin empreende uma problematização do próprio Direito na República. Mais que um filósofo, Bodin era um político e com sua teoria quis “criar a doutrina que permitiria à monarquia da França consolidar suas bases e promover a ordem e a justiça”.<sup>162</sup> É certo que, como grande conhecedor do Direito Romano, Bodin tenha procurado aproximar a noção romana de *imperium* ao conceito medieval de *plenitudo potestatis*, derivando também deles o conceito de soberania.<sup>163</sup>

A originalidade da tese Bodin, faz com que o seu conceito de soberania seja ainda hoje ensinado a qualquer estudante de direito e de política. Uma tese que ultrapassa as discussões medievais sobre *plenitudo potestatis*, *auctoritas* e *potestas*, e consolida no monarca o poder supremo dentro do reino.

Para Bodin a teoria da “potência soberana” constitui a “essência da República”. No dizer de Goyard-Fabre acerca da teoria de Bodin sobre soberania:

Como tal é tão diferente da soberania medieval que, repelindo o feudalismo e o sacerdociismo, acaba por se opor a ela. Essa mutação profunda da idéia de soberania não é, evidentemente, alheia nem ao movimento político que, no curso dos séculos XIV e XV, provocou a centralização do poder real e determinou a autoridade deste sobre as instituições do reino, nem às guerras civis e religiosas da

---

<sup>160</sup> Idem, p. 165.

<sup>161</sup> Idem, p. 166.

<sup>162</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 22.

<sup>163</sup> Idem, p. 121-123.

época. Mas a força e a originalidade da teoria de Bodin não resultam apenas da consciência que ele toma da insuficiência, na hora da crise, das 'prerrogativas jurídicas de que dispõe o rei pós-feudal'; ela se deve sobretudo à ousadia intelectual com que passa do fato, particular e contingente, ao conceito geral e necessário: 'República', escreve Bodin já na primeira frase dos Seis Livros da república, 'é um governo reto de várias famílias e do que lhes é comum, com potência soberana'<sup>164</sup>

Bodin é, portanto, não só o grande sistematizador do conceito de soberania, aquele com quem o conceito encontrará sua expressão mais perene, mas ainda é um grande articulador do próprio Estado, visto que ao determinar a soberania como potência da república, cria verdadeiro fundamento moderno de identificação do Estado, distinguindo-o de qualquer outro modelo de comunidade, transformando-o em uma "entidade política cuja prerrogativa já não é, como para os reis da Idade Média, jurisdicional, mas legisladora."<sup>165</sup>

Mas se é Bodin o grande articulador do conceito de soberania, que proporcionará à teoria jurídico-política da soberania e do Estado darem um passo decisivo em direção à modernidade, também é verdade que Bodin ainda é um homem agarrado a pensamentos medievos, em parte por conta de , que atrelam suas idéias à "grande lei de Deus e da Natureza". Como afirma Goyard-Fabre, a seu respeito, "Nem um instante Bodin se pergunta o que aconteceria com a potência soberana se Deus não existisse".<sup>166</sup>

Como para Bodin o poder tem uma origem divina, ele acentua que o microcosmo deve refletir o macrocosmo, ou seja, a ordem divina deve ser a inspiração da ordem terrena, donde a necessidade de um único governante, para organizar a sociedade de forma soberana, tal qual Deus governa o universo.

De qualquer modo, com Bodin encontraremos presentes os mais elementares elementos da soberania, seu caráter uno, indivisível, inalienável e intransferível que serão depois objeto de consolidação da escola clássica francesa, que, todavia, deslocará a figura do soberano monarca para o soberano popular, como veremos adiante em Rousseau.

---

<sup>164</sup> Idem, p 23.

<sup>165</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 25-26.

Jean Bodin, no agitado cenário político da França do fim do século XVI, em que a questão religiosa entre católicos e huguenotes está em polvorosa, filia-se aos que são leais à monarquia, embora a questão da tirania da monarca Catarina de Médicis, corolário da influência de Maquiavel, o preocupe demasiadamente.<sup>167</sup> Seus objetivos, assim, são o de restaurar a dignidade da monarquia, superando as questões que incendeiam a França do século XVI e que põe a república em caminho de declínio. Bodin buscará, assim, “dar à monarquia francesa uma base doutrinária na qual conviria que ela se apoiasse a fim de recobrar a sua autoridade perdida e de se consolidar.”<sup>168</sup>

A respeito da aproximação e distanciamento entre a obra de Bodin e a de Maquiavel, vale aqui a transcrição de um pequeno trecho da obra de F. H. Hinsley:

“(…)Bodin admitió com Maquiavelo que sólo la aceptación de una autoridad dotada de un poder central e ilimitado dentro de la sociedad política podría poner fin al caos. Pero, mientras Maquiavelo creía haber dado con esta solución mediante la total liberación de las actividades del príncipe de las limitaciones religiosas externas y las limitaciones consuetudinarias internas, y la aplicación de estas actividades a la obtención y conservación del poder y la expansión para la comunidad, Bodin, un crítico riguroso del absolutismo moral y de la '*raison d'état*' de Maquiavelo, salió a demostrar que ello solo podía conseguirse si consideraba el cuerpo político compuesto de gobernantes y gobernados, integrados de un modo que el anterior credo político no supo llevar a cabo, y si el poder gobernante respetaba las reglas legales y morales.”<sup>169</sup>

Sob esse prisma conseguimos melhor compreender porque ele sustentava a hereditariedade na monarquia francesa, bem como o poder absoluto do rei que não deveria se submeter ao referendo popular e tampouco a partilhar seu poder com barões ou com a igreja. De fato, Bodin estrutura a República de um modo organizado, com uma autoridade suprema que, todavia, encontra seu fundamento de validade na própria estrutura da vida e, em última análise, em Deus.

O Estado, segundo Bodin, deve ser composto por órgãos de aconselhamento do soberano, bem como de magistrados com funções de julgar e até mesmo de Estados Gerais, que são Assembléias populares que permitem ao soberano tomar contato com a multidão.

---

<sup>167</sup> Ibidem, p. 129.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>169</sup> HINSLEY, F. H. *El concepto de soberanía*. Barcelona: Editorial Labor, 1972, p. 105-106.

Disso decorre que o soberano se encontra limitado pelo poder de Deus, expresso nas leis divinas e naturais. A família, assim, constitui o exemplo mais bem acabado de como a república deve se formar. O governante – o pai – não é escolhido pelos filhos. Surge, naturalmente, por ser o escolhido por Deus para o cargo. Como afirma Goyard-Fabre, trata-se de um naturalismo metafísico, que o distancia, que o distanciará do artificialismo de Hobbes e do “locus” da decisão soberana de Carl Schmitt, eis que em Bodin, os princípios da natureza são inexoráveis.<sup>170</sup>

Bodin, com efeito, desenvolve bem a idéia de separação entre a esfera pública, própria do governante, e a esfera privada, salientando a importância da sociedade civil que deve, contudo, ser regulada pelo Estado.

Quanto as formas de Estado, que Bodin entende diferirem quanto a localização do poder, diferindo das chamadas formas de governo que seriam apenas a maneira como o poder é exercido. Bodin destaca três formas de Estado: a monarquia, aristocracia e democracia. Bodin compara as três formas de Estado, destacando as virtudes e os problemas que cada forma em particular enfrenta.

Quanto à democracia ou estado popular, Bodin destaca como vantagens tanto o fato de haver nele um maior respeito à coisa pública e um maior respeito mútuo entre os cidadãos, assim como uma maior liberdade ser atribuída a cada cidadão, já que permanecendo a soberania no povo, todos são submetidos igualmente à lei, sem que haja privilégios a alguns.

Bodin, todavia, desconfia da existência de uma sociedade política igualitária, que em seu ver, inclusive, atenta contra a natureza desigual das pessoas e coisas, suprime a autoridade que é uma consequência natural da existência. A igualdade para Bodin, levada ao extremo, só poderia gerar ainda mais conflitos entre os cidadãos que não desejam, em absoluto serem iguais. A vida social, aliás, demanda

---

<sup>170</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 136.

propriedade privada, que segundo Bodin parece ser incompatível com a plena democracia.

Quanto à aristocracia, conquanto seja o governo dos melhores, dos mais aptos, o que em princípio pode parecer o mais desejável, eis que mesmo nas democracias e nas monarquias um pequeno grupo sempre acaba por obter mais poder que outros, não o é, todavia, para Bodin, que entende não ser esta a melhor forma de Estado, porque buscar pelos mais aptos a governar implicará, sempre, em encontrar um que seja mais apto que todos, donde da aristocracia também decorrer a monarquia.

Disso decorre que Bodin assume, como melhor forma de Estado a monarquia, que para ele elimina conflitos pelo poder, gerando paz e tranqüilidade ao povo submetido a um único soberano. Embora também a monarquia tenha seus reveses, como aqueles gerados pela mudança de um soberano, estes são menores do que os experimentados na democracia ou na aristocracia, sendo certo que a forma monárquica é a mais adequada à idéia de soberania e, também, a mais próxima da lei natural de Deus.

E das diversas monarquias a hereditária é a melhor, por ser mais natural, por evitar conflitos pela disputa do poder, como no caso das monarquias eletivas, dentre outros fatores. A sucessão é regulada pela lei sálica, seguindo os preceitos de leis naturais e divinas. As mulheres estão excluídas do poder, pois segundo Bodin a ginecocracia é antinatural e contrária não só a lei civil mas a própria lei divina, de modo que as mulheres devem ser submissas aos homens em todos os aspectos da vida pública e da vida privada.

Conforme salienta Alberto Ribeiro de Barros, acerca da primazia da monarquia como a melhor forma de Estado para Bodin, embora o exercício da soberania seja possível mesmo em estados populares, leia-se o pequeno trecho a seguir transcrito:

Se o conselho de homens sábios e virtuosos, nos assuntos referentes à coisa pública, é sempre proveitoso quando se trata de decidir, de comandar, de dar uma

direção à nau da República, não é recomendável que o leme esteja nas mãos de muitos. Há uma clara diferença, segundo Bodin, entre aconselhar e mandar. A ordem social é melhor instaurada e mantida se existir uma única vontade no comando dos negócios públicos, se houver um só centro de poder, que detenha direitos exclusivos e seja superior a qualquer outro.<sup>171</sup>

Dentre as formas de governo, Bodin entenderá que a melhor delas a monarquia real ou legítima, com relação ao modo como o monarca concebe a coisa pública, eis que neste governo “o monarca tem um profundo respeito pelas leis naturais, ou seja, pela liberdade natural e pela propriedade dos súditos.”<sup>172</sup>

No que tange à forma como os súditos participam da administração pública, Bodin entende que deve haver um concerto entre as formas popular e aristocrática, estabelecendo-se uma “proporção harmônica” entre as classe sociais de modo a se encontrar o necessário equilíbrio que salvaguarde igualdades e diferenças essenciais ao bom governo da República.<sup>173</sup>

Nesse sentido, portanto, a teoria da soberania em Jean Bodin consiste em um complexo sistema de conceitos que, por vezes, podem até parecerem contraditórios, ao passo que estabelece como soberano o poder que não reconhece nenhum outro a cima de si mas, ao mesmo tempo, que está sujeito a uma obediência à lei divina, sem que, contudo, isso implique em direito de resistência dos súditos ou em necessidade do soberano justificar-se perante alguém.

É, inegavelmente, uma teoria inovadora, já que o contexto medieval embora tenha propiciado o surgimento desta teoria, a sua efetiva sistematização, não obstante os problemas que possa aparentar, só ocorreu a partir de Bodin.

A manutenção de noções desta teoria, ainda nos dias de hoje, demonstra a força argumentativa de Bodin, que em certa medida servirá de modelo para todas as teorias de soberania que lhe seguirem.

---

<sup>171</sup> BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, pp. 322-323.

<sup>172</sup> Idem, p. 323.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 327.

## 2.2 Os Desdobramentos Da Sistematização Do Conceito

Após Bodin, muitas correntes surgirão tratando da questão da Soberania e de qual seria a fonte do poder soberano. O século XVII será pródigo em teorias acerca da soberania, que desviarão a vontade do soberano para a vontade do povo, localizando neste a fonte do poder, ou então, a idéia de que a soberania provém da Nação ou do próprio Estado, donde surgirão várias teorias que nos remeterão a diversas doutrinas acerca da soberania.

Trata-se de um ambiente político em que há grandes discussões acerca de questões religiosas, derivadas do movimento da Reforma e, também, em que se discutem questões que antes não eram colocadas aos pensadores, mormente no que concerne ao descobrimento do novo mundo e de como tratar os habitantes dessas terras.

O desenvolvimento das navegações, do comércio e da economia, por outro lado, estão a demandar novos regulamentos aos juristas, que devem se debruçar sobre questões inteiramente novas como a questão da liberdade dos mares e de tarifações sobre mercadorias.

Além disso, a consolidação dos Estados Nacionais, suprimindo as ordens burocráticas medievais, estabelecendo um poder absoluto dentro do reino, em razão do desenvolvimento da teoria da soberania de Bodin e de aspectos inerentes à esta consolidação, tais como as guerras entre nações, que passam a ter uma dimensão ampliada em relação ao que eram as batalhas medievais entre barões.

Começam a surgir as teorias jusnaturalistas do direito, em franco amparo ao enfraquecimento da influência do Papado na política. Aquilo que era afirmado como lei divina passa a ser descrito como lei natural, que assume o fundamento de direitos que, com o passar dos anos, serão afirmados como fundamentais. Conforme nos ensina José Reinaldo de Lima Lopes, “a nova teoria política e jurídica deve entreter-

se com os assuntos da soberania e do pacto de dominação (sujeição) entre soberano e súditos.”<sup>174</sup>

É o surgimento da modernidade, em um ambiente individualista que se opõe às corporações de ofícios medievais e personalistas, em que o culto à imagem é sentido através das representações pictográficas da burguesia crescente. É um ambiente em que a razão instrumental começa e preponderar sobre a razão prática, ou seja, o indivíduo preocupa-se mais com o dia a dia, com os seus objetivos deliberados, do que com a existência uma razão metafísica que tente nos esclarecer os fins últimos.<sup>175</sup>

O direito contratual passa a ter grande importância nesse ambiente de crescentes negócios e de individualismo e oportunismo. O estilo de pensamento, mais dedutivo do que empírico, será a marca desse momento jurídico, exposto em grandes tratados que acabam por substituir o estilo literário das glosas jurídicas. A exposição “more geometrico” do direito e da filosofia são, também decorrentes dessa nova perspectiva.<sup>176</sup>

O jusnaturalismo florescerá, assim, a partir de tradições jurídicas inglesas, espanholas, prussianas e holandesas que, conquanto ainda possam ser identificadas com a teologia medieval, já nos dão os primeiros sinais de uma crítica que superará a escolástica e o tomismo.

Nesse sentido, como verdadeiros expoentes da teoria jusnaturalista, que influenciarão sobremaneira as teorias da soberania popular, cumpre-nos lembrar os autores espanhóis, da chamada escola de Salamanca, mormente os teólogos e religiosos Francisco de Vitória, Domingos de Soto, Molina, Belarmino e Francisco Suárez.

Esses autores restabelecem concepções naturalistas de política, com base em argumentos aristotélicos, nos quais a vida política funciona como uma resposta

---

<sup>174</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 179.

<sup>175</sup> Idem, p. 180.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 180.

às necessidades humanas, ou seja, há uma legitimidade natural em qualquer poder exercido por homens, sejam eles católicos ou pagãos.

Para esses autores o poder civil encontra amparo na vontade de Deus, mas provém da vontade popular. Suárez, como um precursor da democracia, sustentou que se impusesse limites à autoridade e que o direito de resistência, diferentemente do que expõe Bodin, é legítimo. Suárez é um dos primeiros a estabelecer uma definição próxima do nosso entendimento de direito subjetivo. Para Molina, o poder real é constituído por um poder maior, que é exercido pelo povo, de natureza constituinte, ou seja, inaugurador do poder.

Passemos, pela importância relacionada ao tema da soberania, à análise da obra de Francisco de Vitória, que é tido por muitos como o precursor do direito internacional.

### **2.3 Francisco De Vitória e a Descoberta Da América**

Francisco de Vitória é considerado um dos maiores teóricos sobre a teoria da soberania e da guerra. Vitória é contemporâneo da colonização das Américas e ocupou-se diretamente com o tratamento deferido aos índios pelos conquistadores europeus.

Sua teoria, todavia, acabou por justificar a colonização promovida pela Espanha, já que os seus argumentos sobre o direito de comunicação dos espanhóis acabaram por minar as suas idéias sobre o direito de propriedade dos índios e toda a sua preocupação cristã com a alma destes.

Suas idéias influenciaram fundamentalmente as teses sobre política e direito internacional. Vitória é considerado por muitos mais modernos do que outros que lhe sucederam, como Grotius e Suárez. Suas teses questionavam os títulos de dominação apresentados pela Coroa Espanhola na conquista da América.<sup>177</sup>

---

<sup>177</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.6.

Vitória rechaça as ideias que justificam a conquista da América pelos espanhóis, mormente a do direito de descoberta, da suprema autoridade papal ou do imperador e mesmo o fato de serem infiéis e pecadores. Nada disso justifica a dominação. O que irá, de fato, garantir a presença espanhola na América, segundo Vitória, é a necessidade de levar a fé cristã aos bárbaros.

Trata-se de uma espécie de direito de comunicação que, inclusive, justificaria uma guerra, ou seja, Vitória fundamenta a guerra justa e o direito de intervenção. Sua obra, com efeito está a inaugurar o direito internacional, não obstante a contribuição de Grotius também seja de capital importância para esse ramo jurídico.

Vitória acaba por reconhecer a soberania e independência dos estados, inclusive das nações indígenas, mas atribui-lhe um único direito das gentes. Trata-se da *communitas orbis*: uma sociedade internacional de estados independentes que, todavia, devem respeito a um direito comum, no que diz respeito ao trato com outros estados.<sup>178</sup>

Vitória identifica, em sua obra, a ideia de Estado como Ordenamento Jurídico, de modo que a legislação é fundamental à atividade estatal, eis que a vontade do governante deve obediência às leis, ainda que sejam leis por ele outorgadas. Além disso, Francisco de Vitória acentuará o fundamento democrático da autoridade do soberano, que deve governar para o bem da república, já que recebe o seu poder dela.<sup>179</sup>

As leis, portanto, devem ser em vista do bem comum e não em vista dos interesses particulares dos reis. Curioso ressaltar que nem em Bodin em Grotius encontraremos fundamentos democráticos tão modernos como em Vitória.

Para ele, ademais, a vinculação dos estados soberanos aos Direitos das Gentes é cogente, ou seja, obriga a todos os Estados em suas relações externas, pois tem força de lei independente de um pacto. Vitória chega a conceber a

---

<sup>178</sup> Idem, p. 7.

<sup>179</sup> Idem, p. 8.

*Universalis Respublica* das gentes e, também, a humanidade como um novo sujeito de direito, donde toda a importância da originalidade de sua obra.<sup>180</sup>

Vitória questionará a totalidade dos títulos de dominação espanhóis, ressaltando, porém que o direito de comunicação entre os homens, o direito de evangelizar os infiéis, de defender os convertidos, o direito natural de convivência entre os homens e o direito natural de defender oprimidos justificam a presença espanhola na América e, como nos ensina José Reinaldo de Lima Lopes, esse direito de defender os oprimidos mais tarde será visto como o direito de intervenção humanitária.<sup>181</sup>

Embora Vitória reconheça o direito de propriedade dos índios, justifica a presença espanhola em virtude da ordem natural que baseia-se na liberdade de locomoção e de comunicação das pessoas bens e ideias. Este argumento, segundo Vitória, é suficiente para justificar eventual guerra espanhola contra os índios que forem hostis. Eis, aí, o surgimento do direito internacional e a ideia de uma guerra justa fundada no direito natural.

Ora, sendo a política algo natural, Vitória entende que é forçoso interpretar que os príncipes pagãos são tão príncipes quanto os cristãos, donde não há que se falar, segundo Vitória, em uma prevalência do poder do Imperador Carlos V, que também era rei da Espanha, sobre os índios. Vitória ressalta que os infiéis são detentores de legítimos poderes e que tais títulos de dominação não podem ser opostos. Nesse sentido, expressa Vitória: “nos queda, pues, esta CONCLUSIÓN cierta: *Que antes de la llegada de los espanholes, eran ellos veraderos señores, pública y privadamente.*”<sup>182</sup>

Nota-se aí a sutileza do pensamento de Vitória, que outorga legitimidade ao poder natural desenvolvido pelos selvagens americanos. Idéia essa que embora não fosse totalmente nova, fora bem explorada por Vitória.

---

<sup>180</sup> Idem, p. 9.

<sup>181</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 186.

<sup>182</sup> VITÓRIA, Francisco de. *Relecciones: del Estado, de los índios y del derecho de la guerra*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1985, p. 36.

Com isso desenvolverá uma longa discussão a respeito do direito de guerra, criando uma verdadeira Teoria do Estado de Direito em seu pensamento.

Segundo Vitória é a situação política que limita a condição dos governantes e estabelece direitos e deveres aos governados. A força legislativa é idêntica, seja dada por um rei ou dada por uma República, pois a lei obriga a todos. Cumpre lembrar, porém, que o sentido da palavra República em Francisco de Vitória se opõe ao de poder uno, ou seja, de um monarca.

Uma vez criada a lei, escapa ao legislador a possibilidade de manipulá-la. O Direito das Gentes, por seu turno, obriga a todos. Assim, embora Vitória reconheça a legitimidade das disposições indígenas, esclarece que estas somente poderão prevalecer enquanto não ofendam o Direito das Gentes.

Nenhuma nação, assim, pode considerar-se não obrigada pelo *direito das gentes*, pois ele é legítimo e a todos obriga. O direito é dado pela autoridade de todo o “orbe”. Vitória está legitimando um direito supranacional, no que inaugura a teoria sobre o chamado Direito Internacional.

A lei, como um produto de um ato de vontade humana – seja qual for o modo pelo qual foi produzida – a todos obriga, mesmo aqueles que a criaram; mesmo que estes tenham o poder de desfazer. Ora, essa obrigação não pode decorrer de um ordenamento positivo, mas de algo superior, a chamada Lei Natural, norma cogente superior as próprias normas dispositivas que estejam em um pacto.

Para Francisco de Vitória as relações entre os Estados podem ser organizadas por tratados, pactos e outras formas de direito dispositivo, pois possuem um certo grau de força, mas o que deve realmente ser respeitado são as normas superiores que não dependem de adição legislativa nem de regulamentação dos príncipes – sob pena de, se violadas, causarem verdadeiros transtornos à ordem mundial.

O sujeito do Direito das Gentes é o direito da própria humanidade, que a partir de Vitória também se torna sujeito de direitos. A humanidade é a autoridade, mas não propriamente o juiz, que não se faz presente. O Direito das Gentes decorre da natureza gregária dos homens. E o homem é gregário por necessidade. Vitória usa como justificativa os estudos dos Antropólogos do século XVI, análises das sociedades indígenas, que distinguem as sociedades que possuem regras de agregamento e especialização de grupos nômades que estabeleciam chefias só em tempos de guerra. A tese de Vitória encontra, portanto, supedâneo antropológico.

Assim, decorrendo a ordem política da natureza, todos se obrigam à geração de leis positivas. A natureza determina o Direito das Gentes, nossa linguagem, nossa característica gregária. Essa dependência não é só material, pois o intelecto humano necessita do “outro” para se desenvolver.

Vitória difere, portanto, de Hobbes no sentido de não invocar o “teorema da razão” da lei natural, mas utiliza-se da própria necessidade humana. A lei natural é o que é necessário à vida humana gregária, pois a gregariedade é uma das primeiras necessidades.

O Estado, assim, não é uma invenção, mas algo que a própria natureza aconselha ao homem. Grotius retomará parte dessas idéias quase um século depois, no século XVII, assim como Locke, décadas depois de Grotius. A idéia de Francisco de Vitória sobre Orbe e Direitos das Gentes parece lançar as primeiras idéias sobre uma legislação comum às nações e aos Estados. Uma legislação que não exclui os pactos, mas que com eles não se confunde.

Assim Vitória assinala que os Estados pagãos são tão legítimos, possuem tanta soberania, quantos os cristãos, desde que observados os Direitos das Gentes.

Vitória aborda, também, o “direito de guerra”, criticando algumas razões comumente invocadas pelos governantes e dando outras que, porém, justificariam o direito de guerra, a dominação européia na América e até a subjugação dos índios. .

Vitória é visto como o criador do Direito Internacional Moderno; mas se isso é um mérito também lhe é atribuído o demérito de ser o primeiro grande justificador da dominação americana pelos europeus.

Vitória principia seu trabalho por contrapor as obrigações dos cristãos europeus aos direitos dos que serão evangelizados, os índios, tidos por infiéis. Trata-se de examinar as condições em que se encontravam os índios no momento em que chegaram os espanhóis, questionando os direitos destes sobre as terras, as relações políticas e a vida espiritual destes bárbaros.

Sua tese sobre a falácia “do descobrimento” é deveras interessante, pois ele procura assumir a perspectiva dos índios e não a dos “descobridores”. Vitória observará a relevância de se considerar uma sociedade política pré-existente. Assim, não se justifica a denominação pela idéia de “descobrimento”, pois nada estava perdido. Não se aplica, assim, o “*jus invencionis*”. Vitória não desconfia da natureza humana dos índios, que precisou, postumamente, ser atestada por uma bula papal.

O fato de serem pecadores, não serem cristãos, não é visto por Vitória como justificador da dominação. Não se poderia justificar a dominação, outrossim, pelo Direito Universal do Imperador, pois ele não teria direito sobre um Estado constituído, sob pena de ferir a soberania. Vitória considera os índios um Estado e, portanto, uma organização soberana.

Ele rejeita os argumentos da conquista por vias naturais e por vias religiosas. Mas relaciona os argumentos que justificam a presença e o domínio aos índios. Como bem observa, Luigi Ferrajoli, a aparente universalidade de tais direitos pode ser facilmente desmentida pelo seu caráter assimétrico, eis que os índios não teriam condições de impor aos europeus qualquer dos direitos que Vitória sustenta poder os espanhóis imporem aos índios.<sup>183</sup>

---

<sup>183</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 11.

A questão da evangelização dos índios, contra inclusive a vontade seus pais, seguindo o mandamento de Cristo, expresso no evangelho de São Mateus é colocada por Vitória na obra “De los índios”, *Relección Primera*.<sup>184</sup>

Esses argumentos terão um sentido histórico, pois lançam bases do direito internacional. Não há indícios de que Vitória estivesse comprometido à justificar a dominação. Ele não era um funcionário governamental, mas optou por se manifestar dessa forma, inclusive revendo suas posições anteriores.

Os direitos que poderiam justificar a presença dos espanhóis podem ser assim relacionados: a justificar a presença – um direito internacional de comunicação, pois é da lei natural essa necessidade de se conhecer, viajar, de permanecer, correspondendo à outra parte a obrigação de hospitalidade como condição para a paz entre os povos. E nesse direito de comunicação inclui-se o direito de “pregação”, ainda que os outros não queiram ouvir o evangelho.

O exercício do direito de guerra só é justificável assim, nos casos de “injúria”, ou seja, de violação ao direito natural. A injúria seria não só um ato violento, uma invasão, mas a violação de qualquer direito natural como, por exemplo, o impedimento ao direito de comunicação ou pregação. Houve assim muitos momentos em que o direito de guerra era justificável.

Essa noção de Direito de Guerra existir como retaliação à agressões já está arraigada na cultura da época. A noção de guerra justa surge com a Escolástica. No momento em que se convertem alguns bárbaros, a possibilidade de ampliação da dominação, pois, surge a necessidade de dar-se um príncipe cristão aos que, então, passam a fazer parte de uma comunidade cristã.

Só a resposta a uma ofensa justifica uma guerra. Trata-se de um direito à guerra e não uma obrigação de guerra. Outra justificativa seria a prática, por parte dos índios, de atos de crueldade e antropofagia – que encerra a obrigação de ajuda

---

<sup>184</sup> VITÓRIA, Francisco de. *Relecciones: del Estado, de los índios y del derecho de la guerra*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1985, p. 22.

humanitária por parte dos europeus. Este não seria propriamente um direito, mas uma obrigação, pois Cristo mandou que se cuidasse dos outros.

Surge aí a novidade da intervenção à soberania, para oferecer ajuda humanitária. Conceito importante que ainda hoje é tão bem utilizado pelos Estados Unidos em suas invasões ao oriente médio.

Ele rejeita a idéia de guerra por diferença religiosa, ou pelo desejo de ampliar o território ou pela glória ou proveito particular do príncipe, inferindo que há justiça em uma guerra quando esta for resposta a uma injúria grave. Vitória fundamenta sua tese em Santo Agostinho e São Tomás, explicitando que as injúrias consistem em agressões aos direitos legítimos de evangelização e de comunicação.

Vitória fala também dos direitos na guerra, ou seja, da criação de limites ao direito de guerrear, esclarecendo que em uma guerra é lícito se ressarcir com os bens do inimigo pelos gastos da guerra, bem como é justo vingar-se da injúria recebida, estabelecendo a paz ainda que se tenha que matar inocentes, desde que isso não ocorra deliberadamente, mas por equívoco, salvo se não houver outro modo de se fazer guerra aos que causaram a injúria.

Nesse sentido, pois, entendemos que Francisco de Vitória é um precursor da soberania popular, e da idéia de uma comunidade de Estados Soberanos, sujeita ao direito das Gentes, na medida em que defendeu, até certo ponto, os direitos dos índios do século XVI e, embora acabasse por justificar a dominação espanhola no novo continente, criou, com efeito, a idéia de poderes legítimos mesmo entre os infiéis.

É curioso, porém, que a idéia de uma comunidade de Estados sujeitos ao Direito das Gentes tenha entrado em franco declínio em razão, justamente, do surgimento de uma aporia entre a sujeição dos Estado a um direito comum e a teorização da soberania identificando a soberania interna com o absolutismo do poder, cujos freios da Igreja acabam por sucumbir ante a secularização do Estado e do direito divino, cada vez mais identificado com um direito natural ou um teorema da razão.

Vale aqui, transcrevermos as observações de Luigi Ferrajoli acerca da influência da teoria da soberania de Francisco de Vitória no jusnaturalismo crescente da Europa do século XVII:

(...) a idéia de uma sociedade de Estado igualmente soberanos, porém sujeitos ao direito, a afirmação de uma série de direitos naturais destes Estados e a teoria da guerra justa como sanção – estão na base da doutrina da soberania estatal externa e, mais em geral, da teoria internacionalista moderna como um todo. Cada uma delas assinala uma ambivalência e uma aporia: a idéia da igualdade dos Estados como sujeitos igualmente soberanos está em contraste com aqueles da sujeição ao direito e, ao mesmo tempo, é desmentida pelas suas desigualdades concretas e pelo papel dominante das grandes potências; os direitos naturais dos Estados (...) revelam-se concretamente assimétricos e desiguais (...); finalmente, a doutrina da guerra justa como sanção e atuação do direito não se sustenta ante a lógica da guerra enquanto violência ilimitada e incontrolável, por sua natureza em contraste com o próprio direito.<sup>185</sup>

Passemos, pois, à obra de outro precursor do direito internacional, Hugo Grotius, que analisando a questão da liberdade dos mares nas contendas entre ingleses, espanhóis e holandeses, acabou por estabelecer importantes conceitos de direito internacional e soberania, embora em alguns aspectos sua doutrina seja vista por muitos como um retrocesso se comparada à novidade teórica de Vitória, mormente no que tange às idéias de um direito de se fazer uma guerra justa e de se guerrear com justiça.<sup>186</sup>

## 2.4 Hugo Grotius e a Liberdade dos Mares

Membro de uma família aristocrática, com muitos advogados, a vida intelectual de Grotius começou cedo. Nascido no fim do século XVI, começou a faculdade ainda na adolescência por influência de seu pai; viajou a Paris, aprendeu francês e conseguiu um rápido diploma de Doutor em Leis na Universidade de Orleans. Foi admitido na advocacia holandesa, sendo nomeado para escrever a história oficial da luta das Províncias Unidas para se libertar da Espanha. Nascia aí

---

<sup>185</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002,

p. 15.

<sup>186</sup> Idem, p. 18.

seu primeiro libelo advogando a liberdade dos mares, posição que depois seria revista ao defender os direitos da Holanda frente à Inglaterra<sup>187</sup>

Em razão de sua posição aristocrática, Grotius era partidário da autonomia das províncias holandesas, postulando que o poder do príncipe Maurício deveria ser limitado frente a estas províncias que de resto eram controladas pelos aristocratas, com o apoio dos religiosos arminianos<sup>188</sup>.

Em razão de suas posições políticas e religiosas e das lutas entre arminianos e calvinistas, Grotius acabou preso, sentenciado a prisão perpétua e o poder nacional da Holanda frente a estas províncias foi firmemente afirmado.<sup>189</sup>

Grotius conseguiu fugir da prisão e instalou-se na Corte de Luis XIII, na França. Em 1625, durante um período de grande pobreza, Grotius escreveu uma de suas mais conhecidas obras *De Jure Belli ac Pacis*, ou “as leis da guerra e da paz”, na qual Grotius desenvolve uma transição entre o direito natural escolástico para o direito natural moderno, que acaba por principiar uma teoria do Estado com forte apelo à afirmação do Direito Internacional. No dizer de Luigi Ferrajoli:

(...) a Hugo Grotius que se pode fazer remontar a primeira formulação daquele 'princípio de efetividade', que se tornará o postulado teórico e metodológico da ciência internacionalista e que concretamente equivale à falácia naturalista do achatamento do direito sobre o fato.<sup>190</sup>

Outra importante obra sua *Mare Liberum*, já havia sido publicada anonimamente em 1609, na qual Grotius confirma ser tributário das idéias de Francisco de Vitória.<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> MORRIS, Clarence. (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 73.

<sup>188</sup> Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p. 188-189: “As províncias Unidas adotam em geral o culto calvinista e passam a perseguir ou proibir o culto católico. Em seguida, o próprio culto calvinista começa a dividir-se e dentro dele surge a questão arminiana.(...) O programa dos arminianos é um humanismo tolerante, irenista (pacifista), erasmiano Entre os arminianos estão dois representantes do jusnaturalismo nascente: Althusius e Hugo Grócio”.

<sup>189</sup> MORRIS, Clarence. (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 74.

<sup>190</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 17.

<sup>191</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo 2002, p.189.

Tal qual Vitória, retomando argumentos aristotélicos, fala da sociabilidade como pressuposto fundador do Estado. A necessidade natural dos homens de viver em sociedade, observa, garante a liberdade dos mares, pois tal direito decorre da natureza humana. Nesse sentido, as palavras do próprio Grotius:

Quanto ao homem feito, capaz de reproduzir os mesmos atos a respeito de coisas que tenham relações entre elas, convém reconhecer que possui nele mesmo um pendor dominante que o leva ao social, para cuja satisfação, somente ele, entre todos os animais, é dotado de um instrumento peculiar, a linguagem. É dotado também da faculdade de conhecer e agir, segundo princípios gerais, faculdade cujos atributos não são comuns a todos os seres animados, mas são a essência da natureza humana.<sup>192</sup>

Para ele o direito natural não se confunde com o direito divino voluntário nem com o direito humano positivo. É um direito ditado pela “reta razão”, que nos é dado conhecer por Deus, que nos permite observar se uma ação está imbuída de deformidade ou necessidade moral.

Para ele o direito das gentes pode indicar regulamentos voluntários estabelecidos entre os Estados ou pode falar de Direito Natural. A lei natural é lei em sentido próprio, e não apenas um teorema da razão, donde ser lícito distinguir entre agressão e retaliação a uma injusta agressão. De qualquer modo, Grotius está justificando que o direito das gentes seja imposto pelos mais fortes atores do cenário internacional. Nesse sentido, a oportuna lição de Ferrajoli:

Grotius, de fato, torna o direito das gentes autônomo não apenas em relação à moral e à teologia, mas também em relação ao direito natural, definindo-o (...) (o que por vontade de todas ou muitas gentes assume força de obrigação) : ou seja, como aquele cuja força obrigatória depende do consenso de todos ou da maior parte dos Estados e, mais exatamente, daqueles que Grotius chama de *moratiores* ( mais civis).<sup>193</sup>

No Livro I, Grotius trata a respeito da legitimidade da guerra. Sua resposta é positiva, sim a guerra é compatível com a Lei Natural já que a natureza atribui a

---

<sup>192</sup> GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004 – Vol. I, p. 38-39.

<sup>193</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 17-18.

todos animais os direitos ou meios de defesa e na particularidade da espécie humana que na sua sociabilidade proíbe só a violência que é contrária a sociedade.

Há exigências próprias da espécie humana – que é racional e sociável – que justificam a guerra. A guerra pode ser considerada justa, pela história, pelo consenso entre os povos e pelo direito das gentes e até mesmo no Direito Divino Voluntário, elaborado antes do Evangelho, em que não há uma oposição à guerra.

E até mesmo no evangelho, Grotius encontrará argumentos favoráveis à guerra, ou pelo menos que a permitem, fazendo uma longa digressão a respeito disso. Os preceitos evangélicos que condenam a guerra pelas escrituras seriam conselhos e não preceitos imperativos. Grotius acentua:

Eu afirmo que jamais foi recusado o batismo ou foi separado da comunhão da igreja aquele que se dedicava às armas, o que, no entanto, deveria ter sido feito e o teria sido, se o estado militar tivesse sido incompatível com as condições da nova aliança.<sup>194</sup>

Segundo Grotius, as guerras podem ser públicas, que são as que ocorrem entre o poder soberano de cada Estado; particulares, que esboçam conflitos entre súditos; ou mistas, que são aquelas em que particulares lutam contra o poder soberano de um Estado.

A guerra para Grotius não é particular ao Estado. Sua concepção de guerra assemelha-se ao mundo clássico. Seu conceito de guerra é bastante amplo. Quanto à guerra particular essa denominação faz sentido na medida em que o Estado não tenha condições de decidir o conflito de um modo jurídico. Nesse sentido:

Há, contudo, circunstâncias em que esta liberdade existe agora ainda, quando não se pode recorrer à justiça, pois a lei que proíbe reclamar seu bem por outra via deve ser entendida de modo conveniente, com essa restrição que confere o meio de se munir perante o juiz. A via judicial pode cessar momentaneamente ou de modo absoluto. Momentaneamente, quando não se pode esperar o socorro do juiz sem se expor a um perigo certo ou a um prejuízo. De modo absoluto, pode ocorrer de direito ou de fato. De direito, se nos encontramos em lugares que não há mestres, em pleno mar, num deserto, em ilhas desabitadas e em qualquer outro lugar, onde não houver

---

<sup>194</sup> GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004 – Vol. I, p. 148.

cidade. De fato, se as pessoas não querem se submeter ao juiz ou se o juiz se recusa abertamente a tomar conhecimento do assunto.<sup>195</sup>

Ao longo do livro, Grotius apresenta mais de uma noção de soberania. No final do livro I temos uma distinção entre dois tipos de soberania. Esta distinção tem conseqüências de ordem jurídica e política. A soberania como atributo comum a todos os Estados e a soberania como propriedade que pode estar presente em diferentes sujeitos e que depende da organização de cada Estado. Há, assim, a soberania comum e a soberania própria:

Assim, pois, o objeto comum da soberania será o Estado, tomado no sentido que acabamos de salientar. O objeto próprio será uma pessoa única ou coletiva, segundo as leis e os costumes de cada nação, 'o primeiro poder do Estado', segundo Galeano, no livro VI dos preceitos de Hipócrates e de Platão.<sup>196</sup>

Essa divisão corresponde ao Direito Internacional Público e o Direito Constitucional, respectivamente. Um Estado pode continuar sendo reconhecido pela comunidade internacional independentemente das alterações da soberania própria, das alterações da forma pela qual o poder é exercido.

É certo que Grotius reconhece como poder soberano os atos que “não dependem da disposição de outrem, de modo a poderem ser anulados a seu bel-prazer(...)”<sup>197</sup>. Simone Goyard-Fabre realiza uma dura crítica à sua teoria da soberania. Pede-se vênia para transcrevê-la:

O fato é que o princípio de independência da soberania se deixa subsumir, ainda que metodologicamente, pelas categorias da razão humana. Essa mudança de categoria indica não que o homem é a medida de todas as coisas, mas que não é filosoficamente necessário inserir a soberania numa doutrina teocrática que deduz seu conceito da vontade divina absoluta e impenetrável. (logo, irracional). (...) Ocorre que, para ele, a idéia do direito – e, portanto, a idéia do direito de soberania – não se pauta por uma razão que seria, como se pensou muito tempo, serva da lei divina. (...) De fato o procedimento de Grotius é ainda desprovido de segurança (...) é o de um pensador entre dois mundos que, ainda, fascinado pelas teorias teológico-naturalistas das quais Bodin (...) lhe parece ser um representante, vislumbra, sem lhes dar ainda uma adesão plena, as potências de que está prenhe a racionalidade do pensar humano.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> Idem, p. 160.

<sup>196</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 175.

<sup>198</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.151-152.

Em sua discussão acerca da soberania Grotius tratará de mostrar que a soberania pode ser transferida e de que ela nem sempre reside no povo, pois se é lícito a alguém se sujeitar a outro, também é lícito a um povo sujeitar-se a alguém.<sup>199</sup> Sua argumentação acerca da soberania não é precisa como a de Bodin, e ele faz inúmeras concessões teóricas como a alienação e a divisão da soberania. Com efeito, sua teoria da soberania é melhor entendida a partir de suas observações sobre o que considera a guerra justa.

Após a discussão da soberania, a obra de Grotius apresenta um debate acerca dos conflitos internos da legitimidade, ou não, do poder soberano e da resistência a ele. Grotius, de um modo geral, não reconhece o direito de resistência do indivíduo ou dos súditos, a não ser em certas situações excepcionais, nas quais o governante viole as atribuições próprias do poder soberano.

Isso, porém, nos leva a inferir que Grotius entende que o detentor do poder está plenamente identificado com o próprio Estado. Quando ele estabelece as exceções que nos permitem rebelar contra os detentores do poder soberano mostra que, aí, eu não estarei me rebelando contra o próprio Estado, pois o poder soberano dele divorciou-se.

Na segunda parte de sua obra, ele analisa de forma complexa as condições que caracterizam a legalidade da guerra, fazendo uma longa discussão sobre as causas da guerra. Antes de principiar a falar da guerra, porém, ele faz uma longa exposição sobre o que são direitos, eis que entende que as guerras surgem a partir de violações destes. A guerra se desenvolve porque o acesso a uma decisão emanada de um poder comum é inviável.

Já no capítulo I do livro II ele falará das causas que justificam a guerra e que se diferem de causas movidas por outros interesses, que não “por um princípio de justiça”<sup>200</sup>. Se esses princípios são comuns às guerras públicas e privadas, Sêneca nos adverte da criminalidade da guerra sem motivos que se assemelha a um

---

<sup>199</sup> GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004 – Vol. I, p. 178 et. seq.

<sup>200</sup> Idem, p. 281.

homicídio, a um roubo. Citando Santo Agostinho, Grotius adverte “suprimi a Justiça e o que restará aos impérios se não um grande banditismo”.<sup>201</sup>

Trata-se de poder diferenciar o Estado de um simples grupo armado. É o “Reito governo”, que estabelece padrões de justiça e que determinará essa distinção.

Grotius se esforça para distinguir a ação de grupos armados da uso legítimo da força, da guerra justa. Afirma que não pode haver outra causa legítima de guerra a não ser uma injúria indevida. A iniquidade da parte adversa justifica o uso da força. Mas quais são essas injúrias? Grotius diz que são tantas as causas quanto guerras possíveis. Grotius amplia, consideravelmente, as causas que justificariam uma Guerra, se o compararmos a Vitória: “tantas forem as fontes de processo, tantas serão as causas de guerra, pois onde as vias da justiça fazem falta, a guerra começa.”<sup>202</sup>

Grotius só admite as guerras ditas preventivas em condições especiais. Para ele as guerras têm naturezas defensivas ou punitivas. A lesão que esteja prestes a se consumir ou já consumada, a direito próprio ou comum. Ameaças, riscos e outras condições irão justificar a guerra, mas o perigo presente e certo se faz necessário.

Ao explicar o que é o “perigo presente e certo”, Grotius acentua a importância de se destacar aquilo que tende às vias de fato. Grotius recomenda a prudência nas ações preventivas. As ameaças futuras não podem ser reprimidas com guerra se, pois, há ainda condições de se resolver por outro modo o problema. O agir primeiro nem sempre será justificável.<sup>203</sup>

O uso da guerra preventiva é refutado por Grotius, sob alguns aspectos. Após caracterizar que a injúria - o contrário de jus - é o que justifica a guerra, será necessário estabelecer o que seriam as aquisições de direitos, estabelecer uma

---

<sup>201</sup> Ibidem, p. 283.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 284.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 288-289.

teoria sobre esta aquisição. O que nos levará a uma teoria sobre a formação da propriedade.

Segundo Grotius os homens são os titulares, em comum, de toda a natureza. Note-se que esse pensamento acabará por influenciar Locke. Grotius, porém, desenvolverá seu conceito de propriedade de forma mais breve que Locke.

As formas de aquisição da propriedade decorrem do desenvolvimento histórico do homem, que não permaneceu nos modos simples. Sua visão do desenvolvimento humano passa por exemplos bíblicos. Alguns bens permanecem de uso comum, por serem insuscetíveis de apropriação. Outros são suscetíveis de apropriação, mas ainda não foram apropriados.

Há diversos modos de aquisição de propriedade descritos por Grotius, desde os mais primitivos até outros que se tornaram institutos consagrados. Ele prevê como formas de aquisição de direitos sobre coisas e, também, sobre pessoas, que elenca como nas hipóteses de geração de uma pessoa (fonte do poder paterno), de consentimento (contratos, pactos de sujeição) e de prática de crimes por indivíduos ou povos.

Nessa idéia de sujeição por consentimento, como nos casamentos, temos uma teoria contratualista que ultrapassa os limites clássicos da teoria contratualista, tal como vemos em Rousseau, pois implicará em aceitar pactos de servidão firmados por indivíduos e até por povos.

Sua justificativa à escravidão passará por argumentos que encontram razões no fornecimento de subsistência ou, até, na prática de crimes. Sua discussão sobre direitos surge a partir de questionamentos sobre a noção de guerra justa.

Nos capítulos XI e XII do Livro II do “direito da guerra e da paz”, traz uma complexa explanação acerca das promessas e dos contratos, que são interpretados por Grotius como exigíveis quando feitos através do uso da razão, ainda que não contenham obrigações equivalentes.

A partir da discussão sobre a aquisição de direitos ele passará a discutir a transferência de direitos, não só entre indivíduos, mas também entre povos soberanos. Grotius está considerando a guerra não só um esforço para evitar uma injúria, mas também no sentido de punição. A violação de um contrato, também deve ser entendida como uma injúria.

Tem-se a consideração de que as partes envolvidas no conflito, pelo Direito Natural e pelo Direito Voluntário são aptos a agirem como juizes e executores da própria pena. A falta de Tribunal comum não obsta a aplicação da pena.

A fonte do poder de punição do Estado deriva do direito de cada indivíduo a impor a punição, inclusive a estrangeiros e a nações estrangeiras.

Isso estará também em Locke – tese de jurisdição recíproca. O direito natural ao ser defendido, mesmo que não haja um Estado jurídico regulador, permite a cada indivíduo ter sua jurisdição, ou seja, julgar e aplicar o próprio Direito Natural.

Grotius vê nas relações Internacionais, nos Estados Independentes, soberanos, mas que são sujeitos à uma lei comum que é, antes de mais nada, a Lei Natural e, depois, por tratados que só obrigarão as próprias partes. A Lei Natural, contudo, obriga a todos. Isso justifica a jurisdição recíproca, inter-estados.

Para Grotius, finalmente, o objetivo do homem não é a guerra, mas a vida no Estado. Podemos notar a influência Aristotélica em sua obra. O fim acessório é a paz. O direito de guerra, assim, visa assegurar uma paz; seu direito de guerra implica no direito de intervenção dos Estados e até na intervenção à ordem interna, em certos casos. O caráter de racionalidade e sociabilidade é o que deve pautar as relações internacionais.

### 3. OS CONTRATUALISTAS DO SÉCULO XVII E AS DISCUSSÕES MODERNAS

Cumpre-nos agora, ainda que brevemente, tratar de como a teoria da soberania inicialmente moldada na figura do monarca se ajustou à soberania popular ao longo do século XVII, atravessando toda a teoria do absolutismo político.

#### 3.1 Thomas Hobbes e a Guerra De Todos Contra Todos

Thomas Hobbes, filósofo inglês do século XVII, egresso de Oxford, é conhecido, principalmente, por sua obra mais famosa, o *Leviatã*, em que lançará uma complexa teoria contratualista de Estado, identificada por muitos como a que melhor atende aos requisitos daquilo que se pode chamar de pensamento político moderno.

Hobbes, tal como Bodin, lista quais seriam elementos caracterizadores da soberania em um Estado. Hobbes principia por falar do Estado instituído, definindo este Estado pelo ato que ocorre quando:

(...) uma *multidão* de homens concordam e *pactuum*, cada um com cada um dos outros, que a qualquer *homem ou assembléia de homens*, a quem seja atribuído pela maioria o poder de *representar* a pessoa de todos eles (ou seja de ser seu *representante*), todos sem exceção, tanto os que *votaram a favor dele* como os que *votaram contra ele*, deverão *autorizar* todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens.<sup>204</sup>

Da instituição desse Estado derivarão todos os direitos do soberano, como a questão da inalienabilidade do poder soberano, da total sujeição dos súditos ao soberano, eis que o pacto não é firmado pelos homens com o soberano, mas entre os homens cada um com cada um, donde a impossibilidade deste soberano romper este pacto.

Isso conferirá ao soberano um efetivo poder absoluto, pois não há soberania antes do surgimento do pacto, do qual, aliás, o soberano não fez parte. A soberania surge do pacto e com o soberano, donde a sujeição dos súditos deve ser de tal

---

<sup>204</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 108. Coleção "Os pensadores".

forma total, pois que cada um faz parte do próprio soberano, como a famosa ilustração do livro *Leviatã* nos leva a supor. Um soberano cujo corpo é formado por diversos outros homens. Não é à toa a utilização da expressão corpo político (*body politic*) em sua obra, como nos revela Mario Piccinini.<sup>205</sup>

Hobbes relaciona diversos argumentos em prol da intangibilidade do soberano, tudo em respeito ao pacto, pois aqueles que transferiram seu poder ao detentor do poder soberano o fizeram pela paz e segurança, devendo agora obedecer a ele e à tudo o quanto esse dispuser, sendo-lhe lícito censurar aqueles que julgar merecedores, estabelecendo normas e aplicando estas.

Hobbes vê na figura do soberano o fundamento do Estado, pois que antes dele os homens vivem em uma sociedade de todos contra todos, onde não há lei civil, onde todos tendo direito a todas as coisas equivale a dizer que todos tem direito a nenhuma delas. É através do soberano, portanto, que se consolidará o direito de propriedade.<sup>206</sup>

Além das competências legislativas, administrativa e jurisdicionais, é atribuído ao soberano de Hobbes, também, o direito de “fazer a guerra e a paz com outras nações e Estados”<sup>207</sup>. É do soberano, portanto, a incumbência de iniciar e terminar uma guerra, sempre com vistas à paz de seu povo, determinado o que melhor se pode fazer para concluí-la em benefício dos seus súditos.

A criação do Estado, em um pacto de todos contra todos, é a constatação que Hobbes faz de que a força não é eficaz para dar conta das relações políticas, pois se nos pautássemos apenas pela força atingiríamos a guerra de todos contra todos, em que a segurança não existe, em que não há divisão de trabalho e, em suma, em que não há sociedade.

---

<sup>205</sup> PICCININI, Mario. *Poder comum e representação em Thomas Hobbes*. In: DUSO, Giuseppe (org.) *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 123.

<sup>206</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 110. Coleção “Os pensadores”.

<sup>207</sup> Idem, p. 110.

Hobbes parte do pressuposto de que todos são vulneráveis no estado de natureza. Há uma igualdade em nossa vulnerabilidade<sup>208</sup> que nos remete a criar um pacto de todos contra todos, onde se cria um Estado forte que poderá sempre garantir a paz contra revoltosos que queiram romper o pacto.

É importante compreender na doutrina de Hobbes que a paz não é apenas uma ausência de conflitos, assim como a guerra não é apenas a luta real<sup>209</sup>. Trata-se de um estado de paz que parte de uma disposição das pessoas para a tranquilidade, rompendo com a permanente desconfiança que possa existir entre os homens.<sup>210</sup>

Dentre as origens da discórdia humana, a gerar o estado de beligerância total, Hobbes arrola três causas principais, a saber: “De modo que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; terceiro, a glória.”<sup>211</sup>

Essas causas gerarão a guerra de todos contra todos onde o Estado não se fizer presente. Pela competição, os homens atacam os semelhantes objetivando o lucro, usando da violência para se assenhorem dos bens alheios. Por medo, os homens atacam com medo de serem atacados. O pavor que os envolve os leva a prevenir um ataque futuro, incerto e irrazoável. Pela glória, os homens lutam a fim de manter sua reputação, por quaisquer diferenças de opiniões, por qualquer sinal de desprezo.

A questão da guerra de todos contra todos não deve ser vista, contudo, como meramente retórica. Hobbes a utiliza como paradigma do caos político. Ele não está, efetivamente, a retratar um período histórico em que tal situação tenha ocorrido<sup>212</sup>, mas é certo que sua argumentação encontra, na metáfora da guerra de contra todos, um excelente suporte demonstrativo do que é a ausência de um poder que garanta a soberania do Estado.

---

<sup>208</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>209</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 77.

Por outro lado, como afirma Mario Piccinini: “o estado de natureza desempenha um papel essencialmente descritivo e comparativo, e não pode ser reconduzido a uma mera ficção filosófica, não diferente da ficção poética da idade de ouro, de que constituiria o contraponto negativo.”<sup>213</sup>

Trata-se, assim, de demonstrar uma condição humana geral, do homem lobo do homem, que pode ser superada pelo artificialismo social. Uma condição que, embora, artificial, busque realizar aquilo que é mais necessário à vida humana, que é a paz social.

Hobbes, diferentemente de Grotius, tratará a lei natural como um teorema da razão, ou seja, ele enxergará na lei natural não um efetivo código de conduta, mas a decorrência lógica de postulados que nos levam a compreender o que é melhor para os homens, considerados em sua totalidade. Hobbes afirma claramente que só o Estado pode fazer leis, donde a concepção de uma lei natural seja vista não como lei no sentido próprio, como aquele conceito em que define a lei civil, mas como um aconselhamento da razão à sobrevivência humana. Para Hobbes a lei civil se define como :

*A lei civil é para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra.*<sup>214</sup>

É notável em Hobbes a diferenciação dos conceitos de “jus” e de “lex”. Ao passo que “jus” corresponde a um direito, uma liberdade para agir, “lex” corresponde a uma limitação ao agir, uma obrigação. Nesse sentido, para Hobbes, direito natural equivaleria ao direito de se poder fazer qualquer coisa que sua força ou sua habilidade o permita fazer.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> PICCININI, Mario. *Poder comum e representação em Thomas Hobbes*. In: DUSO, Giuseppe (org.) *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 124.

<sup>214</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 161. Coleção “Os pensadores”.

<sup>215</sup> Idem, p. 78 et seq.

Já por lei natural, em Hobbes, devemos entender o teorema que nos proíbe de fazer tudo aquilo que possa destruir nossa vida, ou nos privar dos meios para preservá-la. É o teorema que determina que façamos tudo aquilo que pensemos poder contribuir para preservamos nossa vida.

A primeira e mais fundamental lei da natureza é “que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha a esperança de consegui-la.”. Dessa primeira lei da natureza decorre a suma do direito de natureza que é “caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra.”<sup>216</sup>

Na segunda lei da natureza, Hobbes identifica a idéia fundamental de sua teoria da soberania, e que implica no absolutismo do poder soberano. Observemo-la:

“Que um homem concorde, quando outros também o façam e, na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito (natural) a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros permite em relação a si mesmo.”<sup>217</sup>

As demais leis da natureza são afirmadas por Hobbes, em um estilo geométrico-dedutivo, do qual Hobbes passa inferir leis naturais a partir da primeira e da mais fundamental que é a de buscar a paz. Nesse sentido ele afirmará a obrigação que tem os homens de respeitar os pactos, da qual Hobbes irá inferir que se deve evitar tentar obter a soberania por rebelião, eis que não é natural que a consiga e, se acaso vier a obtê-la, ensinará os outros a fazer o mesmo.

Ele prossegue, ainda, arrolando outras leis naturais, como a gratidão, a complacência, a piedade, a humildade, a modéstia, a temperança, a misericórdia, a equidade e outros postulados que se pretendem eternos, imutáveis, cuja prática é de fácil obediência na medida que se tornam hábitos das pessoas, que se implementam em uma ciência, segundo Hobbes, é a “filosofia moral.”<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>218</sup> Ibidem, p. 94.

Note-se que na lei civil o poder é anterior ao estabelecimento da própria lei, diferentemente de Kelsen, em que a Lei surge com o Estado. Vale a pena a transcrição do trecho em que Hobbes fala da instauração da lei: “nenhuma lei pode ser feita antes de se ter determinado qual a pessoa que deverá fazê-la.”<sup>219</sup>Disso decorre ainda que não há injustiça na condição humana anterior ao surgimento do Estado, pois se não há lei não há lugar para noções como bem e mal, justo ou injusto.

Assim, para que a criação do Estado traga segurança, os homens renunciam a seu poder e transferem-no para um soberano, que passa a lhes estabelecer quais normas devem respeitar, sem que ninguém possa renunciar ao pacto, já que todo o poder fora transferido ao soberano. A dominação política é a condição para a paz.

Nesse sentido, em Hobbes, a soberania não é só absoluta, mas ilimitada, irrevogável, inalienável. O conceito de soberania pressupõe a força mas, também, a criação de uma instância de legalidade já que os indivíduos transferem seus direitos naturais ao soberano, onde antes existia um vácuo normativo, pois tudo era permitido a todos. Esta transferência é instauradora da ordem e, portanto, tem mão única, não podendo vir a ser rescindida.

Em Hobbes já está presente o conceito de decisão em soberania, como melhor esclarecido por Schmitt, conceito este que já se encontrava em Bodin e que foi se firmando aos poucos, sendo incorreto desprezar os avanços na evolução deste conceito anteriores ao Tratado de Westfalia, como é lugar-comum se afirmar.

No capítulo XVIII do *Leviatã*, Hobbes faz referências à Soberania como capacidade de decisão. Schmitt debruçar-se-á sobre a obra de Hobbes e desenvolverá a idéia do decisionismo. A decisão soberana é uma decisão de todos os homens, de modo que tudo que se faça contra o soberano volta-se contra si mesmo. O soberano pode, assim, errar, mas não pode vir a ser contestado, sob pena de se voltar contra a própria soberania que foi instituída, se lhe encerrar a soberania e se cair novamente em um estado de beligerância total.

---

<sup>219</sup> Ibidem, p. 76.

A argumentação de Hobbes em favor da legitimidade da soberania outorgada a um monarca é convincente, pois ele sustenta que ambos governos, populares ou monárquicos, são iguais quanto à formação da soberania, e se alguns são mais simpáticos à que se confira poderes a uma assembléia, é porque entendem que podem vir a participar desse governo, ao passo que na monarquia isso não seria possível de se esperar.

Tal qual Bodin, Hobbes reconhece, principalmente no que tange aos comandantes de exércitos, o poder de decisão acerca do encaminhamento de uma batalha, onde não se encontram as instituições do poder. Ressalva, tal qual Bodin, que o soberano, porém, sempre continua *generalíssimo*, ou seja, que ele nunca outorga mais poder a um funcionário que não resguarde para si poder ainda maior.<sup>220</sup>

Também em Hobbes as formas clássicas de governo serão analisadas e, assim como o jurista francês, Hobbes tem predileção pela monarquia hereditária, que entende ser o governo em que o interesse pessoal do soberano está mais próximo do interesse público. No que toca à sucessão, Hobbes entende que são perfeitamente identificáveis no regime monárquico os sucessores de um soberano desde que se atribua a esteo direito de fazer o seu sucessor que, de resto, podem inclusive vir a ser uma filha – mulher – do soberano.<sup>221</sup>

Simone Goyard-Fabre, contudo, aponta inúmeras diferenças entre as obras de Bodin e Hobbes, que se inserem em momentos filosóficos distintos, sendo o filósofo inglês o responsável por um artificialismo racionalista, em contraposição ao naturalismo meta-político de Bodin. Nesse sentido, leia-se em Goyard-Fabre:

Vimos que Bodin ao teorizar a idéia de soberania, pensava-a com referência à ordem metafísica do cosmos. Hobbes, resolutamente antiaristotélico, renega os horizontes cosmológicos do mundo político e se recusa a situar o microcosmo estatal no macrocosmo querido por Deus e regido por Ele. Não pensa que não exista Deus criando e administrando a Natureza, porém, no seu racionalismo universal e no passo geométrico de uma ciência mecanicista causal, redutora e explicativa,

---

<sup>220</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>221</sup> Ibidem, p. 114-121.

considera que só há sociedade “civil ou política”, ou seja, Estado soberano, construída pelo projeto racional dos homens. Assim se esfacelam ao mesmo tempo, explicitamente, as referências teológica e cosmológica do direito político.<sup>222</sup>

Hobbes vê o homem como os modernos, retirando-lhe a perspectiva de bem viver reprisando a ordem divina, e imputando-lhe a responsabilidade por esse bem viver, a partir da teoria política que desenha, utilizando-se da razão e da matemática para estabelecer adequadamente as leis naturais que decorrem da observação racionalista, rompendo definitivamente com a tradição escolástica do direito divino dos reis, localizando a soberania no povo, que a aliena ao monarca absoluto.

### 3.2 Jean J. Rousseau e a Soberania Popular

A teoria da soberania popular é desenvolvida por Rousseau e firma-se na vontade geral composta de indivíduos que, cada qual, possui uma parcela da soberania. Opõe-se, pois, à teoria clássica da soberania de Bodin, bem como o poder soberano de Hobbes e à teoria da soberania da nação proposta por Sieyès, um século depois.

Para ele todo poder surge dos indivíduos e se consolida através contrato social, que reúne as parcelas soberanas de cada indivíduo em prol de um Estado que os proteja, mantendo-se a soberania nos cidadãos os quais devem exercê-la diretamente, como corolário de sua igualdade de direitos. Afirma Rousseau: “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes.”<sup>223</sup>

A questão da soberania popular difere, portanto, da soberania nos termos propostos por Hobbes, pois aqui embora haja a formação de um Soberano, de um corpo político, que se desvincula dos cidadãos que o criaram, o próprio cidadão permanece ainda soberano, apenas imputando à alguém uma função administrativa

---

<sup>222</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 154.

<sup>223</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 1ª Edição. São Paulo: Abril Cultural. 1973. p. 38. Coleção “Os Pensadores”

de governo. Em Rousseau o permanece soberano após nomear seus comissários, que jamais representarão sua vontade, mas apenas executarão a vontade geral.

Rousseau aponta a importância de todos estarem submetidos à lei, doando-se integralmente ao pacto social, e do direito de legislar que deve ser comum a todos, ou seja, faz uma ferrenha crítica à representação política. Em sua obra sobre os fundamentos da desigualdade entre os homens, Rousseau elogia a qualidade das Leis antigas, pois acredita que a população perde o respeito para Leis que surgem inadvertidamente.

O mecanismo de alteração legislativa, para Rousseau, deve ser burocrático, a ponto de impedir que quaisquer mudanças ocorram, sem que haja um grande alvoroço a respeito do assunto.

Sendo a soberania o exercício da vontade geral, que não pode ser transmitida, essa é inalienável, indivisível, insuscetível de representação ou limitação. Conforme elucida Rousseau: “Afirmo, pois, que a soberania não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade.”<sup>224</sup>

Lucien Jaume acentua que a Rousseau retoma os atributos característicos da soberania absolutista, em favor da soberania popular: “a unidade do sujeito soberano, a indivisibilidade e inalienabilidade, mas também – aspecto que é pouco analisado – o caráter de infalibilidade que ele detém”<sup>225</sup>

O contrato social originário, de igual modo, é irrevogável. Nesse sentido: “mas o corpo político ou o soberano não existindo senão pela integridade do contrato, não pode obrigar-se, mesmo com outrem, a nada que derogue esse ato primitivo, como alienar uma parte de si mesmo ou submeter-se a outro soberano.”<sup>226</sup>

---

<sup>224</sup> Idem, p. 49-50

<sup>225</sup> JAUME, Lucien. *Rousseau e a questão da soberania*. In: DUSO, Giuseppe (org.) *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 178.

<sup>226</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 1ª Edição. São Paulo: Abril Cultural. 1973. p. 40. Coleção “Os Pensadores”.

A teoria da soberania popular concebe a titularidade da soberania como pertencendo a todos os componentes do povo, atribuindo a cada cidadão uma parcela de soberania. Rousseau divide a parcela soberana entre cada membro da sociedade. Todo, contudo, obrigam-se pelo todo, pelas decisões deste corpo político, que expressa, apenas, a vontade coletiva. Trata-se, assim, de obedecer À liberdade convencional do pacto. Observemos a esse respeito, as palavra de Rousseau:

A fim de que o pacto social não represente, pois, um formulário vão, compreende ele tacitamente este compromisso, o único que poderá dar força aos outros: aquele que recusar obedecer à vontade geral a tanto será constrangido por todo um corpo, o que não significa senão que o forçarão a ser livre, pois é essa a condição que, entregando cada cidadão à pátria, o garante contra qualquer dependência pessoal.

Rousseau é um ferrenho crítico da representação social e política, entendendo, pois que as festas cívicas trazem um melhor resultado para a pátria do que o teatro, pois entende que pelo teatro o cidadão torna-se um mero expectador da vida. São famosas suas críticas ao teatro e à representação exposto na “Carta a d’Alembert”.

A preocupação de Rousseau deriva de sua convicção acerca da influência do teatro sobre a formação da opinião corrente entre este povo, sobre a opinião pública. Rousseau critica a representação, mormente a política, por alijar os cidadãos da prática de atos que lhe são próprios, mantendo-o numa condição servil, pois à mercê da vontade dos representantes.

Entende que a opinião pública deriva dos bons e dos maus costumes, que, por sua vez, surgem a partir das Leis que determinam esse povo. Rousseau atribui à opinião pública o *status* de Lei, uma entidade reguladora da qual ninguém pode furtar-se.

Rousseau defenderá a busca pela liberdade coletiva, ou seja, uma liberdade dentro da vida em sociedade, sob os auspícios da opinião pública, eis que superado

o chamado estado natural, donde ser impertinente falarmos de uma liberdade individual, pois só nesse estado natural esta faria sentido.

Rousseau compreende que a vida em sociedade é a única possível, pois a chamada “idade de ouro”, onde as liberdades individuais seriam preservadas, não passaria de mito, eis que só num mundo em que nos relacionamos com o outro, nos submetendo ao olhar desse outro, podemos encontrar alguma felicidade, pois se é certo que as paixões dividem os homens, as necessidades os aproxima e a interdependência humana é inevitável.

Dentro da vida em sociedade, portanto, estamos sob o olhar da opinião pública, que procura, a todo custo, nos dogmatizar, nos censurar, suprimir nosso individualismo. A opinião pública, todavia, muitas vezes encontra-se viciada, por indesejáveis costumes arraigados no seio da sociedade.

Segundo Rousseau, a mudança desses costumes será, para o legislador e para o escritor político, tarefa primeira, eis que aquele deve buscar o que melhor sirva ao povo para o qual legisla e, este, denunciar as mazelas sociais existentes. Sua alteração, contudo, não é fácil. Ao legislador cabe, mais, a manutenção dos antigos bons costumes que a criação de novos bons costumes.

Há uma preocupação em Rousseau quanto ao poder da opinião pública, e a força que esta possui na alteração dos costumes. Apropriando-se da opinião pública o legislador poderá manter uma sociedade justa ou degenerá-la, com a corrupção da opinião pública.

Ao legislador caberá, portanto, conhecer não só os fundamentos do direito político, mas ainda, se aprofundar nos costumes do povo para o qual legisla, conhecer a opinião pública, pois se os princípios de direito político são universais não o são, por outro lado, as vicissitudes e idiossincrasias, que determinam como deverá dar-se a legislação de um povo e, conseqüentemente seus costumes . No dizer de Milton Meira do Nascimento<sup>227</sup>:

---

<sup>227</sup> NASCIMENTO, Milton Meira do. *O contrato Social – entre a escala e o programa*. Revista Discurso n.º 17, São Paulo. Discurso editorial. p. 122

O político, segundo Rousseau, não elabora antes o modelo ideal e depois tenta realizá-lo na prática. A eficácia de sua ação reside na capacidade com que consegue captar os usos, os costumes e as opiniões, isto é, as características essenciais de um povo, as condições específicas nas quais ele deve agir.

Caberá ao legislador, ainda, identificar o momento de constituição de um Estado, pois é precisamente nesse momento que determinar-se-á o sucesso ou o fracasso de um Estado. Sua empreitada será analisar as condições daquele povo para o qual legisla e, a partir daí, criar as Leis que se adaptem à este povo. De nada adiantará ao legislador utilizar-se de Leis que se mostraram eficazes em outros Estados, pois as diferenças existentes entre os povos obrigam ao legislador possuir perspicácia e astúcia ao criar a Lei.

Querer impor ao povo uma legislação, uma linguagem à qual ele não participa, é tarefa fadada ao insucesso.

A fundação do Estado é determinante, também, pois aí se forjarão os costumes; com o tempo, os costumes enraizam-se e, dificilmente poderão ser alterados. Rousseau admite, em raras exceções, a possibilidade de se alterar os costumes do povo, ainda que tais costumes sejam a razão da escravidão desse povo. Para Rousseau vale a seguinte máxima: “pode-se adquirir a liberdade, mas nunca recuperá-la.”<sup>228</sup>

E da fundação do Estado deverão participar todos os seus membros. Pois na fundação do estado teremos a expressão da vontade geral, da soberania. Ora, a vontade só se revestirá de autoridade se todos os membros desta sociedade forem os autores das Leis, ou seja, se se manifestarem acerca das Leis. Destarte surge a crítica à representação política, sendo esta impossível na expressão da vontade geral por eliminar a autoridade necessária à vontade geral.

Após a fundação do Estado o legislador terá a tarefa de aplicar a Lei, ou seja, a vontade geral, já exprimida na fundação do Estado. Rousseau consagrará ao

---

<sup>228</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 1ª Edição. São Paulo: Abril Cultural. 1973. p. 67. Coleção “Os Pensadores”

governo a tarefa de aplicar a Lei, exprimida pela vontade geral. Os governantes – representantes – terão, assim, a tarefa de comissários, ou seja, aqueles que aplicarão a Lei ao caso concreto, os executores da vontade geral, já anteriormente exprimida.

Ao querer melhorar os costumes de uma sociedade, o governo valer-se-á da opinião pública, aferindo esta, para poder manter os costumes que são benévolos. Todavia, se desejar forjar novos costumes, ainda que imbuído de boa-fé, dado a sociedade estar se degenerando, sua tarefa será quase impossível, pois uma nova fundação far-se-ia necessária.

A opinião pública, contudo, é passível de erro, pois está a julgar os fatos. Nisso difere da vontade geral eis que esta não erra. Esta exprime o desejo do povo, não há julgamento, há determinação. Aquela se funda no julgamento de fatos, em opinião, que pode fundar-se em bons ou em maus costumes. No dizer do próprio Rousseau: “conclui-se do precedente que a vontade geral é sempre certa e tende sempre à utilidade pública; donde não se segue, contudo que as deliberações do povo tenham sempre a mesma exatidão.”<sup>229</sup>

Mas porque buscamos regular nossos atos pela opinião pública? Rousseau afirmará que a escolha de nossos prazeres dar-se-á menos por nossa natureza, mas por nossa opinião. “Melhorai as opiniões dos homens, e seus costumes purificar-se-ão por si mesmos”.<sup>230</sup>

Por julgar os costumes pode o indivíduo, eventualmente, incidir em erro. Este não está determinado, naturalmente, à dada tarefa, apenas a realiza por julgá-la boa ou bela, eis que essa é sua determinação natural – buscar o bom e o belo. Mas, ao julgar, pode entender como bom ou belo algo que não seja precisamente isso. Toma para si, dessa forma, aquilo que é belo para os outros, aquilo que costumeiramente entendeu-se por bom ou belo, assumindo a realidade dessa condição.

---

<sup>229</sup> Idem, p. 52

<sup>230</sup> Idem. p. 142.

Em sociedade, para Rousseau, vive-se o mundo das aparências, do espetáculo, no qual o olhar do “outro” define nossa conduta, eis que a vida social se desenvolve nesse mundo. Nosso ser é obscurecido para que possamos parecer.

Nessa sociedade, tudo é representação. Segundo Rousseau, nosso desafio consiste em despertar nos outros a consciência acerca daquilo que nos coloca à margem da sociedade, caso não queiramos nos submeter à opinião pública estabelecida. Corremos o risco, porém, de sermos marginalizados, de sermos entendidos como detratores da moral e da ordem vigente, pois o julgamento da opinião pública poderá nos ser desfavorável.

A consideração e a estima que um indivíduo possua também determina a atitude de outros, ou seja, influencia a opinião pública. Tanto mais estimado seja um indivíduo tanto mais suas idéias serão apreciadas. Uma pessoa estimada tem, em seu favor, o poder judicante da opinião pública.

Eis as principais idéias de uma soberania popular, que é exercida pela vontade do povo e não pela vontade dos governantes, que não passam de comissários do poder.

Rousseau cumpre, em nosso ponto de vista, a tarefa do escritor político, qual seja: complementar o trabalho pedagógico do legislador, intermediando as idéias emitidas pelo legislador àqueles que devem apreendê-las, despertando nos leitores o senso crítico acerca das questões que o perturbam, agindo sobre a opinião pública de sorte a modificar os costumes iníquos.

Não se está a falar de um doutrinador, de alguém que irá opor à todos sua vontade singular, seus dogmas. Não há uma relação de autoridade entre o escritor político e os leitores. Trata-se, sim, de despertar no público uma razão crítica.

Por não podermos nos colocar fora da sociedade de espetáculo, dada nossas necessidades, é que necessitamos buscar nosso ser nos outros, ou seja, fazer com que os outros simpatizem com nossas idéias, admitindo-as ou, ao menos, levando-as em consideração.

Para realizarmos tal empreendimento é fundamental o uso da linguagem, pois ela é nosso veículo de comunicação. A linguagem, por sua vez, também é representação – de sentimentos, de objetos – que os homens convencionaram para atingir suas “verdades”. Ao buscar a verdade, ainda que eu me valha de uma aparência, estarei sendo ético.

Em Rousseau a ética consistirá mais em buscar a verdade do que, propriamente, alcançá-la. Trata-se, pois, de verdade convencionada, na qual o fundamental é o agir com sinceridade, eis a verdade, em si mesma, por vezes nos será inescrutável.

A linguagem, este instrumental para interpretar o mundo, põe-se ao lado do sujeito e não do objeto. A verdade é convencionada, é representação, e, portanto, propriamente humana. O homem, ao interferir na natureza, criará ações a partir de representações e, com isso, suas abstrações terão a qualificação de verdadeiras.

Assim será na política, em que o ordenamento jurídico agirá sobre as pessoas, coordenando a vida destas a partir de uma vontade geral, expressada pela unanimidade dos membros da sociedade. Nisso, para Rousseau, consistirá a nossa liberdade; não se trata, assim, de fazermos o que quisermos, mas de participarmos de alguma instância da decisão política, onde nossa vontade será registrada, será discutida, em proveito da vontade geral.

E por vontade geral entender-se-á aquilo para o qual a unanimidade converge. Não é assim a vontade de todos, nem da maioria, mas o que há de comum na vontade de todos. Nossa liberdade não será natural, será, antes, dada num espaço público, pois o indivíduo torna-se cidadão por ser parte de um todo, por estar inserido num Estado.

A partir dessas preocupações Rousseau formulará, no “Contrato Social”, uma escala de medidas para aquilatarmos qual o melhor governo, qual o mais justo, qual deles promove mais liberdade. Rousseau identifica os tipos de Estado, o avanço e decadência de uma soberania popular, a escravidão derivada da representação

política, fazendo uma crítica ferrenha a esta e aos interesses pessoais que militam contra a vontade geral. A vontade geral, porém, jamais se aniquila. Ela permanece escondida, mesmo sobre os interesses mais mesquinhos.

Não é o “contrato Social”, portanto, uma proposta de governo, mas uma escala entre o melhor e pior dos governos, em cujas medidas os Estados se encontram. É com Rousseau, portanto, que a teoria da soberania popular ganha seu grande idealizador, sendo certo, como observa Simone Goyard-Fabre que a partir de sua obra, o “povo” ganhe um novo status político, pois assumirá a função do soberano. Ensina-no ela: “Rousseau inverte, de maneira definitiva nesse ponto, a posição dominante dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII; ao mesmo tempo atribui ao “povo” no Estado um estatuto filosófico totalmente inédito.”<sup>231</sup> Do desenvolvimento de sua teoria, surgirão os modernos conceitos de soberania e democracia.

### **3.3 Outras Discussões Da Modernidade Acerca Da Soberania**

A teoria da soberania popular conforme teorizada por Rousseau, deslocando a figura do soberano ao povo, que não aliena a soberania a um governante, mas constitui comissários que executem as leis, influenciará sobremaneira as teorias políticas e jurídicas acerca da soberania que lhe seguirão.

Kant também entende o princípio da soberania popular deve ser afirmado, pois o poder de legislar deve pertencer ao povo, transformando-se em princípio da razão que conduz o governante soberano, que se encontra subordinado à ela. Trata-se de uma espécie de direito natural transmutado em direito racional.<sup>232</sup>

Um outro exemplo da influência de Rousseau é a chamada teoria da “soberania social”, formulada por Sieyès, para quem ambas teorias se confundem. Simone Goyard-Fabre, todavia, chama a atenção para irreconciliáveis diferenças entre elas, pois em Sieyès o exercício da soberania se dá através de representação.

---

<sup>231</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 180.

<sup>232</sup> LEITE, Flamarion Tavares. *Os nervos do poder: uma visão cibernética do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 61

Embora Sieyès não esteja a falar de delegação, mandato, comissão ou de procuração, é difícil a reconciliação de sua teoria com a de Rousseau, pois apesar de concordarem que a soberania pertença ao povo, o conceito de Nação em Sieyès exige a representação através de governantes.

Para Rousseau, com efeito, a idéia de representação, qualquer que seja ela, implica na perda da soberania pelo povo. Sieyès desce ao campo pragmático e, com efeito, não consegue chegar à utopia teórica de Rousseau, constatando que o mais próximo que a soberania popular pode conceber é a soberania da Nação, mediante representantes da vontade dessa nação, cujo ápice será a formulação de um documento geral que obrigue à todos.

Temos em Sieyès, pois, a transformação da soberania popular de Rousseau, com a manutenção de suas características principais, em favor de uma teoria soberana praticável, democrática e constitucional. A necessidade de existência de pequenos Estados, com efeito, tende a inviabilizar a teoria da soberania popular conforme Rousseau a expressa.

Se a discussão acerca do titular da soberania parecia chegar ao fim, com Rousseau e Sièyes a localizando no povo ou na nação, as discussões que se seguiram, todavia, não foram menos acaloradas. Após a idealização de uma nação (povo) soberano competia, agora, vir à baila a discussão acerca dos limites e da unidade da soberania. Conforme Goyard-Fabre:

O debate, logo depois da Revolução Francesa, situou-se noutra terreno, para dirigir-se àquilo que se havia classicamente considerado as duas características fundamentais da potência soberana: sua extensão e sua unidade. Portanto, a crise de seu conceito se desenvolveu duplamente.<sup>233</sup>

Teóricos políticos de peso como John Locke, Montesquieu e Benjamin Constant tratarão de denunciar o risco da tirania e do absolutismo do poder, ainda quando localizado no povo. Idéias como direito de resistência do povo, equilíbrio

---

<sup>233</sup> Idem, p. 187.

entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, culminarão na idéia de constitucionalismo, como um documento organizador do poder.<sup>234</sup>

As críticas à ilimitação do poder soberano, ainda que popular, tendem a crescer, tendo em vista os esforços teóricos de Tocqueville, Hegel, Kant dentre outros que enxergam na efetivação do poder através dos representantes do povo o mesmo risco que Rousseau enxergava, dando-lhe, porém, uma solução diferenciada.

Outra questão da maior importância que se faz presente no discurso acerca da soberania é a de ser ela uma ou plural, ou seja, trava-se o debate entre o monismo jurídico e o pluralismo. Dessa nova tendência, pluralista, destacam-se Tocqueville, para quem se deveriam criar estruturas jurídicas que impedissem uma “tirania da maioria”.<sup>235</sup>

Dessas preocupações com a crescente teorização do pluralismo do poder, que defenderão uma divisão do poderes de uma república, autores como Carré de Malberg, Jellinek e Jhering trarão uma idéia nova a este cenário, que é a da autolimitação do poder, no qual o Estado pode criar obstáculos a um exercício irracional do poder, submetendo um estado democrático a um poder limitador, transmuta-se esse Estado em um Estado Democrático de Direito.

A soberania, encontrando em si mesma uma esfera de limitação ao seu poder, permanece, teoricamente, ilimitada, pois sua limitação é imposta por si mesma. Não se sujeita, assim, ao império de leis de outras entidades soberanas. Essa concepção, contudo, não será tranquila, pois há quem defenda que mesmo a autolimitação implica em aniquilação da soberania.

Outra teoria interessante é a que nega a existência da soberania, desenvolvida por Leon Duguit, em seu Tratado de Direito Constitucional. Para ele, soberania é o mesmo que poder político ou poder estatal, não havendo que se teorizar sobre algo que é sinônimo de poder público.

---

<sup>234</sup> Idem, p. 188-189.

<sup>235</sup> Idem, p. 193

Duguit critica a noção de soberania sob vários aspectos. Para ele o Estado possui “uma vontade superior e diferente da vontade dos indivíduos que a formam”.<sup>236</sup> A vontade soberana se forma a si mesma, independentemente de uma vontade externa a ela mesma.

Segundo Duguit só há vontades individuais, vontade dos que controlam o poder e que são expressas como vontade nacional. A Nação não sendo uma personalidade não pode ter uma vontade. Como ensina Azambuja, acerca de Duguit: “sendo a soberania, na doutrina clássica, a vontade nacional, a soberania é uma hipótese metafísica, um mito: não existe”.<sup>237</sup>

No que tange aos limites, Duguit entende que ou bem o Estado é soberano e não tem limites, donde se chega ao absolutismo, não havendo que se falar em regras de limitação, ou bem o Estado está submetido a uma regra imperativa que o limita e, então, não há soberania.

Duguit também critica a origem da soberania, alegando que sendo uma força irresistível só pode derivar de Deus, fato que determina o absolutismo estatal. Por outro lado, surgindo do povo, a soberania não deixa de ser uma vontade humana, e nada há que justifique uma vontade humana sobrepor-se a outra.

Esse autor, com efeito, desmonta o conceito de soberania, entendendo que a Soberania não passa de uma vontade de alguns, expressa como a vontade geral. É poder de fato, que decorre das relações sociais, mas não exatamente um poder legítimo.

O jurista critica, também a idéia de autolimitação do poder do Estado, pois para ele o Estado pode modificar o direito quando e como bem entender. Entende, pois, que não é a soberania não é um poder supremo nem no interior do Estado nem na órbita internacional.

---

<sup>236</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988, p. 73.

<sup>237</sup> Idem, p. 73

Tais críticas e desenvolvimentos da idéia de soberania encontrarão, na contemporaneidade, maiores e melhores discussões acerca dos limites da soberania, mormente no embate entre Kelsen e Schmitt, como veremos a partir de então.

#### 4. A SOBERANIA NO INÍCIO DO SÉCULO XX

O estabelecimento da ordem Constitucional e a divisão dos poderes de um Estado, para Carl Schmitt, somente adiam o problema da soberania que, de fato, pode nunca vir a ocorrer, mas que se fazendo presente, nenhum Estado pode regulá-lo, pois o problema da soberania deriva justamente de uma exceção jurídica, onde não há um regramento, é que surge o problema da soberania.

Por mais completo que seja um ordenamento jurídico e sua Constituição, não há como se regular quaisquer hipóteses que venham a surgir e que demandem a suspensão dos direitos civis e o momento em que isso ocorrerá.

Com base em tais pressupostos, Schmitt fará duras críticas à teoria de seu contemporâneo, Hans Kelsen, pois para este o Estado se define sempre como uma ordem jurídica, não havendo sentido distinguir entre o momento da instauração da legalidade e a própria vivência dessa legalidade.

Para Kelsen, o estabelecimento do estado coincide com a criação de uma ordem jurídica, da jurisdição desse Estado. Não se pode falar em um Estado sem um ordenamento jurídico regulador desse Estado.

Tais argumentos serão entendidos como monistas e normativistas, pois em Kelsen jamais haverá um vácuo normativo, eis que ao se derrubar uma ordem jurídica, outra já está instaurada, imediatamente, no seu lugar.

Schmitt não concorda com tal posicionamento, eis que conquanto também seja um monista, para ele a decisão é externa à norma, embora ainda assim seja uma decisão jurídica, já que instaura a norma. Para Schmitt é ilusão acreditar que um sistema jurídico possa prever toda e qualquer situação de suspensão desse próprio sistema. Schmitt alinha-se, assim, ao pensamento do tipo decisionista.

Para Schmitt a grande marca da soberania é o poder de legislar e de suspender a lei. O soberano decide não só dentro do Estado de Exceção mas ele próprio cria o Estado de Exceção.

Schmitt acaba por retomar as teorias clássicas de Bodin e Hobbes sobre soberania, em franca oposição às teorias predominantes em seu tempo, como a de Duguit e de Kelsen. As acirradas discussões de Kelsen e Schmitt não impediram, todavia, que Kelsen contribuísse para a nomeação de Schmitt como professor na Universidade de Colônia, o que demonstra sua independência intelectual, fato que não encontrou o mesmo tratamento em Schmitt.<sup>238</sup>

Tais discussões serão extremamente proveitosas para a questão da soberania e constituirão o principal debate que exsurge no início do século XX acerca do tema, pois problematiza a questão do soberano e da soberania no que tange à este se encontrar dentro do ordenamento jurídico ou de se colocar de fora, criando um estado de exceção no momento que julgar oportuno.

Passemos, pois, a explicitar a posição de cada um destes expoentes pensadores de seu tempo.

#### **4.1 Hans Kelsen e o Monismo Jurídico**

Hans Kelsen, um dos maiores juristas do século XX, conhecido como o campeão do positivismo jurídico<sup>239</sup>, sustenta que o direito é um sistema de normas que encontra seu fundamento de validade sempre em uma norma superior, hipotética, mas fundamental. Trata-se da *Grundnorm*, que garante a validade jurídico-científica de um ordenamento. Kelsen, porém recusará a idéia de que esta norma meta-jurídica seja uma norma de direito natural, como concluiu Alessandro Passerin d'Entrèves.<sup>240</sup>

Kelsen, contudo, despe-se de ideologia e valores para fundamentar sua teoria pura do direito, na qual busca a cientificidade jurídica, excluindo tudo aquilo que entende não lhe fazer parte, de modo que a *Grundnorm* apenas funcionaria como pressuposto lógico e não valorativo, como são as normas de direito natural.

---

<sup>238</sup> LOSANO, Mario G. *Presenças italianas em Kelsen*. In: LOSANO, Mario G. (org.) *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25-26.

<sup>239</sup> Idem, p. 37.

<sup>240</sup> Idem, p.13.

Do ponto de vista do Direito Internacional, Kelsen revelará a prevalência deste ante os chamados direitos nacionais, no modelo de criação de uma sociedade das nações, o que implica em supressão ou ao menos em uma forte relativização do conceito de soberania, visto que as normas de um Estado devem sujeitar-se ao Direito internacional, garantindo a cientificidade jurídica do ordenamento. Pensar um Estado universal parece ser um ambição kelseniana.

Ao imaginar a integralidade do direito derivada de sua pureza, Kelsen se encontra na contra-mão do chamado realismo jurídico, do qual Schmitt é um participante. Embora a teoria pura do direito se furte a juízos axiológicos, certo é que Kelsen vê nas sociedades de nações uma superação ao velho conceito de soberania e uma louvável tentativa de superação das tendências absolutistas dos Estados.

Para Kelsen o poder soberano só pode ser visto como ilimitado e absoluto, donde ser contraditório pensar-se em uma sociedade de Estados soberanos, que nada mais é do que um pacto entre tais Estados.

Pensar em uma norma superior, como fonte de outras normas que lhe estejam submetidas, constituindo-se um sistema normativo válido, único, que tenha validade internacional.

Somente assim podemos pensar em um direito internacional, segundo Kelsen. Se não houver a primazia do direito internacional, não há comunidade de Estados, pois não se pode resolver juridicamente qualquer antinomia.

Por isso Kelsen defende um avanço do direito internacional como solução à busca de uma “paz perpétua”, donde somente o monismo jurídico, garantidor de uma autonomia das nações, possa concluir essa tarefa.

De resto, Kelsen se opõe ao avanço do próprio Estado, que assume feições imperialistas, embora culmine igualmente em um monismo jurídico internacional.<sup>241</sup>

#### 4.2 Carl Schmitt e a Decisão Soberana

Para Carl Schmitt, entender a soberania corresponde a vislumbrar uma situação jurídica imprevista, que exija uma decisão. Compreende visualizar uma situação excepcional e enxergar quem deliberadamente criou essa situação e principalmente quem pode por fim a essa situação. Nas suas próprias palavras, “soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção”<sup>242</sup>.

Schmitt cria um “conceito-limite em si mesmo”, que ele explicita demonstrando que somente em um caso não tipificado pela norma jurídica poderemos bem entender o conceito de soberania, verificando sua aplicação prática. Schmitt situa o soberano “externamente à ordem legal vigente”<sup>243</sup> mas ainda assim pertencente à esta mesma ordem, pois é a ele quem compete decidir sobre a supressão da Constituição.

A idéia do decisionismo já se encontra em Hobbes e Bodin, que de certa forma admitem que o soberano descumpra as leis quando a necessidade assim o exigir. Esse conceito de soberania foi, portanto, construído com base nos teóricos da soberania.

É na completa instabilidade legislativa, quando não há previsão sobre quem deva decidir, que surge o soberano, encerrando a instabilidade, inaugurando a ordem, ou pondo fim à ordem anteriormente existente. De acordo com Schmitt:

A decisão sobre a exceção é, portanto, uma decisão no sentido eminente. Pois uma norma genérica, como se apresenta a norma jurídica válida, não pode nunca assimilar uma exceção absoluta e, portanto, nunca justificar totalmente a decisão tomada em um verdadeiro caso de exceção.<sup>244</sup>

---

<sup>241</sup> BOBBIO, Norberto. *Umberto Campagnolo: aluno e crítico de Hans Kelsen*. In: LOSANO, Mario G. (org.) *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25-26.

<sup>242</sup> SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1.996, p.87.

<sup>243</sup> Idem, p. 88.

<sup>244</sup> Idem, p. 87.

A esse respeito, o escólio de Goyard-Fabre, que vê em Schmitt a consequência da lógica que estabelece soberania como um poder supremo e absoluto no comando da República, como já previsto em Bodin :

É preciso admitir que, caso se apresente uma situação excepcional ou um caso de extrema necessidade, só ela, com toda a 'liberdade' tem poder para decidir. (...) o que significa que a ordem jurídica estabelecida em virtude das prerrogativas inerentes por essência à potência soberana repousa não numa norma constitucional e sim numa competência decisória livre de qualquer obrigação jurídico administrativa; é isso o que já indica de modo muito exato na língua de Bodin o adjetivo "absoluta": "*ab-soluta legibus*".<sup>245</sup>

Schmitt inova com sua doutrina ao considerar a decisão soberana como o principal atributo da idéia de um poder supremo. O problema da soberania, em Schmitt é deslocado do poder em si para quem exerce o poder, mostrando o quão vãs põem ser as estruturas constitucionais diante de uma exceção jurídica.

A distribuição de competências e jurisdições, com efeito, não importará para que se identifique o soberano. O Estado de exceção é a única circunstância, limite, que nos revelará a força da soberania. Dentro do constitucionalismo, sob o império da lei, a questão soberana é de menor importância. Basta lermos a lei e descobrimos quem é o soberano. No estado de exceção, porém, cuida-se de saber quem estará apto a restaurar a ordem jurídica.

Para Schmitt a titularidade legal da soberania é de menor importância. Trata-se de compreender a soberania como ápice do poder que surge no momento de suspensão das regras jurídicas, de modo que a teorização acerca do soberano é inútil, eis que somente na situação limite é que ele se revelará.

Observe-se, pois, que o Estado de exceção não é qualquer situação emergencial. É a situação limite, que a ordem Constitucional já não alcança, de modo que a tendência normatizadora da Constituição tende a procurar regulamentar um maior número de casos , estabelecendo mais competências e maiores jurisdições sem jamais resolver o problema da soberania, que somente se resolve

---

<sup>245</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999,p. 135.

no plano factual. Schmitt denuncia “ todas as tendências do desenvolvimento do moderno Estado de direito são no sentido de eliminar o soberano”<sup>246</sup>, demonstrando a tentativa malograda de Kelsen em querer criar um ordenamento jurídico perfeito, quando o problema do Estado de Exceção situa-se mais no campo político e histórico.

Carl Schmitt se reconhece tributário de Bodin, no que concerne à pensar o soberano como aquele que decide, que suspende a ordem pré-estabelecida, conforme isso se faça necessário. Nas suas palavras: “Por isso, o poder de suspender a lei vigente – em geral ou em casos isolados – é a característica verdadeira da soberania, da qual Bodin pretende derivar todos os outros poderes (...)”<sup>247</sup>

Schmitt está a desautorizar Kelsen, que entende que há uma norma hipotética fundamental a gerar todo o ordenamento jurídico, estruturando-o, ao passo que Schmitt, um pensador do tipo decisionista, vê na fundação do Estado o ápice do poder, o exercício da soberania, em que ocorre uma decisão a fundamentar a nova ordem jurídica.

Ele faz uma crítica às diversas teorias da soberania que em seu ver não analisaram essa questão da decisão, de um modo mais fundamental, limitando-se a observar o rol de poderes que continha o poder soberano, discutindo sobre a origem e a extensão desse poder, quando a pergunta fundamental é sobre a maneira em que o titular desse poder vêm à tona.

Vale esclarecer que o estado de exceção, para Schmitt, não é o caso ou a anarquia. Há uma ordem em vigor, mas a ordem não é jurídica. A decisão torna-se absoluta, ou seja, independente da lei. Nas suas palavras: “no caso da exceção o Estado suspende o direito em função de um, por assim dizer, direito à autopreservação. Os dois elementos do conceito “ordem jurídica” chocam-se entre si e provam sua independência conceitual.”<sup>248</sup>

---

<sup>246</sup> Idem, p. 88

<sup>247</sup> Idem, p. 90.

<sup>248</sup> Idem, p. 92.

Para Carl Schmitt o Estado é constituído pela união do povo com o *Füher* mediante a representação política, que ocorria não por eleições, mas sim pela aclamação e assentimento por parte do povo como um plebiscito, o que conduz a um Estado Absolutista Totalitário.

Os fins do Estado consistem, especialmente, em assegurar a ordem interna, a segurança dos cidadãos e manter a unidade política, combatendo-se os que pretenderem exauri-la. O Direito de resistência não existe o para Schmitt, assim como para Hobbes, pois seria a negação de seu conceito de Estado.

Schmitt busca constatar e distinguir quais os diferentes tipos de pensamento jurídico que se manifestam teórica e praticamente no plano da história das idéias. Para ele é importante saber que tipo de pensamento jurídico se impõe em um determinado tempo e em um determinado povo. Os diferentes povos e raças correlacionam-se com diferentes tipos de pensamento, e uma dominação intelectual e política, que pode combinar-se com a supremacia de um determinado tipo de pensamento jurídico.

O pensamento jurídico é perpassado pelos três tipos de pensamento jurídico, pois trabalha tanto com regras, como com ordenamentos e decisões. Cuida-se, porém, de identificar qual é a representação última da qual os outros tipos de pensamento são derivados. Para Schmitt o pensamento jurídico autêntico provém de um realismo conceitual.

Para a distinção dos tipos de pensamento jurídico, a diferença deve manifestar-se nas representações pressupostas e subjacentes de uma ordem global que são as situações normais, típicas da vida de uma pessoa normal, por isso a mudança do melhor tipo de pensamento jurídico, de época em época e de sociedade para sociedade.

Cada tipo de pensamento reivindica o conceito de direito para si, cada um deles afirmando ser o núcleo, o sentido do direito, buscando se tornar universal, bem como determinando, a partir de si, os dois outros tipos de pensamento.

O pensamento das normas e regras é parte restrita de toda a tarefa e atividade da ciência jurídica. Cada normatização disciplina diversos casos colocando-se, deste modo, acima da realidade e da verificação de cada caso concreto, donde sua impessoalidade e objetividade.

Para o normativismo, somente a lei, não a necessidade da respectiva situação, que muda constantemente, ou mesmo o arbítrio das pessoas pode 'dominar' ou 'dar ordens'.

Os normativistas invocam tão somente normas e validades de normas, repudiando um poder ou uma autoridade concreta. O governante torna-se mera função das normas, que são a autoridade soberana, e a autoridade maior na hierarquia dessas instâncias é apenas a emanção da norma superior, até seu grau mais elevado que é a norma fundante.

Schmitt critica veementemente Kelsen, um jurista do tipo normativista, mostrando que a lei submete o líder, mas que a lei não se pode aplicar, interpretar, sancionar a si mesma, exigindo a participação do órgão por ela mesma eleito, o qual se encontra inserido num ordenamento. Para Schmitt quanto mais o pensamento normativista se torna puro, mais nítida é sua separação com a realidade, o distanciamento entre o ser e o dever ser.

Todo o direito se contrai na norma. Assim, a normatividade e a facticidade apresentam-se em planos absolutamente distintos e o dever-ser remanesce intocável pelo ser, sendo este somente pressuposto de aplicação das normas pautado em parâmetros de normalidade. Deste modo, o dispositivo legal é confirmado no momento de sua aplicação ao caso concreto.

O direito como pensamento do ordenamento concreto resulta da organização complexa e diversificada do Estado, enquanto ordenamentos concretos, nas mais diversas instâncias das autoridades públicas e do poder do Estado que produzem, modificam, aplicam e garantem as normas jurídicas, sem, todavia, se confundirem com elas. O pensamento do tipo ordenamento é supra pessoal

Parte-se, portanto, da norma, que é elemento integrante, para análise da situação consoante todo o ordenamento jurídico concreto e não dissociadamente, como no normativismo em que há a simples subsunção de um fato a uma determinada norma.

Já para o jurista do tipo decisionista, a fonte de todo e qualquer direito é a autoridade soberana de uma decisão última. A fonte geradora do direito é uma decisão que não deriva de um ordenamento, podendo, inclusive, ser contrário a este. No dizer de Schmitt:

“Para o jurista do tipo decisionista não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão última, dada com o comando, que constitui a fonte de todo e qualquer 'direito', isto é, de todas as normas e ordenamentos seguintes.”<sup>249</sup>

A representação clássica do raciocínio do tipo decisionista é verificada em Hobbes já que, para este autor, todas as normas, leis, interpretação são decisões do soberano; da pessoa que decide de forma soberana. Para ele, o Direito é a lei e a lei é o comando que decide o conflito em torno do direito.

Para Hobbes, a decisão soberana é o início absoluto que tem como pressuposto a desordem concreta e a ausência de paz. Esta desordem somente é ordenada pelo fato de uma decisão ser tomada, independentemente da forma que é tomada.

O decisionismo difundido entre os juristas analisa as questões jurídicas sob a perspectiva de um dado conflito em concreto, hipótese em que uma desordem ou colisão de interesses somente é resolvida através de uma decisão.

Conforme Ronaldo Porto Macedo Junior, há em Schmitt uma admissão de dois tipos de pensamento jurídico, embora o decisionismo se revele com mais intensidade. Em suas palavras:

---

<sup>249</sup> SCHMITT, Carl. *Sobre os três tipos de pensamento jurídico*. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2.001, p. 179.

Para Schmitt o institucionalismo depende do decisionismo não quanto ao conteúdo, mas quanto à validade. Na situação de normalidade valem as instituições como fonte do ordenamento concreto. O soberano dorme, a decisão é pressuposta. 'O soberano permanece fora da ordem legal normal e, todavia, pertence a ela'. No momento de crise, de exceção, o poder soberano decide e determina o critério de validade do direito. A decisão instaura o ponto inicial da normalidade.<sup>250</sup>

Há, de fato, uma interpenetração dos dois tipos de pensamento, mas que não retira a característica marcante do monismo decisionista do pensamento de Schmitt.

Destacando o surgimento do positivismo jurídico, Schmitt nos revela que há em seu tempo uma tendência para esta concepção de ciência do direito, em que a codificação da norma positiva se torne critério de aferição para a solução dos conflitos. Assim, confunde-se a normatização legal com o próprio direito. No lugar do direito conhece-se tão somente a legalidade normativa dada.

O positivismo jurídico estaria segundo Schmitt indissociavelmente inserido no contexto histórico do seu período, visando garantir segurança e afastar o subjetivismo.

Referida fundamentação jurídica evolui para análise da vontade do legislador, depois para a vontade da lei e por fim apenas para a própria lei, com o fito de lhe garantir objetividade, firmeza, inviolabilidade e segurança – traço peculiar do positivismo - afastando-se considerações metajurídicas.

As abordagens metajurídicas são todos os outros pontos de visão do mundo (morais, políticos, econômicos etc) não puramente jurídicos, que influenciam a análise da norma e podem dar ensejo ao subjetivismo.

Para Schmitt somente o decisionismo permite ao positivista interromper em um determinado lugar e tempo a pergunta do fundamento de validade último da norma, sem levá-lo em direção ao metajurídico e reconhecer que a vontade de um soberano existe num determinado momento histórico de fato.

---

<sup>250</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2.001, p. 130.

Passaremos, agora, a expor como se deu o surgimento do Tribunal Penal Internacional, em uma franca prevalência das idéias de Kelsen às de Schmitt, cujo destino acabou por introduzir as idéias desse fantástico pensador no contexto do horror do nazismo, fazendo com que a história não pudesse lhe reservar um local mais afortunado, salvo em uma recente retomada de seu pensamento, já agora no início do século XXI, por pensadores como Giorgio Agamben, que, no fluxo do pensamento de Foucault sobre biopolítica, utiliza-se das idéias de Schmitt e da figura do campo de concentração e do instituto romano do “homo sacer” como paradigmas para a institucionalização do estado de exceção em nossos tempos.

## 5. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Após o horror da segunda guerra mundial, o mundo passou a ver com grande preocupação a questão das atrocidades que o conceito de soberania como poder ilimitado pode promover.

A partir das idéias de Kelsen e de outros internacionalistas, mormente os que defendiam a idéia de um direito humanitário de guerra, e o desenvolvimento da antiga Liga das Nações para a atual ONU, o mundo passará, a partir de 1945 a buscar garantias jurídicas que assegurem aos indivíduos uma dignidade reconhecida internacionalmente. Como nos ensina Flávia Piovesan:

Nesse sentido, o Direito Humanitário foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado. Também a Liga das Nações, por sua vez, veio a reforçar esta mesma concepção, apontando à necessidade de relativização da soberania dos Estados.(...) Redefinia-se, deste modo, a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar, em seu conceito, compromissos e obrigações de alcance internacional, no que diz respeito aos direitos humanos.<sup>251</sup>

Nesse sentido, destacamos aquele que, em nosso ver, constitui o grande avanço jurídico internacional no sentido de emprestar efetividade à legislação de internacional de direitos humanos quando do desrespeito destas normas, sem que se caracterize como um tribunal de exceção, nos moldes do que foi o Tribunal de Nuremberg.

O Estatuto de Roma, firmado em 17 de julho de 1.998 criou o Tribunal Penal Internacional, com 120 votos favoráveis a sua instalação, 21 abstenções e 7 votos contrários, incluindo aí as mega potências nucleares: China e Estados Unidos.

---

<sup>251</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad. 3ªed. 1997, p. 134-135

O Tribunal entrou em vigor em 01 de julho de 2.002, após alcançar a ratificação de 66 Estados no dia 11 de abril de 2.002, conforme expressa disposição contida no artigo 126 do Estatuto. O Tribunal Penal Internacional teve sua instalação na cidade de Haia, na Holanda, no ano de 2.003.<sup>252</sup>

O Brasil assinou o Estatuto de Roma em 07 de fevereiro de 2.000 e o ratificou em 20 de junho de 2.002. O texto fora aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 112 de 06 de junho de 2.002 e foi incorporado ao Direito Brasileiro em 26 de setembro de 2.002, com a publicação do Decreto n.º 4.388.<sup>253</sup>

Durante as negociações que culminaram com a assinatura do Estatuto, o Brasil se posicionou no sentido de fortalecer o Tribunal, pleiteando a eliminação do veto do Conselho de segurança, a jurisdição automática do Tribunal sobre os crimes previstos no Estatuto, a instituição de promotor independente, com poderes de iniciar os processo “*proprio motu*” . Além disso, o Brasil lutou pela vedação à qualquer reservas pelos países signatários, no sentido de torná-lo mais eficiente e menos parcial.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 45, aprovada em 08 de dezembro de 2.004, que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, estabeleceu-se que os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, aprovados por três quintos dos membros das duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, serão incorporados ao Ordenamento Jurídico Nacional com força de Emendas Constitucionais.

A mudança ocorrida a partir desta emenda Constitucional é significativa, pois altera sobremaneira a concepção de soberania nacional, mormente pela disposição contida no parágrafo quarto do artigo 5º, no qual o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Não se olvide, porém, que os parágrafos primeiro e segundo do artigo 5º, existentes no texto original da Constituição Federal, já permitiam a aplicação

---

<sup>252</sup> <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/About+the+Court/> Acesso em 25 de outubro de 2.007.

<sup>253</sup> <http://www.planalto.gov.br> . Acesso em 25 de outubro de 2.007.

imediate de normas definidoras de direitos e garantias individuais bem como a incorporação de direitos e garantias previstos em tratados internacionais e que não estavam expressos na própria Constituição. Elucida-nos, a respeito, Flavia Piovesan:

Insiste-se, todavia, que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, parágrafo 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns.<sup>254</sup>

O próprio artigo 7º do ato das Disposições Constitucionais Transitórias já previa que o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos direitos Humanos o que deixa clara a intenção do Constituinte de incorporar ao nosso ordenamento jurídico a criação do TPI e a submissão à sua jurisdição.

Não há que se falar, portanto, de uma suposta inconstitucionalidade destes novos parágrafos incorporados ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda n.º 45, nem em perca da Soberania do Estado Brasileiro, visto que as limitações sofridas pelo poder soberano encontram-se previstas na Constituição Federal.

Ademais, o Tribunal Penal Internacional pauta-se pelo princípio da complementariedade, o que significa que a jurisdição do Tribunal tem por escopo salvaguardar a aplicação dos direitos e garantias fundamentais que o próprio Estado brasileiro se comprometeu a garantir. A atividade do Tribunal Penal Internacional tem lugar quando um Estado Soberano não esteja em condições de garantir os direitos previstos nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

O Tribunal, portanto, não exclui a jurisdição dos Estados Partes, mas a complementa quando estes são incapazes de levar a cabo a punição de criminosos nacionais ou estrangeiros, seja por omissão seja pela ineficiência ou lentidão processual.

---

<sup>254</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad. 3ªed. 1997, p. 94

O Tribunal Penal Internacional tem competência para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, todos estes tipificados pelo próprio Estatuto e os crimes de agressão, estes ainda sem tipificação.<sup>255</sup>

O Estatuto estabelece, também, que o Tribunal deverá dar publicidade aos casos que julga, através de notificação aos Estados-partes de sua intenção de iniciar investigações sobre um determinado caso a fim de que o Estado possa ou não exercer sua jurisdição interna.

Cumprido ressaltar que o Estado parte, e até o acusado, poderão, no início do processo, nos termos do artigo 19 do estatuto, impugnar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o que denota o caráter complementar do Tribunal Penal Internacional.

Um outro princípio privilegiado pelo Estatuto de Roma, que é da maior importância para a compreensão do Tribunal Penal Internacional é o princípio da Cooperação, pelo qual os Estados Partes se comprometem a cooperar totalmente com o Tribunal, na investigação e no processamento de crimes que estejam sob a jurisdição deste, conforme explicita o artigo 86 do Estatuto.

Um problema que se coloca quanto à eficiência do Tribunal Permanente, é que os Estados-Partes que não cooperarem serão denunciados à Assembléia dos Estados-Partes, mas não sofrerão sanções pelo Conselho de segurança da ONU, salvo nos casos em que o processo for iniciado por este.

Esta questão ganha relevo se compararmos com a obrigação dos membros da ONU de cooperar com os Tribunais “Ad Hoc”, sob pena de imposição de sanções do Conselho de Segurança, já que estes Tribunais foram instalados pelo próprio Conselho.

A adoção do Tribunal Penal Internacional supera, todavia, um problema ainda maior que o gerado pela instalação de Tribunais “Ad Hoc” pelo Conselho de

---

<sup>255</sup> Idem

Segurança da ONU, nos quais vislumbrou-se a violação de princípios elementares de direito penal, como o princípio da legalidade, da nulidade do crime e da pena sem lei anterior que os preveja.

Além disso, os Tribunais “ad Hoc” constituíram verdadeiros Tribunais de Vencedores, no qual os princípios jurídicos elementares nem sempre eram respeitados, pois o que se buscava não era distribuir justiça, mas vingar-se dos criminosos de guerra vencidos.

Os Tribunais “Ad Hoc”, mormente o de Nuremberg e Tóquio, não se preocuparam em julgar os crimes praticados pelos vencedores da 2ª Guerra Mundial, mas apenas em julgar os crimes cometidas pelos alemães e japoneses.

Nesse sentido o Tribunal Penal Internacional é, não só um Tribunal legitimamente constituído por países soberanos no combate a crimes que causam horror à comunidade Internacional, como são os casos de crimes contra a humanidade e crime de genocídio, mas, ainda, são compostos por membros de diversos países, de diversas regiões do mundo, com mandatos estáveis e um promotor independente, atribuindo assim maior isenção aos julgamentos.

O Tribunal Penal Internacional, ademais, é composto por sua presidência, exercida por 3 juízes, Câmaras de Questões preliminares, câmaras de 1ª instância e de apelações, pela promotoria, que é um órgão autônomo do Tribunal, e por uma secretaria encarregada dos aspectos administrativos, num total de 18 Juízes eleitos pela Assembléia dos estados Partes, com uma distribuição geograficamente equitativa, além de uma justa representação de gênero.

A presidência, desde março de 2.009 é composta por um juiz da Coréia do Sul, uma juíza de Mali e um juiz da Alemanha. Dos dezoito membros, dez são mulheres, incluindo a brasileira Sylvia Steiner que se encontra na Câmara de Assuntos Preliminares.<sup>256</sup>

---

<sup>256</sup> <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/About+the+Court/> Acesso em 15 de março de 2.009

No que concerne à sua competência material, vale esclarecer que o estatuto do TPI, embora preveja a punição aos crimes de agressão, condiciona o exercício da jurisdição do Tribunal, à definição da conduta deste crime, que não consta do bojo do Estatuto como os demais crimes previstos.

A jurisdição do Tribunal é exercida sobre o território de qualquer dos Estados-Partes, ainda que o acusado seja nacional de Estado não signatário do Estatuto de Roma e nem aceite a jurisdição do tribunal para o julgamento do crime praticado.

O artigo 11 do estatuto de Roma esclarece que somente os crimes praticados após a entrada em vigor do estatuto são passíveis de punição, garantindo-se, assim, o princípio da anterioridade da pena. O artigo 124 do estatuto garante a única reserva possível ao Estados-Partes, que é a de excetuarem os criminosos de guerra da jurisdição do Tribunal por um período de sete anos desde a entrada em vigor do estatuto.

A punibilidade perante o Tribunal começa aos 18 anos, como prevê o artigo 26 do estatuto de Roma, alcançando, inclusive, pessoas que tenham cometido crimes no exercício de função, significando grandioso avanço na questão das imunidades penais de oficiais.

O artigo 123 do estatuto prevê a revisão do mesmo sete anos após sua entrada em vigor, o que deve ocorrer em 2.009, na qual os estados Partes poderão propor a revisão do estatuto.

A retirada de um Estado Parte do Tribunal será possível, a teor do que dispõe o artigo 127 do estatuto, produzindo efeitos a partir de um ano da data de recepção da notificação.

## 6. CONCLUSÕES

A grande expectativa gerada pela instalação do Tribunal Penal Internacional é justificável, pois pela primeira vez o mundo tem um Tribunal previamente constituído, composto de membros de diversas regiões do globo, com a preocupação de punir crimes contra a humanidade, independentemente de quem os pratique, constituindo um grande avanço na constitucionalização global e na busca de uma “paz perpétua” entre os Estados.

Evidentemente o Tribunal Penal Internacional ainda se ressentir da participação de potências mundiais, como os Estados Unidos e a China, países que não se submeteram à sua jurisdição, a fim de que possa alcançar a necessária efetividade no combate aos crimes contra a humanidade.

Questão preocupante seria a manutenção de conhecidos acordos internacionais firmados por países como os Estados Unidos, que não subscreveram o Estatuto de Roma, mas que se propõe a ajudar financeiramente países que embora submetidos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, não venham a entregar nacionais americanos capturados em confronto nos territórios de países que subscrevam o Estatuto de Roma.

Pensamos que não há legitimidade jurídica nesses acordos, ao menos do ponto de vista da Constituição Brasileira, pois estes não teriam o status de Emenda Constitucional que tem o próprio Estatuto de Roma.

Por outro lado, parece-nos que tais acordos constituem verdadeira denúncia do Tribunal Penal Internacional, embora o artigo 90, em seu n.º 4, preveja tal possibilidade, devemos notar que tais acordos são feitos com vistas à impedir a atuação do Tribunal Penal Internacional e, com base no n.º 6 do mesmo artigo 90 do Estatuto de Roma, sua entrega ao Tribunal Penal Internacional será de rigor.

Imaginamos, porém, que com o novo governo de Barack Obama, os Estados Unidos encampem uma mudança paradigmática no que concerne ao respeito aos direitos humanos, antes as amostras que já nos foram apresentadas, como o fechamento da base militar de Guantánamo e o anúncio da progressiva retirada das forças americanas do Iraque.

Além disso, a grande ingerência dos Membros Permanentes do Conselho de Segurança da ONU, bem como as questões relativas à influência da economia, ainda constituem grandes desafios à humanidade no tocante ao alcance dos direitos e garantias fundamentais, visto que a busca pela paz não consiste, apenas, na busca pela ausência de guerras, mas na busca de uma sociedade mais igualitária, pautada em valores altruísticos.

Diante disso, concluímos em afirmar que o Tribunal Penal Internacional, longe de constituir uma ameaça à soberania dos Estados, surge como a “luz no fim do túnel” para os Estados que são pobres, que são assaltados por ditadores e grupos armados não comprometidos com a manutenção do Estado Democrático de Direito, países que tem menor expressão dentro da ONU e que são constantemente assediados por potências militares sem encontrar amparo do conselho de Segurança da ONU.

O Tribunal é muito mais eficaz na defesa da soberania Estatal do que o próprio Conselho de segurança da ONU, visto que neste, quase sempre, há discordância entre os membros Permanentes do Conselho, até porque os conflitos internacionais quase sempre interessam diretamente à algum destes membros, tornando a atuação do Conselho de Segurança impossível, já que deve haver unanimidade dos votos dos membros Permanentes.

O Tribunal Penal internacional, por seu turno, pretende ter uma atuação jurídica, e não política. Seus objetivos são salvaguardar a humanidade e, por via de consequência, as Soberanias Estatais, de crimes que são praticados, especialmente, por chefes de Estado e pessoas com grande influência sobre a atuação dos Tribunais Nacionais, evitando o surgimento de “exceções” judiciais, de

favores a poderosos e imunidades aos praticantes de atrocidades contra a humanidade.

Nas últimas décadas assistimos a uma disseminação de inúmeros direitos, ditos fundamentais, que decorrem de políticas afirmativas, tendentes a suprimir diferenças históricas, tais como o reconhecimento à igualdade de direitos das mulheres, de pessoas de etnias diferentes daquelas dominantes, das pessoas portadoras de necessidades especiais. Tende-se, cada vez mais, do ponto de vista jurídico, a minorar as diferenças de orientação religiosa, sexual e política.

Por outro lado, observamos que a sociedade e suas normas ainda não são capazes de eliminar a discriminação racial, a violência contra as mulheres, contra homossexuais e minorias religiosas. Os efeitos mais nefastos, todavia, são aqueles observados em decorrência da economia e da despolitização dos mercados, em que a garantia de pleno emprego e de justiça social parecem cada vez mais uma utopia distante.

Observamos a eliminação constante de normas trabalhistas que regulam os contratos de trabalho, bem como a eliminação de direitos sociais que oneram a produção. O discurso comum parece ser o de se aumentar o número de empregos, com o conseqüente achatamento de conquistas históricas dos trabalhadores.

Multidões passaram a enfrentar problemas de desemprego. A reengenharia, a automação industrial, o desenvolvimento da computação fez surgir novos paradigmas de emprego, gerando ocupações como as de “consultor”, que não passam de empregados sem, contudo, o pagamento dos correspondentes direitos trabalhistas.

As empresas enfrentaram grandes reestruturações sem que o Estado houvesse preparado os cidadãos para tais reestruturações. Uma geração inteira viu seus trabalhadores tornarem-se obsoletos ante a constante mudança de paradigmas laborais. Também no campo público a redução de postos de trabalho foi sentida. A reengenharia também atingiu o Estado.

Não se está, obviamente, a defender o funcionalismo estatal. O que se observa, porém, é que países de 3º mundo, como o Brasil, enfrentam o seguinte dilema, em razão dessa concepção capitalista. Não há órgãos públicos que atendam às necessidades básicas do cidadão, como escolas públicas, hospitais públicas e uma razoável previdência, levando as pessoas a se valerem dos setores privados.

Se Paga muitos impostos e não se tem uma contraprestação adequada por isso. O país não oferece subsídios para o desenvolvimento de uma vida digna àqueles que não tem condições de pagar por escolas privadas, convênios médicos de qualidade, segurança privada, àqueles que não tem condições de morar em condomínios, de usar carros blindados etc.

O meio ambiente, por outro lado, impõe-se na agenda mundial como questão da maior relevância, sem que se discuta seriamente os problemas que já enfrentamos em função da poluição e do aquecimento da Terra e que ainda enfrentaremos no decorrer de alguns poucos anos.

Todas essas questões envolvem o tema da soberania, que sendo um poder inerente ao Estado, que lhe atribui a força suprema de regular o ordenamento jurídico interno deste mesmo Estado, bem como o privilégio de se relacionar externamente em uma relação de coordenação com outros Estados soberanos, não pode fechar os olhos às ingerências externas promovidas por outros Estados e por atores nem sempre identificáveis, como são as empresas transnacionais, os fundos de investimentos e as grandes corporações.

A idéia de uma ampla regulamentação tributária e comercial, que ultrapasse os limites de uma nação soberana, atingindo a todos os Estados, como forma de desenvolver o comércio mundial, nos parece hoje, tão temerária, quanto era na época de Francisco de Vitória, em que as potências européias queriam impor aos Índios direitos que os Índios não poderiam lhes impor, embora teoricamente os direitos e deveres fossem recíprocos.

O discurso da relativização da soberania, principalmente no campo dos direitos humanos, em nosso ponto de vista, é bastante pertinente, assim como o é

no que tange ao estabelecimento de regras de meio ambiente, mormente quando pensamos em uma contra-partida no que tange à transferência de tecnologia e ajuda financeira ao desenvolvimento de países em desenvolvimento e sub-desenvolvidos.

Quase sempre, porém, o que se observa são vias de mão única. Os países desenvolvidos, movidos pelo *lobby* financeiro de seus financiadores, exigem dos países de 3º mundo posturas que não são desejadas por seus nacionais, em razão de fatores culturais, religiosos e históricos. Deseja-se a máxima produção, com o mínimo de recompensa aos povos que se doam ao trabalho. O capital se movimenta, geograficamente, conforme sua capacidade de ganhos seja maior, não importando quais valores estão sendo aviltados com tais movimentos.

Os valores ocidentais, todavia, parecem querer se impor ao mundo, antes mesmo que uma legislação universal possa ser imposta a esse mundo. Não raro a legislação que se impõe no cenário internacional reflete valores incompatíveis com as realidades de certos países. Valores que no mais das vezes são eurocêntricos e que se supõem universais sem de fato sê-lo. Necessitamos de uma referência empírica sólida a fim de estabelecermos os valores universais, como o são os direitos humanos e a maior parte das tentativas de defesa do meio ambiente.

O colonialismo cultural, novamente, constitui uma via de mão única, pois o que se deseja é exportar valores e bens que são próprios do ocidente, mas rejeita-se sistematicamente a imigração, fomentando-se o ódio aos estrangeiros, colocando-os como responsáveis por desastres financeiros e todos os outros tipos de mazelas.

A imposição de políticas de segurança máxima e repressão ao terrorismo, fundada em posturas preconceituosas são muito significativas a esse respeito. O ocidente questiona por que razão o mundo árabe nos odeia, como se a ocupação sistemática dos territórios palestinos, a criação do Estado de Israel, o fomento às guerras no oriente médio não fossem motivo mais que suficiente para isso.

Em que medida, devemos nos perguntar, os Estados Unidos não são os responsáveis pelos ataques perpetrados às torres gêmeas no famigerado 11 de

setembro. Ora, o mundo soube, posteriormente, das ligações de Osama bin Laden com a família Bush, através do financiamento da guerra no Afeganistão, para espantar a ameaça vermelha, ou do financiamento de Saddam Hussein, contra o regime iraniano dos Aiatolás.

Para se utilizar de uma expressão popular, o ocidente cria problemas para vender soluções. A assunção de regimes totalitários, que desrespeitam a democracia e os direitos humanos em uma sociedade internacional desigual é quase sempre fruto de uma tentativa desesperada de se afirmar no cenário mundial, como parece ser o caso de Fidel Castro em Cuba e Hugo Chávez na Venezuela. Tais países tentam afirmar, desesperadamente, sua soberania, tomando decisões que por vezes soam cômicas. Qual é o efeito, todavia, destas decisões no cenário internacional? As sanções, todavia, se fazem sentir nestes “territórios soberanos”.

Isso soa diferente, quando pensamos em um país como os Estados Unidos se disporem a atacar outro país, como o Iraque, e serem desaprovados por isso, mas nada se lhes pode impor como sanção.

A reformulação do conceito de soberania, desse modo, passa por uma necessidade iminente, na medida em que entendê-la como absoluta e suprema, constitui um perigoso atentado às liberdades individuais. A sua manutenção, contudo, ainda é de rigor, visto que os interesses políticos dos países mais bem armados e, principalmente, economicamente mais fortes acabam por se impor a todas as nações, ante a força motora do capital, que se movimenta geográfica, axiológica e culturalmente.

É certo que a noção de direitos naturais foi fundadora da noção de direitos humanos e direitos fundamentais, donde a importância de se retomar a velha discussão medieval acerca do tema, que veio a consolidar o conceito de soberania, em um mundo que possuía muitos centros normativos de poder, centros que nem sempre se identificavam com as realidade regionais, como eram o império e a igreja.

Donde a preocupação transferir-se à atualidade em que a realidade experimentada por países de terceiro mundo não é, sequer, conhecida por parte dos

órgãos das Nações Unidas ou que, ainda quando o são, não conseguem se impor ante a força econômica e bélica de certas nações, como visto recentemente nos ataques sofridos pelas forças de paz da ONU em sua tentativa de levar ajuda humanitária para palestinos que se encontravam na linha de confronto entre as forças militares de Israel e o Hamas.

A dificuldade de regulamentação dos mercados que prescindem de território, pois são realizados de forma virtual, ante o avanço incontrolável dos meios de comunicação, implica em uma questão bastante interessante no que tange à ideia de soberania, que é justamente a ideia de território soberano. Quem é soberano no mundo virtual? Quem tem o poder de decidir em última instância acerca desses mercados, tão independentes de recursos físicos?

O mundo enfrenta mudanças nunca dantes experimentadas, nem mesmo pela Revolução Francesa, nem mesmo pela segunda guerra mundial. A velocidade da mudança é sua principal marca. Velocidade que leva ao conhecimento dos povos toda sorte de informações e que tendem, inexoravelmente, a criar padrões mundiais de comportamento, por mais que os países resistam à tais mudanças.

Cuida-se de compreender, em que medida, os recursos naturais, os bens de consumo, os bens de produção, a cultura, os verdadeiros costumes, a autonomia mas, principalmente, a dignidade da pessoa humana, podem ser bem protegidos dentro de uma concepção de Estados soberanos que se sujeitem a um ordenamento mundial, supra-estatal.

É pela tecnologia da informação que as mudanças acerca do conceito de soberania parecem assumir um viés mais atual. Não se pode imaginar um mundo pautado pela liberdade de informação, em que um sitio eletrônico baseado em um país que não respeite os direitos humanos possa causar ao mundo afrontas sem fim. O domínio da informação, evidentemente, constitui um importante fator de controle para os Estados soberanos. O direito à informação, todavia, como nos tempos de Francisco de Vitória, constitui um direito fundamental aos cidadãos e uma importante forma de desenvolvimento para qualquer país. Veja-se a esse respeito o caso da China, que chegou ao nosso conhecimento após o evento das olimpíadas no ano de

2008, em que milhares de chineses não têm pleno acesso à informação, em razão de uma forte censura imposta pelo governo daquele país, reafirmando seu ideal de soberania e controlando com afinco o trânsito de informações entre os seus cidadãos.

Esse país viola, em nosso ponto de vista, um elementar direito que salvaguarda a dignidade da pessoa humana, mas como é soberano, não nos cumpre, como comunidade internacional, intervir. Por outro lado está a impingir, a si mesmo, um atraso na formação intelectual de seu povo, atraso que não é ainda sentido, ante o deslumbramento econômico vivido por aquele país, do qual todos os outros países do mundo são responsáveis, pois todos importam os produtos chineses, que tem um custo muito inferior – e, por vezes, qualidade muito inferior – mas que atendem à uma necessidade do capital, que é a de produzir produtos baratos em larga escala.

Em função do consumismo e do desenvolvimento do capital, levamos a idéia de globalização ao extremo e não nos perguntamos em que medida nos é melhor importar produtos baratos de um outro país. Qual o mal que estamos causando aos habitantes daquele país e qual o mal que estamos causando a nós mesmos, com o conseqüente desemprego e destruição de nossas empresas.

A ocupação e esfacelamento da soberania de um país, hoje, não se faz apenas por territórios, mas também pelo computador, pelo telefone. Com um clique determina-se um embargo econômico, uma guerra, o fechamento de uma empresa, o aumento da tributação de um produto essencial. Vale dizer que se Napoleão, ou Hitler, nos dias de hoje, quisessem invadir a Rússia, poderiam fazê-lo, mesmo, ou até principalmente, no inverno.

Não se trata, porém, de esvaziar a importância da delimitação territorial para o conceito de soberania, pois ao nosso ver a questão territorial ainda hoje é o ponto crítico das relações soberanas, como vimos cotidianamente na questão palestina. É claro que a soberania é mais um problema de jurisdição do que territorial, na medida em que o poder soberano sujeite-se, ou encampe, uma jurisdição que não lhe é própria, mas à qual venha a aderir.

A interdependência econômica dos Estados é uma realidade que não podemos esquecer. Pensar de forma global, contudo, não pode apenas implicar em saber para que país nós exportaremos. Pensar de forma global há de implicar, sobretudo, em preocupar-se com todas as consequências que o comércio mundial traz, ao comércio mundial, aos humanos, ao meio ambiente etc.

Pensamos que, com isso, faz-se necessário o desenvolvimento de uma estrutura jurídica internacional, que cuide destas questões de uma forma holística, ou seja, que constitua um fórum permanente de debates em que todas as questões prementes do comportamento humano sejam discutidas.

O nosso paradigma conceitual, contudo, continua sendo a soberania. Trata-se, como no dizer de Ferrajoli, já citado anteriormente, de criar uma sociedade internacional de Leviatãs, a fim de se refrear a guerra de todos contra todos.

A formação de blocos econômicos constitui uma primeira experiência conceitual no sentido de se pensar em um mundo harmônico, sujeito a leis comuns e administrado de forma democrática. É claro que trata-se ainda de um experimento em desenvolvimento, pois os países nem sempre tem grande afinidade cultural, o que imprime a tais blocos a feição de meros acordos econômicos, como nos parece ser o caso do Mercosul.

Cuida-se portanto, no mesmo esquema hobbesiano, de diminuir a idéia de supremacia soberana, entregando-se o poder a uma instância superior reguladora, a fim de se garantir a paz e a prosperidade financeiras. Cuida-se da soberania compartilhada, como já previsto por autores como Claudio Finkelstein<sup>257</sup>, em que a cessão soberana a um órgão comum, supra-estatal, reflete uma vontade do próprio estado soberano.

Convém esclarecer que a questão da soberania, como afirmado por Duguit, com muita propriedade, vez por outra, é uma questão meramente nominalista, ou

---

<sup>257</sup> FINKELSTEIN, Cláudio. *O processo de formação dos mercados de blocos*. São Paulo: IOB-Thomson, 2.003, p.73 et seq.

seja, trata-se de expressar o poder de um Estado. O que se pretende, com a análise do conceito de soberania, é verificar em que medida podemos construir um novo conceito de soberania, que nos permita sim mantermos uma unidade regulamentadora que, todavia, sujeite-se a participar do cenário internacional com vistas à proteção dos valores internacionalmente assimilados mas também dos valores tradicionalmente afirmados em nossa nação.

A busca de uma multiplicidade de Estados, com base em um ordenamento comum, tal qual imaginava Kelsen, parece ser a idéia mais viável, do ponto de vista filosófico jurídico, quando se repensa o conceito de soberania à luz dos problemas da atualidade. Não se pretende, contudo, acreditar que o tema da decisão soberana, dentro do estado de exceção, tal qual vislumbrada por Schmitt deixe de existir. Temos, porém, que pretender, de forma valorativa ou pós-positivista, como no dizer de Willis Santiago Guerra Filho, adiar a decisão soberana, criando mecanismos jurídicos que atendam a necessidade dos indivíduos, transformando-os em atores internacionais, a fim de que sempre possam denunciar as tentativas tirânicas de poder que, de resto, acreditamos, jamais deixarão de existir.

Eram as nossas observações acerca do trabalho desenvolvido que, longe de pretenderem exaurir o debate, constituem apenas um primeiro argumento, com o qual pretendemos desenvolver nossas pesquisas continuamente.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.002.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua*. 1ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2.002.

\_\_\_\_\_. *Estado de exceção*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AQUINO, Tomás. *Do Reino ou Do Governo dos Príncipes ao Rei de Chipre*. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis:Vozes, 1997.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução, Introdução e Notas de Mário da Gama Kury. Brasília:UnB, 1997.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: UNIMARCO Editora, 2.001.

BARTELSON, Jens. *A genealogy of sovereignty*. Cambridge: Cambridge University, 2.001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Polis, 1.991.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1.992.

\_\_\_\_\_. *Umberto Campagnolo: aluno e crítico de Hans Kelsen*. In: LOSANO, Mario G. (org.) *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BODIN, Jean. In: GALA, Pedro Bravo (org.). *Los Seis Libros de la República Jean Bodin*. Madrid: Tecnos, 1997.

CHALITA, Gabriel B. Isaac, *O poder*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DUSO, Giuseppe (org.) *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos?* São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FINKELSTEIN, Cláudio. *O processo de formação dos mercados de blocos*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. *Princípios filosóficos do direito político moderno*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. v. 1 e 2. Ijuí: UNIJUI, 2.004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2.001.

\_\_\_\_\_. *Teoria Política do Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. *Lei, Direito e Poder em Guilherme de Ockham*. In: Heleno Taveira Torres (org.). *Direito e poder nas instituições dos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005, p. 188-212.

HELD, David, McGrew, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2.001.

HINSLEY, F. H. *El concepto de soberanía*. Barcelona: Editorial Labor, 1972.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2.002.

\_\_\_\_\_. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (col. Os pensadores).

HUSEK, Carlos Roberto, *Curso de direito internacional público*. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2004.

JAUME, Lucien. *Rousseau e a questão da soberania*. In: DUSO, Giuseppe (org.) *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. CAMPAGNOLO, Umberto. In: LOSANO, Mario G. (org.). *Direito internacional e Estado Soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- KRITSCH, Raquel, *Soberania. A construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002.
- LEITE, Flamarion Tavares. *Os nervos do poder: uma visão cibernética do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LOPES, Reinaldo de Lima Lopes. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LOSANO, Mario G. *Presenças italianas em Kelsen*. In: LOSANO, Mario G. (org.) *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. São Paulo: Forense, 2002.
- NASCIMENTO, Milton Meira do. O contrato Social – entre a escala e o programa. *Revista Discurso* n.º 17, São Paulo: Discurso editorial, 2002.
- PÁDUA, Marsílio de. *O Defensor da Paz*. Tradução e Notas de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1997. , I, 14, § 7, p. 148-9.
- PICCININI, Mario. *Poder comum e representação em Thomas Hobbes*. In: DUSO, Giuseppe (org.) *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

QUINTÃO, Geraldo. *Segurança e soberania*. In: Cadernos Adenauer II n.º 05. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2.001.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.002.

RICCIARDI, Maurizio. *A república antes do Estado: Nicolau Maquiavel no limiar do discurso político moderno*. In: DUSO, Giuseppe (org.) *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martins Fontes, 2.002.

\_\_\_\_\_. *O contrato social*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1.999.

SCHMITT, Carl. *A Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1.996.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

SKINNER, QUENTIN. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

TORRES, Moisés Romanazzi. *A filosofia política de Marsílio de Pádua: os novos conceitos de pax, de civitas e de lex*. Revista Mirabilia, São João Del Rei, Vitória e São Luís, v. 3, n. 1, 2004.

VILANI, Maria Cristina Seixas. *Origens medievais da democracia moderna*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2.003.

VITÓRIA, Francisco de. *Relecciones: del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*. Cidade do México: Editorial Porruá, 1985

WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.